

DANIELA UGOLINI

Bienes privados del Estado

**Dominio público y privado. Afectación y desafectación
Uso, administración y disposición de bienes inmuebles
Comparación con regímenes de otros países**

Prólogo de

JUAN CARLOS CASSAGNE



Ediciones



DANIELA UGOLINI

Bienes privados del Estado

Dominio público y privado. Afectación y desafectación
Uso, administración y disposición de bienes inmuebles
Comparación con regímenes de otros países

Prólogo de

JUAN CARLOS CASSAGNE


ASTREA

Ediciones


BUENOS AIRES - BOGOTÁ

2015

Ediciones RA
Buenos Aires, Argentina

Ugolini, Daniela

Bienes privados del Estado - 1ª ed.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2015.

264 p.; 23x16 cm.

ISBN 978-987-706-081-2

1. Derecho Administrativo. I. Título

CDD 342

01/11/2015
CDD 342
CDD 342
CDD 342
CDD 342

A mis padres, Gemma y Marco.

© EDITORIAL ASTREA SRL

Lavalle 1208 - (C1048AAF) Ciudad de Buenos Aires. (54-11) 4382-1880 - 0800-345-ASTREA (278732)
www.astrea.com.ar - editorial@astrea.com.ar

© EDICIONES RAP SA

Talcahuano 758 - PB - B - (C1013AAP) Ciudad de Buenos Aires. (54-11) 4374-0661 (líneas rotativas)
www.revistarap.com.ar - consulta@revistarap.com.ar

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

I M P R E S O E N L A A R G E N T I N A

PRÓLOGO

La autora de este libro me acompañó como profesora adjunta de Derecho Administrativo de la UBA cuando ejercía allí la titularidad de la cátedra, en la que exhibió una acentuada vocación docente, habiendo sido antes mi discípula en los cursos de posgrado que, por entonces, se dictaban en la mencionada universidad. Trabajadora incansable, la doctora DANIELA UGOLINI es también una estudiosa de toda la problemática que abarca el derecho administrativo en sus múltiples manifestaciones.

La obra que he aceptado prologar tiene por eje central la exposición de la teoría y del régimen jurídico de los llamados bienes privados del Estado, un tema que no ha sido objeto de estudios especializados en nuestro país, no obstante la importancia que tiene dicha institución, tanto en sus aspectos económicos como sociales.

Se trata de su tesis doctoral, hecha bajo mi dirección, con la que culminó sus estudios de doctorado en la UBA al defenderla ante un tribunal designado al efecto en el año 2012, ante el cual hizo la doctoranda una brillante defensa de sus puntos de vista.

El eje de la tesis radica en sostener que el régimen jurídico de los bienes inmuebles del Estado es un régimen de derecho administrativo y que resulta conveniente que se establezca por ley en atención a la naturaleza de la institución.

El trabajo realizado se compone de una primera parte que consiste en la investigación, y una segunda que contiene el desarrollo propiamente de la tesis. Comienza con el análisis de la clasificación de las cosas que se establece en el Código Civil argentino, exponiendo las diferencias entre los bienes del dominio público y privado del Estado, para determinar si estas diferencias justifican mantener la opinión clásica referida a que los bienes del dominio público se rigen por las normas del derecho administrativo, mientras que los bienes del dominio privado del Estado por las normas del derecho civil. La investigación es rica no sólo por el conocimiento de la opinión de la doctrina nacional, de la jurisprudencia y de la legisla-

ción, sino especialmente por el estudio del tema en otros países como España, Italia y Francia, así como el realizado en la Universidad de Bologna por la doctoranda, con la colaboración propuesta por la Facultad de Derecho de dicha universidad.

La fundamentación básica de la tesis reside en la consideración de los bienes estatales como cosas fuera del comercio, que requieren de autorización pública para su venta y sujetos a inalienabilidad absoluta o relativa, según se trate de dominio público o dominio privado del Estado, en los propios términos de las normas del Código Civil argentino, desarrollándose con argumentos razonados la justificación del régimen jurídico de derecho administrativo y una nueva categoría de contratos patrimoniales de la Administración pública.

Su desarrollo sigue una lógica y los argumentos han sido expuestos con coherencia y rigurosidad científica, con posiciones con las que se podrá o no estar de acuerdo, pero que, cabe reconocer, exhiben una originalidad remarcable. Por esas razones, el libro constituye un valioso aporte que enriquecerá la literatura jurídica argentina.

JUAN CARLOS CASSAGNE

NOTA DE LA AUTORA

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Esta tesis fue presentada el 9 de mayo de 2012 en la Facultad de Derecho de la UBA para su evaluación por los integrantes del jurado, los doctores CLAUDIO KIPER, LEONARDO MASSIMINO y PABLO GALLEGOS FEDRIANI, designados por la Comisión de Doctorado, en acta aprobada por resolución 1582 del Consejo Directivo de dicha Facultad, del 5 de julio de 2012. La tesis fue defendida el 19 de septiembre del mismo año y fue calificada como "sobresaliente", según constancia del acta de esa fecha.

El 7 de junio de 2012 fue elevado al Congreso de la Nación el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, en el mensaje del Poder Ejecutivo 884/12, y en agosto de ese año comenzó su labor de análisis la Comisión Bicameral del Congreso para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, conformada a tal fin con quince diputados y quince senadores, propuestos por los presidentes de cada Cámara.

El Anteproyecto de reforma del Código Civil fue elaborado por una comisión de juristas que encabezó el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor RICARDO LORENZETTI, y que integraron también las doctoras ELENA HIGHTON DE NOLASCO y AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI.

Sin embargo, este Anteproyecto fue modificado por el Poder Ejecutivo, y así la Comisión Bicameral citada consideró el Proyecto del Poder Ejecutivo nacional, que ingresó al Senado bajo expediente 57-P.E-2012 y fuera remitido a la Comisión el 8 de agosto de 2012.

El dictamen de mayoría de la Comisión, según orden del día 892, aconsejó aprobar el Proyecto de ley del Poder Ejecutivo y el Senado de la Nación votó su aprobación en la sesión especial iniciada el 27 de noviembre de 2013 y concluida el 28 de noviembre de 2013 a las 4:20 de la madrugada.

Según consta en el acta del Senado, se votó el Proyecto que aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación, propuesto en el orden del día 892, según el dictamen de mayoría, con el voto afirmativo de treinta y nueve senadores y de un voto negativo, encontrándose presentes cuarenta senadores¹.

Finalmente, el 1° de octubre de 2014 la Cámara de Diputados aprobó dicho Proyecto y quedó sancionada la ley 26.994. Se estableció su vigencia a partir del 1° de agosto de 2015, según ley 27.077.

Por lo tanto, no fue posible incluir en esta tesis el estudio de los artículos sobre bienes del Estado que modificaban los del Código Civil de VÉLEZ SÁRSFIELD, y por ello se expondrán a continuación algunos comentarios con relación a estas nuevas normas.

Cabe destacar que en el Código Civil y Comercial de la Nación se han efectuado algunos cambios en los artículos del Proyecto original de la comisión de juristas, también con relación al tema que se comenta.

Sin embargo, las nuevas normas en materia de bienes del Estado no han introducido disposiciones que terminen con la indefinición del régimen jurídico de los bienes privados del Estado, si bien se han hecho algunas aclaraciones necesarias.

En primer lugar, se utilizan los términos "bienes pertenecientes al dominio público" y "bienes del dominio privado del Estado", según una terminología más usada por la doctrina, en lugar de *bienes públicos* y *bienes privados*, como se indicaba en el Código Civil.

Por otra parte, los nuevos artículos han incorporado otros bienes en la clasificación de los bienes del dominio público (p.ej., las lagunas navegables, los glaciares, el ambiente periglacial, y 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).

Se introducen algunas explicaciones sobre qué se entiende por ciertos bienes del dominio público, evitando así diferentes interpretaciones que generaban dudas en su definición y alcance².

¹ La versión taquigráfica de la sesión del Senado del 27 y 28 de noviembre de 2013 y el acta correspondiente puede consultarse en la página del Senado de la Nación Argentina, www.senado.gov.ar.

² Art. 235. - *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.

Se reglamenta sobre las aguas de los particulares y se establece que los cursos de aguas por cauces naturales pertenecen al dominio público, que no pueden ser alterados por los particulares y que el uso de las aguas públicas o de las obras construidas para utilidad o comodidad común no les hace perder el carácter de bienes públicos del Estado, inalienables e imprescriptibles³.

Con relación a la enunciación de los bienes del dominio privado⁴, se precisó lo dispuesto en el anterior art. 1° del art. 2342, aclarando que se trata de "los inmuebles que carecen de dueño"; se eliminó parte del anterior inc. 4° del citado artículo, en cuanto se

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.

³ Art. 239. - *Aguas de los particulares.* Las aguas que surgen en los terrenos de los particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas, siempre que no formen cauce natural. Las aguas de los particulares quedan sujetas al control y a las restricciones que en interés público establezca la autoridad de aplicación. Nadie puede usar de aguas privadas en perjuicio de terceros ni en mayor medida de su derecho. Pertenecen al dominio público si constituyen cursos de agua por cauces naturales. Los particulares no deben alterar esos cursos de agua. El uso por cualquier título de aguas públicas, u obras construidas para utilidad o comodidad común, no les hace perder el carácter de bienes públicos del Estado, inalienables e imprescriptibles. El hecho de correr los cursos de agua por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno.

⁴ Art. 236. - *Bienes del dominio privado del Estado.* Pertenecen 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.

refería a “los muros, plazas de guerra, ferrocarriles y toda construcción hecha por el Estado o por los Estados”, como también el inc. 5° del mismo artículo, que mencionaba a “las embarcaciones que diesen en las costas de los mares o ríos de la República, sus fragmentos y los objetos de su cargamento, siendo de enemigos o de corsarios”, que habían merecido crítica de la doctrina.

En cambio, se incluyeron como bienes del dominio privado del Estado a “los lagos no navegables que carecen de dueño”, cuestión que también era motivo de debate.

Asimismo, en esta nueva norma se hace referencia a “las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros”, en tanto la norma del Código Civil decía: “los bienes vacantes o mostrencos y los de las personas que mueren sin tener herederos, según las disposiciones de este Código”, siendo necesario interpretar el sentido de la expresión “que no sean abandonadas”, dado que, al contrario, sería la condición de abandono, en el significado de “renuncia” lo que permitiría que la cosa mueble, en esa situación, pase al dominio privado del Estado.

Por otra parte, sobre el régimen jurídico, el art. 237 del Cód. Civil y Com. de la Nación establece puntualmente en su encabezamiento “Determinación y caracteres de las cosas del Estado. Uso y goce”. Este título parecería comprender a todos los bienes o cosas del Estado. Sin embargo, el artículo dice que “los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles. Las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales”. Luego se agrega que “la Constitución nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos artículos precedentes”⁵.

Resulta difícil interpretar que la condición jurídica indicada de estos bienes así llamados “públicos” y no “del dominio público”, como se venía mencionando, signifique que se quiere incluir entre los bienes públicos tanto a los bienes del dominio público como del dominio privado. Sería como suponer que se utiliza la palabra ge-

c) Los lagos no navegables que carecen de dueño.

d) Las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros.

⁵ Art. 237. - *Determinación y caracteres de las cosas del Estado. Uso y goce.* Los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles. Las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales. La Constitución nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos arts. 235 y 236.

nérica de “bienes públicos” para incluir las cosas del Estado y que ahora todos los bienes del Estado tienen los mismos caracteres de inenajenables, inembargables e imprescriptibles.

Esta interpretación sería dudosa, pues estos caracteres se consideraron siempre por la doctrina y la jurisprudencia con relación sólo a los bienes del dominio público y debería aclararse si se incluyen a los bienes del dominio privado, dada la importancia del cambio de régimen jurídico que ello implicaría.

Otras normas modificadas que inciden en la elaboración de esta tesis son las de los anteriores arts. 2336 al 2338 del Cód. Civil, en cuanto la nueva norma estableció que “están fuera del comercio los bienes cuya transmisión está expresamente prohibida: a) por ley; b) por actos jurídicos, en cuanto este Código permite tales prohibiciones”⁶, y se eliminó la mención a “las cosas dependientes de autorización pública” en la clasificación de los bienes fuera del comercio. Sin embargo, al estar previsto en la Constitución nacional que el Congreso de la Nación dispone del uso y de la enajenación de las tierras de propiedad nacional (art. 75, inc. 5°), los inmuebles del dominio privado del Estado siguen siendo bienes fuera del comercio, por cuanto su enajenación está prohibida por la norma constitucional, sin una autorización legislativa-autorización pública, siendo, además, las normas del derecho administrativo que regulan dicha enajenación.

A la vez, este régimen condicionará también la posibilidad de aplicar la prescripción adquisitiva sobre estos inmuebles, dado que también, según el Código Civil y Comercial, no se pueden transmitir derechos reales si una norma lo prohíbe⁷.

Por último, y referido a la posibilidad de ejecutar alguna garantía sobre bienes de particulares, el nuevo ordenamiento ha previsto que, si se trata 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 servicio⁸. La norma se refiere a los bienes de los particulares, pero a mayor

⁶ Art. 234. - *Bienes fuera del comercio.* Están fuera del comercio los bienes cuya transmisión está expresamente prohibida:

a) Por la ley.

b) Por actos jurídicos, en cuanto este Código permite tales prohibiciones.

⁷ Art. 1906. - *Transmisibilidad.* Todos los derechos reales son transmisibles, excepto disposición legal en contrario.

⁸ Art. 243. - *Bienes afectados directamente a un servicio público.* Si se trata 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.

razón debe entenderse si los bienes afectados a un servicio público, en sentido amplio, son del dominio privado del Estado:

El análisis de las nuevas normas sobre bienes del Estado en el Código Civil y Comercial de la Nación permite concluir que éstas son insuficientes para determinar su régimen jurídico y, en particular, se pierde la oportunidad para establecer claramente el régimen de los bienes privados del Estado o, por lo menos, dejar establecido que los bienes del dominio privado se regirán por las normas del derecho administrativo.

Se observa, por ejemplo, que este nuevo ordenamiento mantuvo el sentido del antiguo art. 1502 del Cód. Civil, referido a locaciones administrativas, estableciendo en su art. 1193 que, "si el locador es una persona jurídica de derecho público, el contrato se rige en lo pertinente por las normas administrativas y, en subsidio, por las de este Capítulo".

En definitiva, una norma clara sobre el régimen jurídico de los bienes privados del Estado hubiera marcado un camino para una ley de bienes del Estado que se refiera no sólo a los aspectos de la enajenación, prescripción o embargo, sino a todo un régimen de disposición, administración, gestión y protección de estos bienes, teniendo siempre en cuenta el interés público.

DANIELA UGOLINI

ÍNDICE GENERAL

<i>Prólogo</i>	IX
<i>Nota de la autora</i>	XI
Introducción	1

CAPÍTULO PRIMERO

LOS BIENES ESTATALES

§ 1. Introducción	9
§ 2. Imprecisión terminológica	10
§ 3. Los bienes estatales y el Código Civil	10
§ 4. Origen histórico	14

CAPÍTULO II

DOMINIO PÚBLICO

§ 5. Noción	21
§ 6. La cuestión de la titularidad	23
a) El pueblo	23
b) El Estado	24
c) Derecho real administrativo	26
d) Título de intervención	27
e) Otras opiniones	28
f) Nuestra opinión	30
§ 7. La cuestión del destino	32
§ 8. La cuestión del régimen jurídico	34

CAPÍTULO III**DOMINIO PRIVADO**

§ 9. Noción	37
§ 10. La cuestión de la titularidad	37
§ 11. La cuestión del destino	40
§ 12. La cuestión del régimen jurídico	42
§ 13. Los bienes privados en el artículo 2342 del Código Civil	43
a) Las tierras sin dueño	44
1) Los lagos no navegables, las tierras de aluvión, el cauce abandonado. Las islas	45
2) El dominio de los bienes de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires	48
3) Tierras de los pueblos indígenas	50
b) Las minas	51
c) Bienes vacantes	52
d) Construcciones y bienes adquiridos por el Estado ..	53
e) Embarcaciones y cargamentos de enemigos o corsarios	55

CAPÍTULO IV**DIFERENCIAS ENTRE LOS BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO Y PRIVADO****A) ¿EXISTE UNA DIFERENCIA?**

§ 14. Introducción	57
§ 15. Titularidad dominial	57
§ 16. Destino	57
§ 17. Régimen jurídico	60

B) CARACTERES

§ 18. Alcances	63
§ 19. Enajenación	64

§ 20. Prescripción adquisitiva	69
§ 21. Embargo	76

CAPÍTULO V**AFECTACIÓN Y DESAFECTACIÓN**

§ 22. Introducción	81
§ 23. Afectación	81
a) Formal	82
b) Por hechos	82
§ 24. Desafectación	85
a) Formal	85
b) Por hechos	86
c) Tácita	86
d) El caso de las islas	88
e) Desafectación por uso inmemorial	90
§ 25. Mutaciones demaniales	91

CAPÍTULO VI**DESOCUPACIÓN DE BIENES INMUEBLES**

§ 26. Autotutela del dominio público	95
§ 27. Desocupación de bienes del dominio privado	98

CAPÍTULO VII**NORMAS SOBRE USO, ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE BIENES INMUEBLES****A) NORMAS ADMINISTRATIVAS**

§ 28. Nacionales	105
------------------------	-----

§ 29.	Ciudad de Buenos Aires	109
§ 30.	Provincia de Buenos Aires	111

B) NORMAS CIVILES

§ 31.	Consideraciones generales	113
§ 32.	Comentarios a las principales normas que se aplican a los bienes estatales	114

CAPÍTULO VIII

RÉGIMEN JURÍDICO COMPARADO

§ 33.	España	121
	a) Clasificación de las cosas en el Código Civil	121
	b) La Constitución española de 1978	122
	c) La ley 33 de 2003	123
	1) Exposición de motivos	123
	2) Título preliminar. Disposiciones generales	124
	3) Patrimonio de las Administraciones públicas	124
	4) Bienes y derechos del dominio público	124
	5) Bienes y derechos del dominio privado o patrimoniales	125
	6) Patrimonio del Estado	125
	7) Protección y defensa del patrimonio	126
	8) Afectación y desafectación	129
	9) Mutaciones demaniales	131
	10) Bienes innecesarios	131
	11) Uso y explotación de los bienes y derechos	131
	12) Gestión patrimonial	133
	13) Enajenación y gravamen de los bienes y derechos patrimoniales	134
	14) Cesión gratuita	137
	15) Permuta	138
	16) Optimización y coordinación	138
	17) Régimen sancionador	138
	18) El patrimonio nacional	139
	19) Patrimonio de la vivienda	139
	d) Régimen jurídico de los bienes patrimoniales	139
	e) Conclusiones	142

§ 34.	Italia	146
	a) Los bienes en el Código Civil italiano y en la Constitución italiana	146
	1) Los bienes del dominio público en el Código Civil	148
	a) Nociones	148
	b) El régimen jurídico de los bienes del dominio público	150
	2) Los bienes patrimoniales en el Código Civil	152
	a) Nociones	152
	b) Bienes indisponibles. Clasificación. Destino	153
	c) Régimen jurídico de los bienes patrimoniales	155
	d) Bienes disponibles. Criterio residual	157
	e) Régimen jurídico del patrimonio disponible	159
	f) Bienes vacantes	161
	3) Bienes de las entidades públicas no territoriales	162
	4) Inicio y pérdida de la condición de dominio público	163
	a) Afectación	163
	b) Desafectación	164
	b) El régimen jurídico de los bienes inmuebles. Normas especiales	166
	c) Conclusiones	177
§ 35.	Francia	184
	a) El Código General de la Propiedad de las Personas Públicas	185
	1) Adquisiciones	186
	2) Permutas	186
	3) Dominio público inmobiliario. Reglas generales	186
	4) Incorporación al dominio público	186
	5) Disposiciones sobre los distintos bienes del dominio público	186
	6) Reglas generales de uso del dominio público	187
	7) Reglas generales de gestión del dominio público	187
	8) Contravenciones en las vías de comunicación estatales	187
	9) Salida de un bien del dominio público. Regla general	187
	10) Bienes sometidos al dominio privado. Disposiciones generales	187

11) Uso del dominio privado. Disposiciones generales	188
12) Dominio privado. Disposiciones particulares del dominio inmobiliario	188
13) Dominio privado mobiliario	188
14) Locación de bienes del dominio privado	188
15) Gestión de inmuebles del dominio privado dada a terceros	189
16) Concesión de alojamientos	189
17) Disposiciones comunes	189
18) Bienes sometidos al dominio público. Inalienabilidad e imprescriptibilidad	189
19) Bienes sometidos al dominio privado. Venta dominio inmobiliario	190
20) Permuta	192
21) Aportes	192
22) Gestión gratuita	192
23) Conflictos	192
24) Emisión de actos	192
25) Bienes que el Estado posee en uso	192
b) Disposiciones de contenido reglamentario del Código de Dominio	193
1) Locaciones	193
2) Enajenaciones	197
c) Régimen jurídico de los bienes del dominio privado	202
d) Conclusiones	202

CAPÍTULO IX

EL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO

§ 36. Bienes inmuebles privados del Estado	207
§ 37. Régimen legal	209
a) Noción	209
b) Caracteres	210
1) Enajenación	210
2) Prescripción adquisitiva	211
3) Embargo	211
c) Afectación y desafectación	212
1) Afectación	212
2) Desafectación	212

d) Modos de protección	213
e) Formas de uso, administración y disposición	214
1) Uso	214
2) Actos de administración	214
3) Actos de disposición	215
§ 38. Contratos patrimoniales de la Administración	215

CAPÍTULO X

SÍNTESIS CONCLUSIVA

§ 39. Lineamientos de una ley de bienes inmuebles privados del Estado. Contratos patrimoniales	219
§ 40. Conclusiones puntuales	220
<i>Apéndice</i>	225
<i>Bibliografía</i>	233

INTRODUCCIÓN

1. **OBJETO Y MOTIVO DE LA INVESTIGACIÓN.** – El objeto es el régimen jurídico de los bienes privados del Estado y, en particular, el de los bienes inmuebles. El interés por el tema se debe a que el régimen jurídico de los bienes privados del Estado no ha sido abordado en profundidad ni por los administrativistas ni por los civilistas de nuestro país, dado que al tratar el tema de los bienes del Estado, según la clasificación de las cosas que se realiza en el Código Civil, la doctrina publicista se dedica principalmente a los bienes del dominio público, sin analizar el régimen de los bienes del dominio privado del Estado, ni su categorización jurídica, probablemente por considerar que estos últimos se rigen según las normas de la propiedad privada¹. A su vez, la doctrina civilista considera que se encuentran en la misma situación que los bienes particulares, pudiendo ser objeto de idénticas operaciones². Si bien autores como BORDA reconocen que, como los bienes privados están destinados mediata o inmediatamente a la sociedad, existen de modo inevitables diferencias con la propiedad privada; sin embargo, no se detienen a comentar “cuál es o debe ser ese régimen jurídico” diferente³. También BUERES sostiene que, por más que los bienes privados del Estado son los de su dominio propiamente dicho, no están exentos del régimen de derecho público, puesto que en definitiva pertenecen al fisco⁴. Sólo BIELSA parece advertir que convendría establecer esta diferenciación de régimen jurídico en la ley⁵. Posteriormente, pasados los años, la doctrina nacional retomó el interés por el tema de los bienes del Estado y puso en debate la distinción entre bienes públicos y privados y su régimen jurídico⁶.

¹ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 24.

² LLAMBLAS, *Tratado. Parte general*, t. II, p. 212.

³ BORDA, *Tratado. Parte general*, t. II, p. 58.

⁴ BUERES (dir.) - HIGHTON (coord.), *Código Civil*, t. 5A, p. 112 y 113.

⁵ BIELSA, *Principios de derecho administrativo*, p. 642.

⁶ CASSAGNE, *Acerca de la noción del dominio público y las nuevas ideas sobre los usos especiales*, JA, 2010-III-1213; DURAND, *Breve glosario de términos usua-*

Tampoco la legislación existente ha contribuido mucho a despejar esta cuestión, ya que la legislación nacional más específica es la del régimen de contrataciones del Estado, aprobado según decr. nacional 1023/01, donde se menciona que dicho régimen se aplica a las concesiones de uso de los bienes del dominio público o privado del Estado nacional (art. 4º, inc. a). En la Ciudad de Buenos Aires, su ley de contrataciones 2095 regula en los mismos términos. En cambio, cabe recordar una antigua ley de la provincia de Buenos Aires, el decr. ley 9533/80, aún vigente, que establece algunas normas importantes pero que requieren de su actualización, acorde con una moderna gestión de tales bienes.

Al respecto, corresponde mencionar también que en la ley 24.156, de la administración financiera del Estado nacional, se estableció la necesidad de una ley sobre bienes del Estado⁷, deuda aún pendiente.

Por lo tanto, en este trabajo se pretende investigar cuál es o debe ser el régimen jurídico de los bienes privados del Estado, li-

les en materia de dominio público, JA, 2010-III-1204; NALLAR, *Las técnicas de afectación y desafectación de los bienes del Estado*, JA, 2010-III-1228; GALLI BASUALDO, *La autotutela en el dominio público*, JA, 2010-III-1246; DE LA RIVA, *La concesión de uso de bienes de dominio público*, JA, 2010-III-1260; GUIRIDIAN LAROSA, *Régimen jurídico de los puertos en la Argentina*, JA, 2010-III-1272; POZO GOWLAND, *Servidumbres administrativas*, JA, 2010-III-1282; DE LA VEGA DE DIAZ RICCI, *Federalismo, propiedad estatal y recursos naturales: los desafíos a la dogmática del dominio público*, JA, 2010-III-1293; MAIRAL, *Nuevas ideas en materia de dominio público*; TAWIL, *Algunas reflexiones en torno al régimen jurídico de los bienes afectados al servicio público*; MERTEHIKIAN, *Acercas de la utilización de fideicomisos por el sector público*; BOTASSI, *Dominio y jurisdicción. Competencia nacional, provincial y municipal*; GAUNA, *Dominio público en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*; GRECCO, *El ocaso de la dogmática tradicional del dominio público*; USLENGHI, *La protección del usuario de los bienes del dominio público*; SAMMARTINO, *El régimen del dominio público y sus implicaciones procesales*; SORIA, *Panorama de la protección del patrimonio de interés público*, y CANOSA, *El dominio público*, en Universidad Austral, "Jornadas sobre Organización Administrativa", p. 103, 523, 539, 665, 721, 823, 829, 859, 893 y 549, respectivamente; FERNÁNDEZ, *Derecho real administrativo. Conciliación entre el interés público y la inversión privada*, LLCABA, 2011-5; GUSMAN, *Contrato de concesión de uso de dominio público y privado*, en Universidad Austral, "Cuestiones de contratos administrativos", p. 409; UGOLINI, *El uso del dominio público de la Ciudad de Buenos Aires*, RAP, supl. n° 5, "Administración local y derecho", p. 9, y *Regulación y protección de espacios públicos*, "Revista de Derecho Administrativo", 2001-203; DE REINA TARTIERE (coord.), *Dominio público*; AUST - FOIGEL BORCI - DE LA FUENTE - GIRARD - VIDAL, *Autotutela del dominio público y sus consecuencias jurídicas*, RAP, n° 300, p. 67; BUSTELO, *Desalojo de bienes del dominio público y privado del Estado*, en CASSAGNE (dir.), "Tratado de derecho procesal administrativo", t. II, p. 727.

⁷ "Art. 135. - El Poder Ejecutivo nacional en el plazo de noventa días a partir de la fecha de promulgación de la presente ley, presentará al Congreso de la Nación un proyecto de ley que regule el sistema de contrataciones del Estado y otro que organice la administración de bienes del Estado".

mitando el análisis a los bienes inmuebles⁸. Se excluyen los bienes culturales del patrimonio artístico e histórico, bosques, aguas y minas que, por tener características específicas, no están comprendidos en este estudio.

2. **TEMA CENTRAL DE ANÁLISIS Y TESIS QUE SE SOSTIENE.** - El tema central es la noción misma de dominio privado, sus diferencias con el dominio público y las normas de derecho público y de derecho privado que se aplican, sosteniendo, como tesis, que el régimen jurídico de los bienes del dominio privado del Estado es un régimen peculiar de derecho administrativo y que conviene establecer en una ley especial.

Ese régimen jurídico es netamente "administrativo", aun cuando se apliquen normas de derecho privado, las que se interpretan por analogía, de acuerdo con las características de la actividad administrativa y del sujeto estatal⁹.

Así se demostrará que esta regulación específica es propia del derecho administrativo, utilizando la noción de derecho administrativo como todo el derecho que regula la función administrativa y se aplica a la Administración pública, sin perjuicio de que las normas pueden estar referidas a otras materias (v.gr., civil)¹⁰.

3. **EL TEMA A INVESTIGAR.** - Se investigará la clasificación de los bienes del Estado en el Código Civil argentino, los antecedentes históricos, las diferencias entre los bienes del dominio público y del dominio privado del Estado y las normas que se aplican tanto administrativas como civiles. Se investigará también la legislación comparada en España, Italia y Francia, a fin de establecer cuál es el régimen jurídico de los bienes inmuebles privados del Estado actual

⁸ Según el Código Civil velezano, "las cosas son muebles e inmuebles por su naturaleza, o por accesión, o por su carácter representativo" (art. 2313); "son inmuebles por su naturaleza las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas o fluidas que forman su superficie y profundidad: todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica, y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre" (art. 2314); "son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran realmente inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con tal que esta adhesión tenga el carácter de perpetuidad" (art. 2315); "son también inmuebles las cosas muebles que se encuentran puestas intencionalmente, como accesorias de un inmueble, por el propietario de éste, sin estarlo físicamente" (art. 2316), y "son inmuebles por su carácter representativo los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con exclusión de los derechos reales de hipoteca y anticresis" (art. 2317).

⁹ CASSAGNE, *Derecho administrativo*, t. I, p. 145.

¹⁰ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. I, p. 151; GORDILLO, *Tratado. Parte general*, t. I, V-18.

en nuestro país y en los países europeos mencionados. La elección de estos países se debe a la influencia común que, sobre la clasificación de los bienes del Estado, ha tenido el Código Civil francés y, en particular, su doctrina, como también en la posibilidad de lectura de los textos en sus idiomas de origen.

4. **OBJETIVOS PARTICULARES.** – En el desarrollo del trabajo nos proponemos como objetivo particular determinar si los bienes del dominio público se rigen por el derecho administrativo y los bienes del dominio privado por las normas del derecho privado, o si los bienes estatales, tanto del dominio público como del dominio privado, por tener siempre una afectación a un interés general, deben tener un régimen legal especial y propio de derecho administrativo. En su caso, cuál es el régimen legal para el uso, administración y disposición de los bienes inmuebles privados del Estado.

En los § 1 a 4 se analizarán las normas del Código Civil argentino referidas a la clasificación de los bienes estatales, como también el origen histórico de la clasificación de las cosas en el derecho romano y su evolución en el derecho francés, que permitirá comprender los motivos de las distinciones entre bienes en el comercio y fuera del comercio, como entre bienes del dominio público y privado.

En los § 5 a 8 se tratará la noción de dominio público y se estudiarán: *a)* la titularidad; *b)* la cuestión del destino, y *c)* el régimen jurídico. Estos tres temas se abordarán, también, al tratar sobre la noción de los bienes del dominio privado, en los § 9 a 13, para poder determinar el alcance de la distinción entre estos bienes y la justificación o no de un distinto régimen jurídico.

En los § 14 a 21 se planteará cuáles son las diferencias que pueden existir entre estos bienes, a la luz del análisis efectuado en los párrafos anteriores, y se investigarán las diferencias en punto a los caracteres clásicos del dominio público, como la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad, para determinar su alcance en los bienes del dominio privado. En particular, cobra especial interés el estudio de los arts. 2336, 2337 y 2338 del Cód. Civil respecto de la enajenación y también de la antigua jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de prescripción adquisitiva.

Los § 22 a 24 se dedican a la “afectación” y “desafectación” de los bienes estatales, dada la importancia que reviste la condición del pasaje del bien a la condición de bien del dominio público o privado, precisamente por el régimen jurídico al que quedan sometidos los bienes, siendo importante, por ello, establecer las formas en que se producen tales cambios.

En los § 25 y 26 se realiza una comparación en los modos de desocupación de los bienes inmuebles, según sean de dominio público o del dominio privado, con especial referencia a la inexistencia del instituto de la autotutela administrativa sobre los bienes del dominio privado, lo cual permite completar los aspectos del régimen jurídico.

En los § 27 a 31 se reseñan las normas existentes, tanto en el ámbito nacional, como de la ciudad y la provincia de Buenos Aires, relativas a los bienes inmuebles privados del Estado, para exponer el panorama de la situación normativa actual de las jurisdicciones más relevantes en cuanto a la cantidad de habitantes y problemas que se plantean. Tiende a justificar la necesidad de un régimen jurídico especial.

En los § 32 a 34 se investigan las normas y el régimen jurídico de los bienes inmuebles privados del Estado en España, Italia y Francia, pudiendo destacar que España y Francia han avanzado hacia leyes específicas que regulan los bienes estatales y en particular los bienes del dominio privado, como la ley 33 de 2003 (Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas) en España, y ord. 2006-460 (Código General de la Propiedad de las Personas Públicas –CGPPP–), para Francia, mientras que Italia se encuentra en proceso de una reforma del Código Civil, a cargo de la Comisión Rodotà. La comparación de estas normas constituye un invalorable aporte a la formulación del régimen jurídico que aquí se propone.

En los § 35 a 37, finalmente, se sostiene que el régimen jurídico de los bienes inmuebles privados del Estado es de derecho administrativo y que debe ser establecido por ley, con argumentaciones que relacionan lo investigado con las afirmaciones sobre el régimen jurídico, fundadas, en cada caso, en lo desarrollado en los párrafos anteriores y que permiten llegar a esta conclusión. Por otra parte, no escapa al estudio que, en tanto el régimen jurídico condiciona el tipo de contrato que celebra el Estado, en este caso también conviene postular una nueva categoría de contrato: los contratos patrimoniales del Estado.

En los § 38 y 39 se formularán los lineamientos de una ley nacional que establecerá el régimen jurídico de los bienes inmuebles privados del Estado, incluyendo también las formas contractuales de uso, administración y disposición de los bienes inmuebles. Se propondrán figuras contractuales similares o diferentes de las de los contratos administrativos o del derecho privado, pero tendrán características específicas, como también una denominación propia como “contratos patrimoniales del Estado”. Se agregará el proyecto de ley que se propone y que contribuirá no sólo a otorgar seguridad jurídica a quienes contratan con el Estado, sino que determina

una actividad reglada que limita la arbitrariedad en la decisión estatal y contribuye a una mayor transparencia y eficiencia en la gestión.

Los lineamientos de la ley regularán la noción, caracteres, la tutela y protección de los bienes del dominio privado del Estado, como también las formas contractuales de gestión, que posibiliten un mejor aprovechamiento de los inmuebles privados estatales y que tenga como objetivo, tanto preservar el patrimonio estatal como lograr el fin de interés público y social.

Por último, se presentarán las conclusiones, en las que se hará una síntesis de los resultados de la investigación y un resumen de los argumentos que permiten sustentar la tesis sobre el régimen jurídico de los bienes inmuebles privados del Estado.

5. *PLAN DE TRABAJO.* – En la primera parte (§ 1 a 26) se expone sobre la noción de bienes públicos y privados del Estado, a partir de la clasificación del Código Civil argentino y las definiciones que han dado autores civiles y administrativistas. Se explica la terminología "dominio público y dominio privado". Se destaca que es necesario iniciar la investigación con el estudio sobre los bienes públicos, ya que es a partir de las diferencias con los bienes privados que se puede llegar a entender el concepto de estos últimos. Se investiga el origen histórico de tales bienes, como también se comparan las diferencias entre bienes públicos y privados. Finalmente, el análisis de sus caracteres permite llegar a plantear las premisas del régimen jurídico.

En la segunda parte de la investigación (§ 27 a 34) se comentan las normas sobre uso, administración y disposición de los bienes privados, según las normas previstas en las legislaciones administrativas nacional, de la ciudad y de la provincia de Buenos Aires, circunscribiendo el estudio a estas jurisdicciones, por estar dentro de una misma región geográfica, con problemas similares. También se analizan las normas del Código Civil, determinando cuáles serían compatibles, según los caracteres de los bienes privados del Estado.

Se aborda la investigación en España, Francia e Italia, dado que el ordenamiento jurídico de tales países y el nuestro tiene parecidos orígenes y similares debates sobre el régimen de los bienes estatales. Particularmente relevante es la legislación específica de estos países sobre los bienes inmuebles privados del Estado, lo cual permitirá empezar a comprobar lo que aquí se sostiene.

En la tercera parte de este trabajo (§ 35 a 39) se fundamenta lo sostenido y se expone el régimen jurídico para los bienes inmue-

bles privados del Estado que se propone. Se establecen las nociones de dominio público y privado, las formas de afectación y desafectación de bienes, los caracteres en relación con la enajenación, prescripción adquisitiva y embargo, la desocupación y otros modos de protección. Este régimen jurídico extiende sus efectos en materia contractual y, por lo tanto, se analiza la clasificación de los contratos del Estado y se justifica una nueva categoría de contratos administrativos patrimoniales. Para ello se tienen en cuenta las características del sujeto, del objeto, de la finalidad y de las normas aplicables a tales contratos.

Por último, se formulan los lineamientos de una ley de bienes inmuebles privados, que establecerá (ámbito de aplicación, autoridad de aplicación, registro de inmuebles, noción de bienes privados, formas de afectación y desafectación, caracteres, principios que rigen la gestión y la contratación, formas contractuales y modalidades, extinción, tutela, resolución de conflictos y jurisdicción).

En la conclusión de esta investigación se hace una síntesis de la investigación y un resumen de los argumentos que sostienen que el régimen jurídico de los bienes inmuebles privados del Estado es de derecho administrativo y que se lo debe establecer en una ley especial.

6. *METODOLOGÍA DE TRABAJO.* – Para este estudio se accedió al conocimiento de las normas existentes, doctrina de los autores y jurisprudencia sobre el tema, tanto del ámbito nacional como extranjero. Se buscó información en bibliotecas públicas y privadas de modo presencial y por Internet. Se elaboró la argumentación con apoyo en las fuentes que se indican en las notas al pie y se especifica toda la bibliografía consultada.

Por acuerdo de colaboración entre la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad de Bolonia, se concluyó la investigación en dicha ciudad, con el apoyo, en particular, de la Escuela de Especialización en Estudios sobre la Administración Pública (SPISA), dependiente de dicha Universidad.

CAPÍTULO PRIMERO

LOS BIENES ESTATALES

§ 1. *INTRODUCCIÓN.* – Si bien el objeto central de esta investigación es el régimen de los bienes inmuebles privados del Estado, el estudio de los bienes del dominio privado está estrechamente vinculado al dominio público, ya que en ambos casos se trata de bienes del Estado y su análisis se efectúa a partir de las diferencias entre unos y otros bienes. Por otra parte, en general, la doctrina ha centrado su interés más en el dominio público que en el dominio privado, tal vez por la indefinición del régimen jurídico aplicable a los bienes privados del Estado, que determinó que, para los civilistas, fuera materia de interés de los administrativistas¹ y, para éstos, de interés de los civilistas².

En efecto, ya VILLEGAS BASAVILBASO explicaba que la noción de dominio público –institución fundamental del derecho administrativo– es una de las más discutidas por los publicistas y civilistas, aclarando que, no obstante admitirse unánimemente la diferenciación entre el denominado dominio público y el dominio privado, regulado por el derecho civil, el criterio jurídico que permite clasificar los bienes en uno u otro dominio ha sido y es objeto de controversias, a tal extremo que se ha sostenido la imposibilidad de establecer una teoría general del dominio público y que toda construcción a este respecto deberá limitarse a un determinado derecho positivo³.

Lo cierto es que tal derecho positivo, respecto de una teoría general del dominio público, aún no se ha alcanzado y, menos aún, sobre el régimen legal del dominio privado, desde una discusión

¹ BORDA, *Tratado. Parte general*, t. II, p. 51.

² MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 25.

³ VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, t. IV, parte 2ª, p. 3 y 4.

que ponga en debate si el dominio privado del Estado se regula por el Código Civil o por el derecho administrativo.

Por lo tanto, se comienza a tratar el tema, a partir de las nociones de dominio público y sus diferencias con el dominio privado, para lograr finalmente establecer su régimen jurídico⁴.

§ 2. *IMPRECISIÓN TERMINOLÓGICA.* - Como señala VILLEGAS BASAVILBASO, según PELLOUX, en el antiguo derecho, la locución dominio público es sinónimo de dominio de la Corona o de dominio nacional o de dominio del Estado. En cambio, la correcta terminología, creada por PARDESSUS en 1806, se afirma definitivamente en el *Traité du domaine public*, de PROUDHON, quien distingue el dominio público del dominio privado del Estado. El primero constituido por cosas inalienables e imprescriptibles y el segundo, por cosas que el Estado posee como un propietario particular y que pueden ser alienables y prescriptibles. En el concepto proudhoniano, el dominio privado del Estado o dominio del Estado es meramente propiedad privada. Desde entonces, la expresión dominio público adquirió una significación jurídica propia, en oposición a las de dominio eminente y dominio privado. Al término del siglo pasado, es usada preferentemente la locución "dominio privado" en sustitución de "dominio del Estado".

Por último, VILLEGAS BASAVILBASO también aclara que, no obstante que la palabra "dominio" implica la idea de poder, señorío, dominación, los conceptos de dominio eminente, dominio público y dominio privado tienen una distinta significación jurídica. El *dominio eminens* es una *potestas*; no constituye una propiedad sino que es una facultad de legislación sobre las personas y los bienes y, como expresión de soberanía interna, no reconoce otras limitaciones que las preceptuadas por el ordenamiento constitucional. En cambio, el dominio público es una suma de bienes sujetos a un régimen jurídico distinto del que rige la suma de bienes que constituyen el dominio privado⁵.

§ 3. *LOS BIENES ESTATALES Y EL CÓDIGO CIVIL.* - El análisis de las normas del Código Civil argentino, referidas a la clasificación de los bienes estatales, conduce al estudio de la distinción entre bienes del dominio público y bienes del dominio privado, que

⁴ En la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires se encontró la tesis del doctor GASPAR GÓMEZ, *Dominio público y privado del Estado*, presentada en 1880 (número de inventario A0080604), que investiga y define los bienes del Estado. No hubo tesis posteriores sobre el tema.

⁵ VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, t. IV, parte 2ª, p. 5, 6 y 14.

justifica un régimen jurídico distinto. Asimismo, permite repensar cuál debe ser dicho régimen, teniendo en cuenta que, según la doctrina clásica de los autores administrativistas y civilistas, los bienes públicos se rigen por el derecho administrativo y los bienes privados del Estado por el derecho privado⁶.

En el Código Civil argentino se clasifican a los bienes estatales en bienes públicos y bienes privados, que pueden pertenecer tanto a la Nación, como a las provincias, o municipios, según la distribución de los poderes hecha por la Constitución nacional (art. 2339).

Asimismo el Código Civil establece cuáles son los bienes públicos (art. 2340), y cuáles los bienes privados (art. 2342).

Si bien esta distinción forma parte de la clasificación de las cosas que regula el Código Civil en su parte general, éste también determina que la regulación del uso y goce de los bienes públicos se sujetará a las normas del Código y a las ordenanzas generales o locales (art. 2341).

Las normas mencionadas están incluidas en el Libro Tercero, "De los Derechos Reales", Título I, "De las cosas consideradas en sí mismas, o con relación a los derechos", Capítulo Único, "De las cosas consideradas con relación a las personas", y se ha criticado tal denominación, ya que debería decir "De las cosas con relación a las personas a quienes pertenecen"⁷. También se afirma que debería decir "bienes" y no "cosas", dado que algunos artículos se refieren a objetos incorporales⁸.

La existencia de estas normas en el Código Civil se justifica por tratarse de la regulación de las cosas en relación con las personas y en este caso no podían quedar excluidas las personas jurídicas públicas (art. 33).

En efecto, cabe relacionar este artículo con el art. 2347, en el cual se expresa que "las cosas que no fuesen bienes del Estado o de los Estados, de las municipalidades o de las iglesias, son bienes particulares sin distinción de las personas que sobre ellas tengan dominio, aunque sean personas jurídicas".

Es decir que en este capítulo único del Libro III del Código Civil se establecen las normas que regulan las cosas o bienes, con re-

⁶ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 24; LLAMBIAS, *Tratado. Parte general*, t. II, p. 212.

⁷ SPOTA, *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 3, p. 471; SALVAT, *Tratado. Parte general*, t. I, p. 670.

⁸ ZANNONI (dir.) - KEMELMAJER DE CARLUCCI (coord.), *Código Civil*, t. 10, p. 128.

lación a las personas físicas o jurídicas a quienes pertenecen, tanto públicas como privadas.

No parece desacertada esta regulación en el Código Civil ya que determina un criterio único para ser aplicado en todo el país, teniendo en cuenta la competencia del Congreso de la Nación, para dictar los Códigos de fondo (art. 75, inc. 12, Const. nacional)⁹.

Al respecto, se sostiene que "la determinación de la condición jurídica de los bienes esto es, si son públicos o privados, corresponde al Congreso de la Nación, a través de una ley que extiende su imperio a todo el territorio, sin perjuicio del derecho de las provincias y, en su caso, del municipio, respecto al ejercicio de sus poderes normativos en relación al uso de los bienes públicos. Tal ley, en nuestro país, es el Código Civil"¹⁰.

Como explica CASSAGNE, "en nuestro país, al igual que en Chile, la distinción entre bienes públicos y privados fue impuesta por el Código Civil (art. 2340 y ss.), y si bien hay que reconocer otras categorías jurídicas como los recursos naturales regulados en leyes específicas, lo cierto es que, pese a la crítica que ha recibido la clasificación, ella se mantiene incólume. A su vez, como lo indica la evolución acontecida en el derecho francés, la categorización clásica es susceptible de compatibilizar con las grandes transformaciones que precisa incorporar la dogmática tradicional.

En ese contexto, no hay que perder de vista que la regulación del dominio público por el Código Civil corresponde a la competencia del Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12, Const. nacional), toda vez que, dado el carácter complejo de nuestro sistema federal, basado en el principio de unidad de legislación, resultaba necesario establecer en ese ordenamiento de fondo la línea divisoria en varias materias (v.gr., condición jurídica de las personas y de las cosas) para evitar colisiones con el derecho local o provincial.

La necesidad de efectuar ese deslinde obedece al hecho de que dicha norma constitucional tiene por función limitar el carácter local del derecho administrativo a fin de evitar su desborde, ya que si las provincias hubieran conservado una potestad plena para definir —por ejemplo— qué bienes naturales integran su dominio público, se produciría una suerte de anarquía en el territorio del Estado nacional, afectándose el principio de unidad de la legislación de

⁹ CONF. MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 141; VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, t. IV, parte 2ª, p. 92 y 93; en contra, FIORINI, *Derecho administrativo*, t. II, p. 301, 302 y 311; SALOMONI, *El régimen del dominio público en la República Argentina*, "Actualidad en el Derecho Público", n° 14, p. 88 a 97.

¹⁰ BUERES (dir.) - HIGHTON (coord.), *Código Civil*, t. 5A, p. 89, con cita de CS SFe, 6/7/94, DJ, 1995-2-567.

fondo, piedra angular del sistema normativo establecido en la carta magna"¹¹.

En esta materia, el Código sienta normas generales sobre los bienes públicos nacionales, provinciales y municipales. Si bien se trata de un tema propio del derecho administrativo, hizo bien el codificador al proceder así, porque en su momento el Código anticipó una legislación orgánica, comprendiendo algunos puntos tal vez no estrictamente de derecho civil, pero que, de no incluirselos, habrían quedado por mucho tiempo sin legislar o no hubieran sido legislados de una manera general, por toda la Nación y ajustados a un sistema¹².

Son, en este caso, normas del Código Civil que interrelacionan con normas de derecho administrativo, de carácter local.

La normas civiles como integradoras del derecho administrativo son de diferentes tipos. Hay normas civiles que se aplican a las cuestiones administrativas de modo directo, como en este caso, dado que es el propio Código que expresa una norma de aplicación o de reenvío, pero también hay normas civiles que se aplican ante la ausencia o vacío de las normas administrativas, y en estos supuestos se aplican, no de modo directo, sino por analogía, es decir adaptándolas a las particularidades propias del derecho administrativo¹³.

Esta relación entre las normas civiles y las normas de derecho administrativo será nuevamente abordada en el estudio del régimen legal que se propone en esta tesis.

¹¹ CASSAGNE, *Acerca de la noción del dominio público y las nuevas ideas sobre los usos especiales*, JA, 2010-III-1213.

¹² ARAUZ CASTEX, *Derecho civil. Parte general*, t. I, p. 84.

¹³ CASSAGNE destaca que "se ha sostenido que respecto de las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho civil no hay que suponer en nuestro sistema jurídico que toda aplicación de una norma incluida en el Código Civil traduzca siempre la utilización del derecho civil, ya que puede darse que las normas del Código no pertenezcan exclusivamente al derecho civil sino a todas las ramas del derecho, como las contenidas en los títulos preliminares. En este caso habrá aplicación directa de normas jurídicas que, en su conjunto, conforman la llamada parte general del derecho, a diferencia de la aplicación de otras normas del Código Civil que se utilizan como integradoras del derecho administrativo a través del procedimiento de la analogía que exige realizar una tarea previa de adaptación a las normas y principios del derecho público" (*Derecho administrativo*, t. I, p. 145). GORDILLO recuerda que "la afirmación frecuente de que el derecho civil se aplica en subsidio del derecho administrativo no es del todo exacta hoy en día, pues generalmente la aplicación de las normas del derecho civil no se realiza en derecho administrativo respetando su pureza original; por el contrario, se las integra con los principios y normas del derecho administrativo, conformándose y remodelándose en consecuencia a éste" (*Tratado. Parte general*, t. I, VIII-2). Ver, también, Fallos, 190:151.

§ 4. *ORIGEN HISTÓRICO.* — En el derecho romano ya existió una clasificación de las cosas pertenecientes al Estado, destinadas al uso de todos los ciudadanos y otras que estaban fuera del uso común.

En las *Institutas* de GAYO se encuentra una primera distinción de las cosas "en nuestro patrimonio" y "fuera de nuestro patrimonio".

Al respecto, en su comentario, DI PIETRO destaca que la denominación de cosas *in nostro patrimonio* quiere significar que se trata de cosas que están o que pueden eventualmente estar en el patrimonio de alguien; en cambio aquellas que figuran *extra nostrum patrimonium* son aquellas que, por estar consagradas a los dioses superiores (*res sacræ*), o dejadas a los dioses manes (*res religiosæ*) o por ser de todos (*res communes omnium*), o por ser del *populus* (*res publicæ*) no podrían ser adquiridas por los particulares. Existe por ello una cierta aproximación con *res in commercio* y *res extra commercium*¹⁴.

Por otra parte, GAYO distingue a las cosas de derecho humano —diferentes de las de derecho divino— en cosas públicas (*res publicæ*) o privadas (*res privatæ*). Las cosas públicas a su vez se entendían que no eran de nadie, pues se consideraban propias de la comunidad (*universitatis*).

En las *Institutas* de JUSTINIANO también se comienza explicando que las cosas se hallan en nuestro patrimonio o fuera de nuestro patrimonio y se aclara que, algunas, por derecho natural, son "comunes" a todos, como el aire, el agua corriente, el mar y sus costas; otras son "públicas", ríos y puertos; otras son de una "corporación" y no de los particulares como los objetos que se hallan en las ciudades como teatros y estadios¹⁵.

Según ARANGIO RUIZ, la *res privata* se identifica con la *res in patrimonio* o *in commercio*, mientras son *extra commercium* la *res divini iuris*, la *res publicæ* y la *res communes omnium*. Aclara que las expresiones *in patrimonio* o *extra patrimonio* se usaban cuando las cosas estuviesen comprendidas en los bienes de personas físicas o jurídicas, mientras que resultaban *in commercio* o *extra commercium*, según las cosas fueran susceptibles de relaciones de intercambio o, en general, de negocios jurídicos patrimoniales, concluyendo que esta última denominación es la más precisa¹⁶.

¹⁴ GAYO, *Institutas*, p. 188, nota 1, y p. 194, nota 11.

¹⁵ JUSTINIANO, *Institutas*, p. 67 y 68.

¹⁶ ARANGIO RUIZ, *Istituzioni*, p. 169. Ampliar en COLOM PLAZUELO, *Las cosas públicas y su régimen jurídico*, en DE REINA TARTIERE (coord.), "Dominio público", p. 156.

Por su parte, PAREJO ALFONSO destaca que en Roma y hasta el Principado, con motivo de la conquista militar, los nuevos territorios se reputaban pertenecientes al pueblo romano, que retuvo la propiedad y concedió la posesión bajo diversas formas de *ager*, llegando finalmente a otorgarse parcelas en propiedad privada, lo cual condujo a la distinción entre suelo público (*ager publicus*) y privado (*ager divisus et assignatus*). También el suelo itálico se diferenció del provincial donde se abonaba o el *stipendium* o el *tributum*, según el tipo de provincias. Finalmente estas contribuciones se transformaron en carga pública, debidas al soberano, que dieron origen al *ærarium populi romani* y al *fiscus cæsaris* en la época del Principado. Posteriormente, en la época de Augusto aparece diferenciado el *patrimonium cæsaris*, o sea, el conjunto de bienes privados del emperador, hoy entendidos como los bienes de la Corona.

Según el mismo autor, en la Edad Media, en un primer momento se pierde la clasificación romana de las cosas y se recupera con los glosadores y posglosadores. Asimismo se reproducen las situaciones de conquista de territorios y la necesidad de articular su detención y aprovechamiento por los particulares. Por otro lado, se va afirmando el poder real en el fraccionado mundo medieval y así la paz del rey recupera la idea del uso público, garantizado por el rey, y por esta vía indirecta acaba afirmándose la titularidad real de caminos, bosques, mercados, montes, aguas y fuentes. Así, lo que en derecho romano tenía una naturaleza predominantemente objetiva en función del uso y destino de las cosas, sufre un profundo y definitivo proceso de subjetivización. Aparece el concepto de "regalía", como título de poder, del cual se distingue el *demanio*, o dominio sobre ciertos bienes. De tal modo, todos los derechos del Príncipe aparecen en su patrimonio, en cuya configuración se recibe la dualidad romana de patrimonio privado y de la corona, pero debido a la confusión entre derecho público y privado, propio de la época, también inicialmente todos los bienes del Príncipe conforman su patrimonio y se ofrecen como disponibles y prescriptibles. Más tarde, con la preocupación para mantener las fuentes de los ingresos reales, aparece un régimen especial para los bienes regalados o demaniales y es este el origen de las reglas de la inalienabilidad y la imprescriptibilidad a dichos bienes. Cuando en el siglo xv se formule la teoría de la soberanía, se asignarán a la misma los bienes demaniales, llegándose a la definitiva separación entre dominio público y bienes patrimoniales¹⁷.

¹⁷ PAREJO ALFONSO, *Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general*, "Revista de Administración Pública", n° 100-102, p. 2372.

La legislación revolucionaria en Francia, del 21 de noviembre y 1° de diciembre de 1790, llamada Código Dominial, al referirse al dominio de la Nación, abolió la regla de la inalienabilidad que había sido impuesta por las Ordenanzas de Moulins en 1566 y que se aplicaba, en principio a todas las dependencias del dominio de la Corona¹⁸.

El ya citado PAREJO ALFONSO sigue a MONTEIL, para quien el decreto de la Asamblea Nacional de 22 de noviembre-1° de diciembre de 1790 "*relatif aux domaines nationaux, aux échanges et concessions et aux apanages*"¹⁹, supone algunas transformaciones en el dominio público, dado que el conjunto de los bienes hasta entonces integrantes del dominio de la Corona pasa a ser dominio de la nación, incorporándose en el nuevo dominio nacional sólo propiedades inmobiliarias o derechos reales. Consecuentemente con lo anterior, y al transferirse la titularidad del dominio así constituido a la nación (frente a la que sus miembros, según las ideas roussonianas, no precisan de garantía alguna), dicho dominio deja de estar sujeto a las reglas de la inalienabilidad e imprescriptibilidad y, con consentimiento de la nación, cualesquiera de sus bienes integrantes pueden ser enajenados. Por lo tanto, en la ley de 1790, si bien dominio de la nación y dominio público son una misma cosa, la calificación por la Ley de los bienes denominados de dominio público como "no susceptibles de propiedad privada", condujo, sin embargo, a la doctrina iuspublicista a la afirmación de que el texto legal distinguía entre uno y otro dominio, conservando para el público las reglas tradicionales de la inalienabilidad y la imprescriptibilidad, lo que está en el origen del surgimiento de la teoría moderna de dominio público.

En el Código Civil francés se recibe esta nueva construcción del dominio público prácticamente sin variaciones, salvo en la expresión "dominio nacional" que se cambia por "dominio público". Además se incluye sistemáticamente la regulación de éste en el título relativo a la clasificación de los bienes en el capítulo rubricado "De los bienes en sus relaciones con las personas que los poseen", y se atribuye la propiedad de los bienes dominiales no ya a la Nación, sino al Estado, y, aunque no se introduce regla expresa contradictoria con la de alienabilidad proclamada por la ley de 1790, sin embargo, de varios de sus preceptos se deduce la existencia de ciertas cosas inalienables e imprescriptibles por estar fuera del comercio. Así, el art. 538 se refiere a las cosas no susceptibles de propiedad privada, el art. 1598 circunscribe lo que puede ser vendi-

¹⁸ DIEZ, *Derecho administrativo*, t. IV, p. 351.

¹⁹ MONTEIL, *De la domanialité publique*, p. 53 y siguientes.

do a lo que está dentro del comercio y el art. 2226 prohíbe la prescripción adquisitiva de las cosas fuera del comercio.

El autor del Código Civil argentino, VELEZ SÁRSFIELD, se inspiró en las fuentes romanas y del Código Civil francés, tal como resulta de las notas a los arts. 2340 y 2342, entre otros.

Por otra parte, y dado el origen colonial de nuestros territorios, cabe recordar cómo nace en la Argentina la propiedad inmueble de los particulares y del Estado.

El Estado colonial, como manera de facilitar el arraigo de los primeros pobladores en comarcas lejanas y hostiles, les entregó tierras en propiedad y les aseguró la utilización de los denominados bienes del común (aguas, pastos, bosques y frutos silvestres)²⁰.

La tierra de las regiones conquistadas, con todos sus accesorios (aguas, bosques, minas) fue considerada de propiedad de la corona española "por haber sucedido enteramente en el señorío que tuvieron en las Indias los señores que fueron de ellas"²¹.

Pero también la Corona reconoce la legitimidad de la propiedad anterior a la conquista. En el requerimiento de 1533, destinado a leerse a los aborígenes de las tierras que acaban de descubrirse, se les promete que "vos dejaremos vuestras... haciendas libres e sin servidumbre"²² y en las instrucciones impartidas a los conquistadores no sólo se cuida de aclarar que no debe repartirse a los peninsulares tierra de los indios sino que se ordena que las estancias sean establecidas lejos de los pueblos de indígenas para evitar que los animales dañen sus sementeras²³. Por ello también las mercedes de tierra se otorgaban "sin perjuicio de naturales".

Siguiendo la historia que comenta ZORRAQUÍN BECÚ, las tierras conquistadas se repartieron generosamente por los virreyes, gobernadores y tenientes, con el objeto de premiar a los conquistadores

²⁰ ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política argentina*, p. 105 y 343. Algunos bienes del común merecían una atención especial como en el caso del agua custodiada y distribuida por los alcaldes del agua, designados anualmente por los cabildos.

²¹ La Ley 14, Título XII, Lib. IV, de la *Recopilación de leyes de Indias de 1578* establecía "que a los poseedores de tierras, estancias, chacras y caballería con legítimos títulos, se les ampare en posesión y las demás sean restituidas al rey", como también reservar tierras para "plazas, ejidos, propios pastos y valdios... repartiendo a los indios lo que buenamente hubiere menester para labrar y hacer sementeras y crianzas, confirmandoles en lo que ahora tienen, y dándole de nuevo lo necesario, todo la demás tierra quede y esté libre y desembarazada para hacer merced y disponer de ella nuestra voluntad".

²² DE ENCINAS, *Cedulario indiano*, t. IV, p. 227, citado por MARILUZ URQUJO, *El régimen de la tierra*, p. 22.

²³ MARILUZ URQUJO, *El régimen de la tierra*, p. 23.

y afincarlos²⁴. Estas "mercedes" de tierra se daban en forma gratuita pero tenían que ser confirmadas por el virrey o por el gobernador para que el dominio fuera perfecto. Más tarde, cuando se advierte que podían ser una fuente de recursos para el fisco, se ordenó vender las que no tuvieran propietario, y admitir que los poseedores sin título perfecto pagaran una "composición" para validarlo.

En 1754 se dispuso una revisión general de todos los títulos de propiedad. Los que estaban en posesión de las tierras desde antes del año 1700 adquirirían el dominio por prescripción, pero los que tenían tierras posteriores a esa fecha debían cumplir los requisitos pendientes para completar la adquisición pagando el precio de compra o la composición, pero este sistema no dio resultados en la práctica y muchos quedaron con títulos imperfectos.

Los repartos y ventas de tierras se hicieron en grandes extensiones a los españoles y aún a los mestizos, que constituían las clases superiores de la sociedad. A los indios se les dejaron o repartieron tierras necesarias para su sustento. Estas tierras eran propiedades colectivas cuyo dominio directo pertenecía a la Corona, quedando para sus pobladores solamente el dominio útil.

Con el avance de las conquistas del desierto, las tierras fiscales aumentaron considerablemente y la Asamblea del Año 1813 facultó al Poder Ejecutivo a enajenar las fincas del Estado "de modo que crea más conveniente al incremento del erario". Esta política cambió en la época de RIVADAVIA y así en 1822 el gobierno de la provincia de Buenos Aires prohibió la enajenación de las tierras públicas y dispuso entregarlas en enfiteusis. Sin embargo el sistema falló ya que pocos pagaron el canon. ROSAS fue abandonando paulatinamente la política que había impuesto RIVADAVIA y en 1836 quedó autorizado a vender mil quinientas leguas cuadradas de tierras baldías o dadas en enfiteusis, cuyo producido sería destinado al pago de la deuda del canon por enfiteusis, pero ROSAS sólo pudo enajenar una tercera parte y el sistema de enfiteusis fue desapareciendo. En toda esa época las tierras despobladas y lejanas carecían de valor y se hicieron grandes donaciones de campos entre los expedicionarios al desierto de 1834. Después de la caída de ROSAS, una de las preocupaciones principales fue la de atraer inmigrantes para colonizar las tierras baldías. Tanto la Confederación como varias provincias celebraron contratos con ese objeto.

En la presidencia de MITRE, la ley del 25 de octubre de 1862 autorizó al gobierno nacional a ceder campos a los inmigrantes y lo

²⁴ ZORRAQUIN BECÚ, *Historia del derecho argentino*, t. I, p. 194, y t. II, p. 287 y siguientes.

mismo dispuso la ley 761 de 1875. En el mismo año, por ley 28 se estableció el principio de que "los territorios existentes fuera de los límites o posesión de las provincias son nacionales".

Durante la presidencia de AVELLANEDA se sancionó la ley 817 que legisló orgánicamente sobre las tierras públicas del Estado, referida tanto a la inmigración como a la colonización. Establecía que, dividida la tierra, ésta se enajenaba por subasta o venta directa, salvo que excepcionalmente, se donaran lotes a los cien primeros colonos. Los adquirentes de inmuebles urbanos tenían la obligación de cercarlos y poblarlos dentro del año, mientras que los de inmuebles rurales debían cultivarlos dentro de un plazo de dos años²⁵. Sin embargo, la ley Avellaneda no tuvo el resultado esperado. Según CÁRCANO la ley tuvo cuatro períodos desde 1876 a 1896, que fueron iniciación, especulación, liquidación y olvido²⁶.

Más tarde la ley 947 dictada en 1878 autorizó la venta de campos de cuatro a doce leguas cuadradas, una vez realizada la conquista de la Patagonia, y un año después, por ley 1018 el gobierno quedó también facultado para enajenar lotes de una legua cuadrada. Aunque el propósito de esa política era ir ocupando las zonas desiertas, no todas las tierras fiscales pasaron a manos privadas y grandes extensiones quedan en poder de la Nación y de las provincias.

La ley 4167 sancionada a fin de 1902, y posteriormente la ley 13.995, reglamentaron más minuciosamente las ventas y los arrendamientos de esas propiedades.

La ley 13.995 dispuso en su art. 1º la función social de la tierra fiscal y contempló que se podía disponer de ellas por arrendamiento o por venta. Esta norma, al igual que las anteriores, actualmente está derogada.

El estudio normativo de la legislación actual se retomará más adelante (ver § 28 a 32).

²⁵ ARMAGNAGUE, *Tierras de propiedad nacional*, LLGC, 2010-829.

²⁶ CÁRCANO, *Evolución histórica del régimen de la tierra pública*, p. 203.

CAPÍTULO II

DOMINIO PÚBLICO

§ 5. *Noción.* – En el Código Civil se establece una clasificación de los bienes estatales pero no se menciona ninguna definición y ha sido tarea de la doctrina dar una noción de las distintas categorías de bienes estatales.

También cabe destacar que, si bien el Código Civil se refiere a bienes públicos y privados, la doctrina ha tratado el tema como "dominio público" y "dominio privado", según la distinción creada por PROUDHON (ver § 2)¹.

Para dar la noción de dominio público diferentes autores toman en cuenta, ya sea si existe o no titularidad dominial del estado sobre tales bienes, ya sea el destino de uso, ya sea el régimen jurídico especial de tales bienes².

En tal sentido, GRECCO señala que existen tres ideas básicas que constituyen el núcleo central del régimen jurídico del dominio público. "En primer lugar, la titularidad. En segundo lugar, la afectación, palabra incorrecta, desde el punto de vista semántico, pero que ha recibido tal consagración que es imposible obviarla. Es incorrecta porque es polisémica. En tercer lugar, el régimen jurídico especial"³.

¹ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 28 a 31. Este autor aclara "que la locución correcta para designar la categoría de bienes no pertenecientes individualmente a los administrados o particulares, destinada al uso público –ya sea directo o indirecto– y sometida a un régimen jurídico especial, es 'dominio público'. Esta locución es harto expresiva para distinguir estos bienes de los pertenecientes al Estado como persona del derecho privado, es decir para distinguirlos del conjunto de bienes llamado 'dominio privado' del Estado". Ver lo expuesto en el § 2.

² SAINZ MORENO, *El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la Revista de la Administración Pública*, "Revista de la Administración Pública", n° 150, p. 481.

³ GRECCO, *El ocaso de la dogmática tradicional del dominio público*, en Universidad Austral, "Jornadas sobre Organización Administrativa", p. 823.

Nos recuerda DIEZ que la doctrina moderna sobre la noción conceptual del dominio público ha sido desarrollada por BALBÉ en *Concepto de dominio público*, de 1945, y siguiendo sus ideas, define al dominio público como "un conjunto de bienes de propiedad del Estado (lato sensu), afectados por ley al uso directo o indirecto de los habitantes". Analiza posteriormente los cuatro elementos que componen la noción conceptual del dominio público, que desarrolla también MARIENHOFF⁴.

Así, a los fines de precisar la noción conceptual, este último sostiene que los elementos que integran el concepto de dominialidad son: a) el normativo o legal, en cuyo mérito se determina cuándo una cosa o bien que reúna los demás caracteres es dominial; el bien es del dominio público con fundamento en la ley que así lo establece; b) el subjetivo, que se refiere al sujeto o titular del derecho sobre los bienes dominiales; c) el objetivo, que concierne a los bienes o cosas que integran el dominio público, y d) el finalista, referente al fin al que debe responder la inclusión de una cosa o bien en el dominio público.

De tal modo, MARIENHOFF define dominio público como "un conjunto de bienes que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, pertenecen a la comunidad política pueblo, hallándose destinados al uso público —directo o indirecto— de los habitantes"⁵.

Para BIELSA se trata de un conjunto de cosas afectadas al uso directo de una colectividad dada, y destinada al uso público de cada uno de sus asociados, y que no son susceptibles, por tanto, de apropiación privada⁶.

A su turno, VILLEGAS BASAVILBASO destaca que el concepto de dominio público es un concepto jurídico. No obstante la diversidad de doctrinas que tratan de definirlo, no existen discrepancias en cuanto a considerarlo como "un conjunto de bienes sometido a un régimen jurídico sustancialmente distinto al que rige el dominio privado". Las divergencias, algunas irreconciliables, aparecen cuando se trata de establecer el carácter de esos bienes, su naturaleza jurídica y su destino o afectación⁷.

No se persigue en este trabajo un estudio exhaustivo del dominio público sino de algunas cuestiones que resultan relevantes para ser comparadas con el dominio privado del Estado y que justifican

⁴ DIEZ, *Derecho administrativo*, t. IV, p. 358.

⁵ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 53 a 55 y 165.

⁶ BIELSA, *Derecho administrativo*, t. II, p. 155.

⁷ VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, t. IV, parte 2ª, p. 88.

la propuesta sobre el régimen jurídico especial para los bienes privados del Estado.

§ 6. *LA CUESTIÓN DE LA TITULARIDAD.* — La titularidad de la propiedad del dominio público del Estado ha dado motivo a distintas opiniones en la doctrina⁸, que se tratarán a continuación con la finalidad de tomar partido por el reconocimiento de la titularidad del derecho de propiedad del Estado, por los fundamentos que se expondrán. Tal conclusión es importante a los fines de este trabajo ya que descarta uno de los criterios tenidos en cuenta para diferenciar la noción de bienes públicos y privados del Estado, cual es que el Estado tiene derecho de propiedad sólo sobre sus bienes del dominio privado.

a) *EL PUEBLO.* Entre los autores administrativistas, MARIENHOFF considera que el titular del dominio público es el pueblo, basándose en la tesis que imperaba entre los romanos y siguiendo a autores como PROUDHON e IHERING. Aclara que el dueño de los bienes que integran el dominio público es el "pueblo", ya que el "territorio" de un Estado es la parte de la superficie terrestre que, por diversos motivos de orden histórico, quedó en poder de un conjunto de hombres ("pueblo"), unidos entre sí por vínculos comunes (v.gr., raza, lengua, religión)⁹, y destaca que comparten esta postura —entre nosotros— BIELSA y LINARES QUINTANA¹⁰.

En efecto, BIELSA sostiene que la definición de dominio público excluye algunos caracteres que en la doctrina generalmente se atribuyen al dominio público, considerado como dominio, o aún más, como "propiedad del Estado", siendo que el dominio público no se atribuye al Estado sino al pueblo, si bien representado en el Estado¹¹.

Entre los civilistas, BORDA considera que el dominio público del Estado no es un derecho de propiedad, ya que el Estado es apenas un administrador, que se limita a reglamentar su uso por los particulares, y carece de todos los atributos esenciales del propietario: no puede gozar exclusivamente de la cosa, puesto que su uso es común, y no puede disponer de ella. Es más bien un dominio

⁸ DIEZ, *Naturaleza jurídica del derecho del Estado sobre el dominio público*, LL, 18-66.

⁹ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 64 y siguientes. Cabe señalar que para este autor, ya se trate de la titularidad del pueblo o del Estado, existe, sin embargo, un derecho de propiedad (p. 326).

¹⁰ Ver, por ejemplo, LINARES QUINTANA, *Gobierno y Administración*, p. 421 y 422.

¹¹ BIELSA, *Derecho administrativo*, t. II, p. 157.

eminente del cual dependen algunas facultades que acompañan también a la propiedad, el derecho de reivindicar el bien, de ejercer acciones posesorias, de conceder permisos a particulares, etcétera¹².

b) *EL ESTADO*. Por su parte, VILLEGAS BASAVILBASO criticó la teoría de MARIENHOFF sosteniendo, en cambio, que el titular del dominio público es el Estado. En efecto, analiza las propias normas del Código Civil y destaca que el Capítulo Único que comienza con el art. 2339 se refiere a las cosas consideradas con relación a las personas, y de conformidad con la posición de SPOTA, expresa que el Código va a tratar de las cosas, no para considerarlas en sí mismas, sino desde el punto de vista de las personas que las tienen bajo su dominio o posesión, esto es con relación a las personas a quienes pertenecen. Aclara que la misma definición de cosa que surge del art. 2311 del Cód. Civil, al igual que todo objeto susceptible de tener un valor económico, torna a las cosas en apropiables. Comparte finalmente las enseñanzas de HAURIUO quien sostenía que la propiedad del dominio público no es diferente de la del dominio privado. Desarrolla asimismo otros argumentos¹³.

También considera DIEZ al dominio público como un conjunto de bienes, e interpreta que éstos pertenecen en propiedad al Estado, sin perjuicio de encontrarse afectados, por ley al uso directo o indirecto de la comunidad. Destaca que si bien se ha sostenido que el titular de la propiedad pública no es el Estado (lato sensu) sino los habitantes, el pueblo en suma, dicha doctrina no puede prosperar, ya que el pueblo no tiene personería para ejercer actos de disposición, de goce, medidas de policía. De allí que entiende que es el Estado (lato sensu) el verdadero propietario, porque éste tiene personería para realizar tales actos, mientras que en cuanto al uso el Estado lo ejercerá por medio de sus habitantes¹⁴.

¹² BORDA, *Tratado. Parte general*, t. II, p. 55.

¹³ VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, t. IV, parte 2ª, p. 166 a 178. En particular, efectúa el desarrollo de la noción de dominio público a partir del estudio de las doctrina francesa, con las opiniones de DUGUIT, JEZE, BARTHELEMY, HAURIUO; doctrina alemana, con las opiniones de MAYER y FLEINER; doctrina italiana, con las opiniones de CAMMEO, PRESUTTI, D'ALESSIO, GUICCIARDI, VITTA, ROMANO; doctrina argentina, con las opiniones de BIELSA, DIEZ, SPOTA y SARRIA.

¹⁴ DIEZ, *Derecho administrativo*, t. IV, p. 358 y ss., y *Naturaleza jurídica del derecho del Estado sobre el dominio público*, LL, 18-66, con cita de MEUCCI, para quien el pueblo es el sujeto de la propiedad pública y quien también la usa y goza (se hacen, sin embargo, distinciones y se dice que para ciertos bienes dominicales es el público *uti singuli* el que los utiliza —como los caminos—, mientras que otros el público los aprovecha *uti universi* —como las fortalezas—, pero Meucci critica esta distinción y en-

Según la opinión de este autor, entonces, el derecho que ejerce la persona jurídica pública sobre los bienes dominicales es el de propiedad pública, aclarando que de acuerdo con nuestro Código Civil, el Estado es una persona jurídica de existencia necesaria (art. 33) y, como tal, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones (art. 30).

Entre los civilistas, SPOTA sostiene que el Estado tiene un derecho de propiedad sobre sus bienes públicos no sólo porque así surge del propio significado de las palabras que emplea el codificador en el art. 2340, al indicar que son bienes públicos del Estado, sino también porque los bienes públicos son cosas y éstas son objetos corporales susceptibles de tener un valor. Así, concluye, que las cosas del dominio público constituyen, por lo tanto, una propiedad de pertenencia de la persona de derecho público, un dominio con todos los caracteres que la ley concede a éste, en cuanto ello sea compatible con la afectación de tales cosas al uso y goce de los habitantes o al destino de utilidad o comodidad común que se ha previsto al declararse la "dominicalidad". Agrega, además, que no es una propiedad pública, ya que agregar el adjetivo no cambia la esencia jurídica de esa propiedad¹⁵.

En igual sentido, SALVAT destaca que varios artículos del Código Civil hacen suponer la propiedad del Estado sobre sus bienes públicos. Señala que el art. 2340 dice "son bienes públicos del Estado", fórmula concebida en términos literalmente idénticos a los que emplea el art. 2342 respecto a los bienes privados y se pregunta "desde que nadie discute que el Estado tiene un verdadero derecho de propiedad sobre sus bienes privados, ¿por qué una misma fórmula, literalmente idéntica, tendría en los dos artículos citados un sentido diferente?"¹⁶.

En la doctrina italiana es la teoría de GUICCARDI, en la que se basa también CASSESE, la que sirve de fundamento al reconocimiento de un derecho de propiedad del Estado. En efecto, según GUICCARDI, "el dominio público es, por lo tanto, un régimen de particular protección en virtud del cual la entidad pública excluye del comercio al bien que es necesario a una función suya exclusiva; impide que el bien le sea quitado, independientemente de su voluntad; y se ase-

tiende que el pueblo es quien goza de todos los bienes dominicales, pues las fortalezas sirven y aprovechan a todos, lo mismo que los caminos; la utilidad de la fortaleza es la seguridad del pueblo, del mismo modo que lo son los caminos para el tránsito público). Ver, también, BORDA, *Tratado. Parte general*, t. II, p. 55; conf. VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, t. IV, parte 2ª, p. 166 a 178.

¹⁵ SPOTA, *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 3, p. 477.

¹⁶ SALVAT, *Tratado. Parte general*, t. I, p. 673.

gura poder disfrutarlo hasta que el bien no sea más necesario a la función a la que sirve o hasta que el ente público deje de ejercerla. Estos aspectos sirven para demostrar lo dicho anteriormente acerca del carácter necesario del derecho de propiedad de la entidad pública sobre los bienes de su dominio; carácter que se justifica teniendo en cuenta que, si esos bienes son necesarios para el ejercicio de las respectivas funciones, si éstas son exclusivas del ente público y además deben ser ejercidas, en cuanto se corresponden a fines esenciales... la entidad pública 'debe' tenerlos a disposición propia para evitar molestias y usurpaciones de terceros: ello es justamente lo que obtiene poniendo tales bienes como objeto de propiedad pública"¹⁷.

c) *DERECHO REAL ADMINISTRATIVO*. Otros autores entienden que el dominio estatal constituye un derecho real administrativo, ya que no habría motivos para considerar derechos reales sólo los previstos en el Código Civil. Así, en España, GARRIDO FALLA, citando a GONZÁLEZ PÉREZ, explica que ciertas situaciones jurídicas configuran derechos reales, ya que -aclara- "está, en primer lugar, la Administración en cuanto titular de un derecho de propiedad (derecho real) sobre sus propias cosas, tanto del dominio público como de su patrimonio privado. Aparece, además, la Administración como titular de derechos reales (servidumbres, hipotecas legales) sobre cosas de propiedad privada"¹⁸.

En Francia el debate sobre la existencia de un derecho de propiedad sobre el dominio público se encuentra superado en doctrina y ha sido también consagrado por la jurisprudencia¹⁹.

Entre nosotros, BOTASSI señala que "la naturaleza del dominio público debe ser examinada en función de la normativa vigente, y, en ese sentido, el Código Civil argentino permite inferir que estamos frente a un concreto derecho real de propiedad caracterizado en razón del sujeto que lo utiliza y la finalidad social que lo adorna. En la nota al art. 2340, VÉLEZ SÁRSFIELD recuerda que 'todos los ríos, navegables o no, son de la mayor importancia por la multitud de usos necesarios a la vida, a la industria y a la agricultura, que puede hacerse de sus aguas, y que es conveniente a la paz, a los intereses generales, que el Estado sea el único propietario y regulador del uso de ellos... A su turno, el art.

¹⁷ GUICCIARDI, *Il demanio*, p. 72 y 74, citado por CASSESE, *I beni pubblici*, p. 55, 56, 260 y siguientes.

¹⁸ GARRIDO FALLA, *Tratado*, vol. 2, p. 454.

¹⁹ DE LAUBADERE - GAUDEMET, *Traité*, vol. 2, p. 29 a 31; YOLKA, *La propriété publique*, p. 611 a 613.

2339 enseña que las cosas son del Estado nacional o de las provincias"²⁰.

d) *TÍTULO DE INTERVENCIÓN*. Otros autores no coinciden con las opiniones precedentes y sostienen que el Estado no tiene sobre sus bienes un derecho de propiedad, sino un título de intervención.

Así, PAREJO ALFONSO comenta que la naturaleza del dominio público es la de ser un título de intervención: el dominio público no es algo dado, el conjunto de bienes de propiedad del Estado, sino que es algo esencialmente dinámico en función de los cometidos propios del poder público. Afirma, entonces, que el dominio público no es sino un título causal de intervención, el fundamento de una potestad función, y que, por consiguiente, el bien, la realidad física, sólo va a constituir el sustrato material para el desarrollo de toda actividad de los poderes públicos, actividad que trasciende al bien físico y se proyecta como un servicio a la colectividad. Destaca que en el derecho público es inservible el concepto jurídico civil de cosa, puesto que en él los objetos no requieren el dato de la corporeidad.

Sigue explicando este autor que es PROUDHON quien, en su *Traité du domaine public ou de la distinction des biens* (sic), 1833-34 y, retomando la singular interpretación de los conceptos romanos de extracomercialidad e insusceptibilidad de la propiedad privada, en el sentido de permitir la afirmación de que las cosas comunes y públicas (camino, ríos, riberas del mar) no eran de propiedad de la Corona, lleva a sus últimas consecuencias el malentendido en que dicha interpretación descansa, formulando y estableciendo la distinción entre dominio público y dominio privado del Estado, con negación de todo derecho de propiedad sobre la primera categoría y reconociendo al Estado, respecto de ella, únicamente de poderes de guarda y vigilancia (de policía). Así, aclara que la construcción proudhoniana es rápidamente aceptada por la doctrina francesa, tanto la administrativa como la civilista y su influencia alcanza en la primera mitad de este siglo, a autores tan relevantes como BERTHELEMY, DE RECY, DUGUIT y JÉZE, mientras que la superación de la tesis de PROUDHON es obra de HAURIU, quien ya en la primera edición de su *Précis*, en 1892, sostiene que el derecho sobre el dominio público es un derecho de propiedad²¹.

²⁰ BOTASSI, *Dominio y jurisdicción. Competencia nacional, provincial y municipal*, en Universidad Austral, "Jornadas sobre Organización Administrativa", p. 665 a 668.

²¹ PAREJO ALFONSO, *Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general*, "Revista de la Administración Pública", n° 100-102, p. 2403 y 2404.

Según el comentario de PAREJO ALFONSO, el razonamiento de HAURIQU es realmente incontestable ya que, aunque pueda ser cierto que, desde una perspectiva global de conjunto (del género entero de un determinado tipo de bienes dominiales -los ríos, los lagos, las costas-), dichos bienes son insusceptibles de apropiación, es seguro que no lo es desde la que realmente importa en realidad: la de concretos bienes o de partes determinadas de éstos (el *metre carré*), como demuestra sin más la experiencia. Por lo tanto, el dominio público, por su naturaleza, puede ser objeto de propiedad privada. El hecho de que los derechos de la Administración no sean idénticos a los correspondientes a los del derecho de propiedad regulado por el Código Civil, no constituye argumento alguno en contra de la afirmación del dominio público como propiedad de la Administración, pues la propiedad civil es sólo un tipo de propiedad que no agota la institución. La conclusión es que las dependencias del dominio público son *proprietés administratives*.

Sin embargo, si bien este autor reconoce que el impacto de esta tesis sobre la doctrina francesa ha sido y continúa siendo definitivo, al igual que en la mayoría de los autores españoles, como GARCÍA DE ENTERRÍA, sostiene, junto a las posturas de excepción de VILLAR PALASÍ, PAREJO GAMIR, RODRÍGUEZ, que el "dominio público antes que un conjunto de bienes, lo que representa es un soporte jurídico de potestades; un título jurídico de intervención que lo que permite es que la Administración titular esté en posición jurídica hábil para disciplinar las conductas de quienes utilicen las cosas calificadas como públicas ordenándolas de acuerdo con las exigencias de los intereses generales. Más concretamente, el dominio público no interesa como propiedad sino como justificación para que la ley atribuya determinadas facultades y para que el derecho privado no llegue a absorberlo"²².

e) *OTRAS OPINIONES*. También DE LA RIVA recuerda que dentro de la doctrina española, la tesis dominante es la tradicional que centra la teoría del dominio público en la institución de la propiedad. Así autores como GARCÍA DE ENTERRÍA y SAINZ MORENO siguen la teoría francesa, según la cual la condición de los bienes públicos, de estar fuera del comercio, no determina un cambio de la cosa en sí que impida que pueda ser objeto de propiedad y, por lo tanto, las cosas "demaniales" podrían ser objeto de propiedad privada igual

²² PAREJO GAMIR - RODRÍGUEZ OLIVER, *Lecciones*, p. 7 y ss., citados por PAREJO ALFONSO, *Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general*, "Revista de la Administración Pública", nº 100-102, p. 2399.

que las cosas "privadas"²³. Agrega este autor su propia opinión, señalando que ambas posiciones se integran, ya que "el dominio público sólo se verifica ante la presencia de bienes de propiedad estatal que se encuentran consagrados al uso público", citando en esta idea a SAINZ MORENO quien sostuvo que "no parece que pueda existir objeción grave a la concepción patrimonialista del dominio público, pues tal concepción no es incompatible con la tesis del dominio público como función o como título de intervención sino que más bien la asume"²⁴.

Finalmente y en una posición también conciliadora, CASSAGNE recuerda que, "aparte de la postura que sostiene que ciertos bienes de uso común carecen de pertenencia (*res nullius*) o son inapropiables²⁵, tanto en la tesis de la propiedad pública como en la que considera el dominio público como un título de intervención, la potestad estatal sobre el bien reposa en un derecho de tipo real, en cuanto implica, básicamente, una relación directa con el bien o la cosa"²⁶.

Sigue diciendo este autor que "ese derecho al uso común del bien dominial configura un derecho real administrativo, es decir, una propiedad pública (en sentido amplio y con la característica de la indisponibilidad) que le pertenece al pueblo²⁷ (o sea, a todos sus habitantes)²⁸, representado por el Estado, provincia, municipio o Ciudad de Buenos Aires²⁹, en cada caso, a través del respectivo órgano ejecutivo, aunque el Congreso posee, en cualquier caso, facultades para determinar los bienes que integran el dominio público. La Administración Pública actúa, pues, como gerente de dichos bienes en virtud del principio representativo que tiene base constitucional (arts. 1º y 22, Const. nacional). En tal sentido, pesan sobre ella una serie de deberes y obligaciones de derecho público poco

²³ DE LA RIVA, *La naturaleza jurídica del dominio público*, en DE REINA TARTIERE (coord.), "Dominio público", p. 196 a 198.

²⁴ SAINZ MORENO, *El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la Revista de la Administración Pública*, "Revista de la Administración Pública", nº 150, p. 482.

²⁵ VERGARA BLANCO, *El novísimo derecho de bienes y recursos naturales en Chile: "Publicatio" y derechos reales administrativos*, RDA, nº 49, 2004, p. 579.

²⁶ CASSAGNE, *Acerca de la noción del dominio público y las nuevas ideas sobre los usos especiales*, JA, 2010-III-1213.

²⁷ Conf. BIELSA, *Derecho administrativo*, t. III, p. 387; LINARES QUINTANA, *Gobierno y Administración*, t. I, p. 422; MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 64 y siguientes.

²⁸ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 81.

²⁹ GAUNA, *Dominio público en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, en Universidad Austral, "Jornadas sobre Organización Administrativa", p. 721 y siguientes.

estudiados por la doctrina, como el deber de librar y mantener los bienes dominiales abiertos al uso común (v.gr., deber de impedir los cortes de rutas y autopistas), así como el de hacer compatibles los usos especiales del dominio público con el uso común por parte de todos los habitantes³⁰.

f) *NUESTRA OPINIÓN.* De las normas del Código Civil puede interpretarse que el legislador entendió reconocer que el Estado tiene un derecho de propiedad sobre todos sus bienes, sean estos del dominio público o privado, sin distinciones e incluyó la clasificación de los bienes estatales en el Capítulo Único, "De las cosas consideradas en relación a las personas", dentro del Título I del Libro Tercero, "De los derechos reales", del Código Civil.

En particular, resulta relevante que en el ya mencionado art. 2339 se establece que las cosas son bienes públicos o bienes privados del Estado general que forma la Nación o de los Estados particulares que de ella se compone, lo cual permite entender, por un lado, que los bienes tienen una relación de pertenencia con el Estado y, por otro, que tal pertenencia se corresponde al sistema federal de gobierno que comprende a las provincias, municipalidades y, después de la reforma constitucional de 1994, también a la ciudad de Buenos Aires³¹.

Asimismo, ratifica lo expuesto el art. 2344, que establece que "son bienes municipales los que el Estado o los Estados han puesto bajo el dominio de las municipalidades. Son enajenables en el modo y forma que las leyes especiales lo prescriban". En esta norma no hay duda que el codificador asignó el dominio de los bienes a las municipalidades y, por lo tanto, no parece que pueda entenderse que una municipalidad es titular del dominio de sus bienes y no lo sea el Estado o los Estados provinciales. De esta norma surge también que la inalienabilidad no es un impedimento para el reconocimiento del dominio, dado que los bienes pueden ser enajenables en el modo y forma que las leyes lo prescriban, existiendo siempre la posibilidad de que las leyes dispongan la desafectación del bien del dominio público y su venta, lo cual determina un poder de disposición del Estado.

Incluso, el art. 2347 parece dejar en claro que, para el codificador, hay un dominio de las personas físicas o jurídicas sobre bienes particulares, y otro dominio del Estado o de los Estados, de las municipalidades o de las iglesias, estableciendo que "las cosas" que

³⁰ CASSAGNE, *Acerca de la noción del dominio público y las nuevas ideas sobre los usos especiales*, JA, 2010-III-1213.

³¹ KIPER (dir.), *Código Civil comentado*, t. I, p. 91.

no fuesen bienes del Estado son bienes particulares, sin distinción de las personas que sobre ellas tengan dominio, aunque sean personas jurídicas.

Sostener que el titular del dominio público es la comunidad o el pueblo tiene su explicación histórica pero, según nuestro Código Civil las personas particulares sólo tienen el uso y goce de los bienes públicos del Estado o de los Estados (art. 2341), reconociéndose así en el pueblo el "uso y goce" y en el Estado la "titularidad" de la propiedad.

Del mismo modo el codificador indicó que sobre ciertos bienes del dominio privado de los particulares puede existir uso y goce de todos (art. 2348, Cód. Civil)³².

De estas normas del Código Civil no surge que fuera intención del legislador negar la titularidad dominial de sus bienes al Estado, todo lo contrario, y ello aparece destacado, como se dijo, en el art. 2347 del Cód. Civil que se refiere a las cosas que pueden ser del Estado o de los particulares.

Así, de todas las normas de este Capítulo del Código Civil puede interpretarse que el codificador entendió reconocer al Estado un derecho de propiedad tanto sobre sus bienes del dominio privado, como del dominio público.

Por otra parte, lo mencionado por VÉLEZ SÁRSFIELD en la nota al art. 2644, donde expresa que "los ríos no navegables... los reconocemos como del dominio común" y que MARIENHOFF menciona en apoyo de su teoría, no es fundamento para sostener la titularidad dominial del "pueblo", ya que el dominio del Estado no deja de ser "común" a todos, en tanto el Estado, persona jurídica, se integra con todos sus habitantes.

Cabe recordar que el propio MARIENHOFF aclara que el pueblo está representado en el Estado³³, que es la persona jurídica y por lo tanto su tesis, que se basa en la situación de los bienes con anterioridad a la existencia del Estado, es -en nuestra opinión- compatible con el posterior reconocimiento del Estado como sujeto de derecho.

Tampoco obsta a esta conclusión lo dispuesto en el art. 2604 del Cód. Civil que establece que "el derecho de propiedad se extingue de una manera absoluta por la destrucción o consumo total de la cosa que estaba sometida a él, o cuando la cosa es puesta fuera del comercio", por cuanto la norma se refiere a la extinción del derecho de propiedad, lo cual supone su existencia, ya se trate de los

³² Conf. SPOTA, *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 3, p. 458.

³³ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 64.

particulares o del Estado. En efecto, el dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona (art. 2506), y en este caso los bienes del Estado no pueden sino estar sometidos a la voluntad y acción de la persona jurídica Estado. Lo contrario sería suponer, por absurdo, que los bienes están sometidos a la voluntad o a la acción de todos o de nadie.

Los que se oponen a reconocer la titularidad de dominio del Estado sobre los bienes del dominio público se basan en que el régimen de uso público los hace estar fuera del comercio, con fundamento en el art. 2336 del Cód. Civil, y por lo tanto, los convierte en inalienables. En consecuencia el Estado no podría gozar de un derecho de propiedad sobre bienes respecto de los cuales no tiene poder de disposición.

Sin perjuicio del análisis que se efectuará de esta norma más adelante, sin embargo, como ya se expresó, existe para el Estado un poder de disposición sobre sus bienes del dominio público, ya que siempre podrá "desafectar" el bien y disponer de éste. Todo depende del régimen jurídico³⁴.

Dejar definido que el Estado es titular del dominio de sus bienes, sean éstos del dominio público o privado, tiene importancia en este trabajo, dado que una de las diferencias entre los bienes públicos y los bienes privados, que justificarían un régimen jurídico distinto, e incluso una de las definiciones de estos últimos es, para algunos autores, que los bienes privados son aquellos sobre los cuales el Estado ejerce un derecho de propiedad, que no tendría respecto del dominio público.

§ 7. *LA CUESTIÓN DEL DESTINO.* — La característica esencial del dominio público consiste en que los bienes respectivos están afectados al uso y goce de todos los ciudadanos, tal como surge del art. 2341 del Cód. Civil³⁵. También destaca BORDA que, aun cuando en la doctrina administrativa no existe acuerdo pacífico sobre el punto, es indudable que, en nuestro derecho, lo que caracteriza el do-

³⁴ Al respecto, BIELSA destaca que no debe olvidarse que las prohibiciones relativas a la indisponibilidad no son absolutas, pues tanto los bienes que constituyen el patrimonio del Estado, y aun los que forman el dominio público, son disponibles, en cierto modo, pudiéndose crear respecto de ellos relaciones jurídicas a favor de particulares, siempre que de ellos se disponga de modo compatible con los destinos de uso público o de utilidad pública. Concluye que esta disposición de los bienes está sometida a un régimen jurídico que es siempre materia de derecho administrativo, con cita del art. 1502 del Código Civil (*Derecho administrativo*, t. II, p. 158).

³⁵ LLAMBIAS, *Tratado. Parte general*, t. II, p. 214.

minio público del Estado es la posibilidad de aprovechamiento y goce directo de los bienes por el pueblo³⁶.

En efecto, entre los administrativistas, para BIELSA, sólo los bienes del dominio público son de uso público, sosteniendo una clasificación de bienes patrimoniales que comprenden los destinados a utilidad pública y no al uso público y otros bienes privados del Estado. Sigue aquí la doctrina italiana, en particular autores como RANELLETI, en *Caratteri distintivi del demanio*, para quien el carácter dominial de la cosa resulta necesariamente de su destino, destino que implica el de fin, como elemento esencial, como término final en cuanto sólo respecto de un fin puede hablarse de destino. Para BIELSA el bien público es medio directo a satisfacer las necesidades de la sociedad, y ésta aprovecha de esa cualidad con el uso directo e inmediato³⁷.

Esta posición fue criticada por MARIENHOFF, para quien la circunstancia de que nuestro Código Civil 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, una de cuyas expresiones es el servicio público³⁸.

Este criterio es compartido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien, al expresar su concepto sobre lo que ha de entenderse por dominio público, sostuvo en un fallo dictado en 1926 que "los bienes del dominio 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"³⁹.

De esta sentencia surge que se reconocen dos clases de bienes dominiales: los declarados tales en el estado en que la naturaleza los presenta (dominio natural) y los bienes considerados públicos, cuya creación depende de un hecho humano (dominio artificial), y también, en cuanto al uso, éste no sólo es directo sino, además, indirecto, referido a los bienes destinados a un servicio de utilidad pública.

El uso público de un bien natural deriva automáticamente de su denominación de bien del dominio público efectuado por legislador, tal como ocurre para mares, ríos, lagos, etc., mencionados en el art. 2340 del Cód. Civil; en cambio, para los bienes artificiales,

³⁶ BORDA, *Tratado. Parte general*, t. II, p. 55.

³⁷ BIELSA, *Derecho administrativo*, t. II, p. 156 y 157.

³⁸ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 131 a 136.

³⁹ *Fallos*, 147:178 y 216.

también mencionados en el art. 2340, inc. 7º, éstos serán bienes del dominio público cuando, una vez construidos, se los incorpore al uso y goce de la comunidad. Es decir exista afectación al uso común.

Por otro lado, la casi totalidad de las cosas mencionadas en el citado art. 2340 del Cód. Civil son susceptibles de un uso directo por parte del público; en cambio, las obras a que hace referencia dicho texto en su parte final, no sólo son susceptibles de un uso directo, sino también de un uso indirecto. La utilidad o comodidad común excede el mero uso directo, es más amplia que la de afectación a un servicio público. El servicio público es sólo una especie en que se concreta la utilidad o comodidad común, la que puede hallar satisfacción por medios ajenos o extraños al servicio público stricto sensu⁴⁰.

En tal sentido, FIORINI recuerda que en la doctrina del dominio público, en sus orígenes, predominaba el criterio de que sólo eran bienes las riquezas provenientes de la naturaleza y que servían para el uso del pueblo. Fue necesario superar este criterio para incluir como bienes del dominio público aquellos que satisfacían prestaciones concretas de la colectividad y también de la Administración. Así, el uso común de las cosas del dominio público jurídicamente responde, en idéntica forma, al uso de las prestaciones de los servicios públicos, pues en lugar del uso de los bienes comunes naturales hay otros que se utilizan en una actividad que produce bienes para la comunidad, a fin de satisfacer un servicio público.

Es así que el inc. 7º del art. 2340 del Cód. Civil ha incorporando entre los bienes públicos, las calles, plazas, caminos, canales, puentes y "cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común". Es decir se incluyeron expresamente los bienes artificiales y se consideró que el uso público no sólo era directo sino también indirecto, a través del uso instrumental del bien para un servicio público. De este modo se amplió el destino de los bienes públicos.

Esta interpretación será nuevamente abordada al considerar el destino de los bienes privados del Estado y sus diferencias determinarán el régimen jurídico aplicable.

§ 8. **LA CUESTIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO.** - En el texto que se comenta en el párrafo anterior, FIORINI concluye diciendo que en

⁴⁰ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 131; SPOTA, *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 3, p. 456.

ambos casos, ya se trate de cosas del dominio público natural y de cosas utilizadas por los servicios públicos, siempre la actividad administrativa estatal concurre para usarlos, disponerlos y custodiarlos según un régimen especial de derecho administrativo⁴¹.

Para VILLEGAS BASAVILBASO, el concepto de dominio público es un concepto jurídico y, no obstante la diversidad de doctrinas que tratan de definirlo, no existen discrepancias en cuanto a considerarlo como un conjunto de bienes, sometido a un régimen jurídico sustancialmente distinto al que rige el dominio privado. El problema, sostiene, aparece cuando se trata de establecer el carácter de esos bienes, su naturaleza jurídica y su destino o afectación.

Por su parte, BIELSA destaca que todo lo que es materia de dominio público se rige exclusivamente por los principios del derecho administrativo y las leyes o disposiciones administrativas y concluye que "sobre esto no hay discusión"⁴².

Con relación a los bienes del dominio público, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un fallo dictado en el año 1926 tuvo ocasión de expresar que estos bienes están regidos por las disposiciones del derecho administrativo, a diferencia de sus otros bienes del dominio privado, regidos por el derecho civil⁴³.

Sostiene MARIENHOFF que "el dominio público no es, pues, una institución de naturaleza civil: es de derecho administrativo... respecto del dominio público el Código Civil termina su misión estableciendo qué cosas lo integran o dando las reglas que permitan establecerlo"⁴⁴.

Así, todo lo atinente a la regulación del uso y administración de tales bienes, es materia extraña al Código Civil o a la legislación sustantiva y, por lo tanto, los contratos que se celebren serán contratos administrativos, estando reunidas las condiciones básicas que caracterizan tales contratos: a) sujeto estatal; b) fin público y específico del Estado, y c) régimen de derecho administrativo⁴⁵.

Las formas contractuales del uso del dominio público son la concesión de uso y el permiso. Están reguladas en el Régimen de Contrataciones del Estado Nacional, aprobado por el decr. 1023/01. En la provincia de Buenos Aires se aplica el decr. ley 533/80

⁴¹ FIORINI, *Derecho administrativo*, t. II, p. 296 y 297.

⁴² BIELSA, *Derecho administrativo*, t. II, p. 165.

⁴³ *Fallos*, 146:297.

⁴⁴ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 142.

⁴⁵ *Fallos*, 313:376.

y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la ley 2095 (ver § 28 a 32)⁴⁶.

En definitiva, no es motivo de debate y existe coincidencia en la doctrina y jurisprudencia en cuanto al régimen jurídico especial y de derecho administrativo que se aplica a los bienes del dominio público⁴⁷.

Sus caracteres serán estudiados en los próximos capítulos a fin de establecer las diferencias con los bienes del dominio privado que justificarían un régimen jurídico distinto.

CAPÍTULO III

DOMINIO PRIVADO

§ 9. *Noción.* - En general los autores, tanto civilistas como administrativistas, al tratar el estudio de los bienes del Estado han intentado dar la noción del dominio privado del Estado, expresando no una definición sino, en qué se diferencian estos bienes de los del dominio público, ya sea a partir del reconocimiento de un pleno derecho de propiedad del Estado únicamente sobre los bienes de su dominio privado, o por entender que el destino de tales bienes es distinto, o por considerar que se regulan por las mismas normas que los bienes privados de los particulares. Estas cuestiones, que han sido ya tratadas para los bienes del dominio público, las analizaremos aquí en relación a los bienes del dominio privado, lo cual nos permitirá ir descubriendo cuáles son estas diferencias.

§ 10. *LA CUESTIÓN DE LA TITULARIDAD.* - Atendiendo al criterio de la titularidad dominial, para algunos autores, sobre sus bienes privados, el Estado tiene un verdadero derecho de propiedad, tal como está regido en el Código Civil, no así sobre los bienes públicos, respecto de los cuales, como se dijo anteriormente, no reconocen la titularidad del dominio del Estado.

Así, BIELSA destacó que, "a diferencia del dominio público, el dominio del Estado es el conjunto de cosas sobre las cuales él ejerce en realidad un derecho de propiedad"¹ y más adelante aclara, que "es preciso distinguir dos categorías de bienes: a) los públicos, sobre los cuales el Estado tiene un superior poder de policía y no derecho de propiedad; b) patrimoniales, sobre los cuales el Estado

⁴⁶ Ampliar en UGOLINI, *El uso del dominio público de la ciudad de Buenos Aires*, RAP, 1998, supl. n° 5, "Administración local y derecho", p. 9, y *Regulación y protección de espacios públicos*, "Revista de Derecho Administrativo", 2001-203.

⁴⁷ CS SFe, 5/6/91, "Juárez, Oscar Elías c/Comuna de Tacural s/recurso contencioso-administrativo de plena jurisdicción. Incidente de apremio", expte. 295-87, SAJJ, C0006877.

¹ BIELSA, *Principios de derecho administrativo*, p. 641, con citas de BARTHELEMY, *Traité de droit administratif*, p. 414, DUCROcq, *Cours de droit administratif*, t. III, p. 1426 a 1429, y DUGUR, *Traité de droit constitutionnel*, p. 109.

ejerce un verdadero derecho de propiedad, diferenciado según la clase de bienes y el servicio público a que se afecten².

Para este autor, el Estado era titular del dominio sólo sobre aquellas cosas que están en su patrimonio y aparecen enunciadas en el art. 2342. Respecto de estos bienes, sostiene que pueden ser clasificados en distintas categorías, atendiendo a la economía de uso y a la forma de utilización pública. Una es la de los bienes destinados a la utilidad pública, pero no al uso público (pues sólo los bienes del dominio público son de uso público, al tiempo que los bienes del Estado lo son únicamente de utilidad pública), y la otra la de los bienes privados del Estado³.

En esta clasificación, BIELSA seguía lo dispuesto en el Código Civil italiano (art. 826), que se analizará más adelante.

Sin embargo, el sistema de la ley civil argentina es más simple, ya que los bienes estatales sólo pueden formar parte de una de estas dos categorías: o son bienes públicos o son bienes privados. No existe lo que la doctrina italiana llama el patrimonio indisponible de Estado⁴.

Para MARIENHOFF, el dominio privado del Estado se halla sujeto a las reglas ordinarias de la propiedad privada, salvo algunas modificaciones, agregando que la diferencia entre ambos tipos de dominio es un reflejo de la distinción entre derecho público y derecho privado⁵.

Según BORDA, son bienes del dominio privado del Estado aquellos que posee como persona jurídica y respecto de los cuales ejerce un verdadero derecho de propiedad, tal como está regido en el Código Civil⁶.

² BIELSA, *Principios de derecho administrativo*, p. 642.

³ BIELSA, *Derecho administrativo*, t. II, p. 157.

⁴ SPOTA, *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 3, p. 629. MAJRAL destaca que la simple lectura del Código Civil parecería indicar que VÉLEZ SÁRSFIELD tuvo en miras incluir en el dominio público solamente los bienes afectados al uso directo de la población. El principal autor que sostuvo esta posición restrictiva del concepto de dominio público fue BIELSA, quien creó como tercera categoría entre los bienes públicos y los bienes privados del Estado, la categoría de bienes indisponibles, concepto que tomó de la doctrina italiana y que fuera criticada por otros autores, diciendo que no tiene base en nuestro derecho. Es así que VILLEGAS BASAVILBASO, MARIENHOFF y DIEZ —entre los administrativistas— y SALVAT —en el derecho civil— han aceptado una interpretación amplia del art. 2340 del Cód. Civil, posición con la que concuerda la Corte Suprema (*Nuevas ideas en materia de dominio público*, en Universidad Austral, "Jornadas sobre Organización Administrativa", p. 103).

⁵ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 25.

⁶ BORDA, *Tratado. Parte general*, t. II, p. 58; LLAMBIAS, *Tratado. Parte general*, t. II, p. 216.

También para BUERES y HIGHTON DE NOLASCO los bienes privados del Estado son los de su dominio propiamente dicho y forman el patrimonio del Estado, lo que no significa que estos bienes o la productividad que de ellos se origine, están exentos del régimen del derecho público, puesto que en definitiva, ingresan al fisco. Sin embargo, el Estado, como persona de derecho privado, no se identifica con las demás personas privadas⁷.

Para KIPER el dominio privado del Estado es similar al que tienen los particulares sobre las cosas que están en el comercio. El Estado, en este caso, en principio es un particular más. Por lo tanto los bienes del dominio privado "son cosas alienables, prescriptibles, y embargables, aunque en determinadas situaciones pueden estar afectadas a un servicio público y, en consecuencia, sujetas a un régimen especial"⁸.

Otros autores también mantienen esta postura y consideran aplicables a los bienes del dominio privado las normas del derecho privado de modo que se entendería que existe un paralelismo entre bienes del dominio público y derecho público y bienes del dominio privado y derecho privado⁹.

Sin embargo, este paralelismo no es tan nítido ni tajante pues los bienes del dominio privado del Estado no son iguales a los bienes del dominio privado de los particulares, ya que la presencia del sujeto estatal impone una regulación legal de derecho público que modifica el régimen jurídico de derecho privado, con el alcance que se seguirá desarrollando más adelante.

Si bien para estos autores la noción de bienes privados del Estado se basa en que sobre estos bienes el Estado tiene un derecho de propiedad que no tiene, en cambio, sobre los bienes públicos, de las disposiciones del propio Código Civil no parece surgir ninguna diferencia que impida reconocer la titularidad del dominio del Estado sobre sus bienes, sean estos públicos o privados, como se expuso en el punto anterior y a pesar del debate sobre el reconocimiento o no del derecho de propiedad del Estado sobre sus bienes del dominio público, ya mencionado.

⁷ BUERES (dir.) - HIGHTON (coord.), *Código Civil*, t. 5A, p. 113.

⁸ KIPER, *Código Civil comentado*, p. 93.

⁹ Según LLAMBIAS, "los bienes del dominio público pertenecen al Estado en su carácter de órgano político de la sociedad humana, y se encuentran en una situación muy peculiar, que no resulta descripta por la palabra 'dominio' que aquí se usa con una significación enteramente diversa de la definición obrante en el art. 2506 del Cód. Civil. En cambio los bienes del dominio privado del Estado se encuentran en la misma situación que los bienes de los particulares, pudiendo ser objeto de idénticas operaciones" (*Tratado. Parte general*, t. II, p. 212).

Por lo tanto, de las normas del Código Civil puede interpretarse que el legislador entendió reconocer la titularidad dominial del Estado tanto sobre sus bienes públicos como privados, y por ello esta noción basada en la titularidad del dominio no resulta suficiente para definir a los bienes privados del Estado.

§ 11. *LA CUESTIÓN DEL DESTINO.* - Otro de los criterios utilizados para dar una noción de bienes privados del Estado ha sido el de la afectación o destino de los bienes. En efecto, los bienes privados han sido concebidos, por oposición a los bienes públicos, como bienes que no están afectados al uso común directo o indirecto de la comunidad.

Recuerda MACHADO que el Estado tiene bienes que no están afectados al servicio de todos, y que sólo son necesarios para la administración pública que adquiere porque se encuentran sin dueño. En estos bienes ejerce los mismos derechos que los particulares, y como persona jurídica puede disponer de ellos con arreglo a las leyes especiales que determinan la forma de enajenación¹⁰.

Por su parte, ZANNONI y KEMELMAJER DE CARLUCCI expresan que "corresponden a esta categoría los bienes públicos que no tienen una afectación a un fin de utilidad pública, siendo en realidad bienes instrumentales"¹¹.

A su turno, SPOTA destaca que quedan englobados dentro de la categoría de bienes privados del Estado o de los municipios todos los que, a pesar de pertenecer a ellos, no tengan el destino de sus bienes públicos; "son bienes por así decir instrumentales, en el sentido de que constituyen el medio para que los entes públicos desarrollen sus actividades administrativas (v.gr., si están destinados a la consecución de rentas), o industriales, mercantiles, etcétera"¹².

Sin embargo, que los bienes privados del Estado no estén destinados al uso común de la población no significa que estén destinados a un uso privado o particular, ya que el destino de los bienes aun privados del Estado es siempre un destino de interés general. Ello por cuanto el dominio estatal supone necesariamente que el Estado desarrolla su actividad en cumplimiento de un fin de interés público y social, siendo los bienes el medio para el logro de tales fines.

Bien explica FIORINI que la función administrativa utiliza las cosas materiales que le son necesarias según el objetivo que deben

¹⁰ MACHADO, *Exposición y comentario*, t. IV, p. 220.

¹¹ ZANNONI (dir.) - KEMELMAJER DE CARLUCCI (coord.), *Código Civil*, t. 10, p. 166.

¹² SPOTA, *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 3, p. 459.

cumplir por la Administración, y esta circunstancia impone que no se pueda ubicar a los bienes en alguno de los dos círculos opuestos como bienes del dominio público o bienes del dominio privado del Estado. Todo demuestra que son distintas las formas de cómo la Administración utiliza los bienes para satisfacer las distintas funciones que debe cumplir. Así, el fin público que tienen los bienes del dominio estatal, está insito en toda la actividad de la Administración pública, pues toda ella representa un interés distinto al privado. Concluye este autor diciendo que existe una línea máxima en los denominados bienes del dominio público, graduándose luego líneas en descenso hasta los denominados bienes particulares del Estado, demostrando las variaciones de distintos fines que impiden una distinción absoluta y única ente bienes del dominio público y bienes del dominio privado del Estado, pues hay distintas clases de bienes públicos, como hay también distintas clases de intereses públicos¹³.

A su turno, BOTASSI comenta que los inmuebles enumerados en el art. 2342 del Cód. Civil, considerados integrantes del denominado dominio privado del Estado, reconocen, respecto de sus similares ubicados en el art. 2340, una diferencia de matiz en su elemento teleológico. En estos últimos, la utilidad para la comunidad resulta visible en su uso directo mientras que en aquéllos la ventaja social aparece en forma mediata. La utilidad pública, por ejemplo, está presente tanto en un edificio estatal destinado a hospital provincial (que no ofrece dudas respecto de su condición de bien de dominio público) como en la vivienda, propiedad del Fisco, asignada en uso al director del nosocomio (considerada dominio privado del Estado). En los dos casos, interesa al bien común que ambos edificios tengan un régimen especial pues, si bien el hospital atiende al servicio público de salud (utilidad comunitaria directa), no es menos cierto que la circunstancia de que su máxima autoridad viva en sus inmediaciones hace presumir una mejor atención del servicio¹⁴.

Con cita de FORSTHOFF, GARRIDO FALLA recuerda que la distinción propuesta por la doctrina alemana entre un patrimonio fiscal, caracterizado por su productividad económica, y un patrimonio administrativo, directamente adscrito al servicio público, ha servido de base a la distinción jurídica fundamental entre propiedad de la Administración, sometida a régimen de derecho privado, y propiedad, sometida a régimen de derecho público, aclarando que este

¹³ FIORINI, *Derecho administrativo*, t. II, p. 299 a 306.

¹⁴ BOTASSI, *Dominio y jurisdicción. Competencia nacional, provincial y municipal*, en Universidad Austral, "Jornadas sobre Organización Administrativa", p. 672 y 673.

planteamiento debe ser revisado, destacando, entre otras cuestiones, que en la actualidad, un importante sector de la política económica y social del Estado se realiza cabalmente mediante el incremento en manos del Estado de bienes de toda clase que no tienen, rigurosamente hablando, el carácter de demaniales¹⁵.

Por lo tanto, los bienes del dominio privado son los bienes que pertenecen al Estado, titular del dominio, y que, si bien no están afectados al uso común directo o indirecto, están destinados a un fin de interés público, que los caracteriza y distingue de los bienes privados de los particulares, no pudiendo, en consecuencia, regularse por las normas del derecho privado sino por un régimen propio y especial, que se propone en esta tesis, y se fundamentará en los próximos puntos.

§ 12. **LA CUESTIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO.** - Para completar la noción de bienes privados del Estado, la mayoría de los autores, luego de señalar que sobre estos bienes el Estado tiene un derecho de propiedad igual al de los particulares, también concluye que se regulan por iguales normas del derecho privado.

Así, LLAMBIAS aclara que "el dominio privado del Estado no se diferencia del derecho similar de los particulares. Por tanto las atribuciones del Estado sobre los bienes de su dominio privado y los eventuales derechos de los particulares se rigen por las disposiciones del Código Civil (art. 2506 y siguientes)". Sin embargo, admite que el principio no es absoluto y señala excepciones en cuanto a los requisitos previos a la enajenación, que se rigen por prescripciones del derecho administrativo, y con relación a los bienes destinados a la prestación de un servicio público, que están exentos de embargos¹⁶.

Para BORDA el dominio privado del Estado es un derecho de propiedad regido por las disposiciones pertinentes del Código Civil. Pero, aclara, de la circunstancia de que el titular es el Estado y de que, por tanto, ese dominio está destinado a servir mediata o inmediatamente a la sociedad, surgen inevitablemente algunas diferencias con la propiedad privada, debiendo distinguir aquellos bienes afectados directamente a un servicio público de aquellos que no lo están y cuya utilidad es sólo mediata¹⁷.

Al referirse a la distinción entre dominio público y privado, MARIENHOFF destaca que el régimen jurídico de ambas categorías de

¹⁵ GARRIDO FALLA, *Tratado*, vol. II, p. 539 a 543.

¹⁶ LLAMBIAS, *Tratado. Parte general*, t. II, p. 216.

¹⁷ BORDA, *Tratado. Parte general*, t. II, p. 58.

bienes es diferente. El dominio público es inalienable e imprescriptible, con todas las consecuencias que derivan de ello; el dominio privado del Estado hállase sujeto a las reglas ordinarias de la propiedad privada, salvo algunas modificaciones. Concluye señalando que la diferencia, pues, es de régimen jurídico¹⁸. Sin embargo, aunque su obra está destinada al dominio público, no se hace allí referencia a cuál sería el régimen jurídico de los bienes del dominio privado del Estado.

Tampoco BIELSA indica cuál sería este régimen jurídico especial, para este tipo de bienes, que clasifica en "patrimoniales", si bien reconoce que "convendría establecer esta diferenciación de régimen jurídico en la ley"¹⁹.

Sin perjuicio de estos criterios, como se desarrollará más adelante, y como sostiene FIORINI, no existe una sola clase de bien estatal, hay varios y reglados por distintos regímenes. Dice este autor que este es el principio que consagra la realidad, aclarando, por último, que las diferencias que presentan entre sí los bienes del Estado no destruyen su esencia como cosas de propiedad estatal, pues se les aplica un régimen distinto al que regula el derecho de propiedad privada de los particulares y concluye sobre esta cuestión con una cita de GUICCARDI²⁰.

Más adelante se analizarán las normas de derecho administrativo y de derecho civil referidas a las formas de uso, administración y disposición de tales bienes, que servirán para establecer su régimen jurídico.

§ 13. **LOS BIENES PRIVADOS EN EL ARTÍCULO 2342 DEL CÓDIGO CIVIL.** - En forma previa al análisis del citado artículo, resulta útil referirnos a lo que un sector de la doctrina califica como "dominio eminente" del Estado²¹.

Se trata de una categoría más amplia que la del dominio del Estado, que carece de recepción en el Código Civil, y que se refiere a la vinculación existente entre el Estado y el territorio.

Así, el Estado nacional y, en su órbita, las provincias, tienen dominio eminente sobre todos los bienes situados en su territorio

¹⁸ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 24.

¹⁹ BIELSA, *Principios de derecho administrativo*, p. 642, con remisión a *Derecho administrativo*, t. II, p. 428.

²⁰ FIORINI, *Derecho administrativo*, t. II, p. 303, con cita de GUICCARDI, *El dominio*, p. 42 y 43.

²¹ ARAUZ CASTEX, *Derecho civil. Parte general*, t. I, p. 87. Ampliar en ARMAGNAGUE, *Tierras de propiedad nacional*, LLGC, 2010-829.

que, según el caso, podrá ser de derecho público o de derecho privado (también llamado "dominio originario", que le atribuye de por sí título de dominio sobre todo bien que no haya sido aún objeto de análogo derecho por parte de los particulares -v.gr., tierras fiscales- o que, habiéndolo sido, se ha extinguido -v.gr., bienes vacantes-). Dentro de esta categoría, también cabe distinguir el dominio público y el dominio privado del Estado²².

En el art. 2342 del Cód. Civil se establece cuáles son los bienes privados del Estado²³. La norma hace referencia a los bienes del "Estado general o de los Estados particulares". Como se comentó en los § 1 a 4, dicha expresión indica tanto la pertenencia y, por lo tanto, la titularidad dominial, como el reconocimiento del sistema federal de gobierno, ya que los bienes pueden ser tanto del Estado nacional como de Estados locales, sean provincias, municipios o Ciudad Autónoma.

a) *LAS TIERRAS SIN DUEÑO*. En el inc. 1º se menciona que "todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales de la República, carecen de otro dueño".

Las tierras a que se refiere este inciso son las que no han sido nunca propiedad de los particulares, sino que siempre pertenecieron al Estado nacional o provincial.

Esta disposición tiene origen en los antecedentes históricos, ya que el papa ALEJANDRO VI otorgó a los reyes de España y Portugal el dominio sobre las tierras descubiertas en América, que fueron en parte adjudicadas a los conquistadores para compensarlos (ver § 4), quedando las tierras restantes en poder de la Corona²⁴. Declarada la Independencia, pasaron a nuestro país, a las

²² ARAUZ CASTEX brinda el siguiente ejemplo: "Sobre mi finca situada en la provincia de Buenos Aires, el Estado nacional argentino (y no el francés) y la provincia de Buenos Aires (no la de Salta) tienen dominio eminente, porque, aunque la casa es de mi dominio particular, está sujeta a la legislación, administración y jurisdicción concurrentes de la Nación y de la provincia; y porque si yo muero sin herederos, pasará al dominio privado de la provincia de Buenos Aires. Sobre la carretera que pasa frente a esa casa, el Estado tiene además dominio público. Y sobre el terreno vecino, de propiedad del Estado, donde éste tiene un galpón en el que guarda herramientas para la reparación del pavimento, el Estado tiene dominio privado" (*Derecho civil. Parte general*, t. I, p. 87).

²³ Entre las fuentes de esta norma cabe destacar a DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, vol. IX, t. 1, p. 327.

²⁴ Dice SALVAT que, "descubierto el continente americano, los reyes de España se atribuyeron el dominio de la totalidad de sus tierras, que en parte fueron después distribuyendo sucesivamente entre sus servidores o concediendo a los particulares" (*Tratado. Parte general*, t. I, p. 682).

provincias y al Estado nacional²⁵. El Estado tiene, pues, un título originario sobre las tierras sin dueño y por lo tanto no está obligado a justificar su dominio, sino que son los particulares que lo invocan quienes deben acreditarlo²⁶.

Es este derecho originario del Estado sobre las tierras sin dueño, el que explica lo preceptuado en el art. 16 de la ley de catastro 14.159 ("Declarase de propiedad fiscal, nacional o municipal, a todos los excedentes que resulten dentro de las superficies de los terrenos particulares, cubiertos que sean sus legítimos títulos y siempre que sobrepasen las tolerancias técnicamente admitidas en la materia").

Según LLAMBIAS, la norma transcripta tiene el alcance de una mera presunción *iuris tantum* de propiedad fiscal de los excedentes de referencia, que no obsta a que los particulares demuestren que, pese a la exigüidad del título formal, su dominio se extiende al sobrante adquirido por prescripción²⁷.

Al respecto, la Corte Suprema sostuvo en "Nación c/Cía. de Muelles y Depósito del Puerto de La Plata" que, con arreglo a los arts. 2342, inc. 1º, y 2339 del Cód. Civil, la Nación, como sucesora de la provincia de Buenos Aires, a mérito del convenio de adquisición del puerto de La Plata, del 29 de agosto de 1904, no tendría que exhibir otro título de dominio que el derivado de aquellos preceptos para justificar su dominio y reivindicar el respectivo inmueble, salvo que se probara que había mediado un acto de enajenación de parte de la provincia o que perdió su dominio por prescripción adquisitiva²⁸.

1) *Los lagos no navegables, las tierras de aluvión, el cauce abandonado. Las islas*. Una cuestión que ha generado dudas es si los lagos no navegables son del dominio privado del Estado, dado que en el art. 2340, inc. 5º, del Cód. Civil sólo se establece que son del dominio público los lagos navegables. En efecto, sobre la propiedad de los lagos no navegables²⁹, cuyo uso y goce el art. 2349

²⁵ CSJN, 19/11/24, JA, 14-692; id., 20/11/73, "Provincia de Corrientes c/Liebig's Extract of Meat Co.", JA, 21-1974-286; Fallos, 146:288; 147:154; 323:2919.

²⁶ BORDA, *Tratado. Parte general*, t. II, p. 57; MACHADO, *Exposición y comentario*, t. IV, p. 221; BUERES (dir.) - HIGHTON (coord.), *Código Civil*, t. 5A, p. 113.

²⁷ LLAMBIAS, *Tratado. Parte general*, t. II, p. 215.

²⁸ Fallos, 189:345.

²⁹ Respecto del alcance que cabe asignarle al concepto "lago", la Real Academia Española entiende que se trata de una "gran masa permanente de agua depositada en depresiones del terreno". En cuanto al carácter de *navegabilidad*, la Corte Suprema ha señalado que "el concepto legal de la navegabilidad de un curso de agua está subordinado a la índole del tráfico que allí se realice, ya que para serlo debe servir como me-

adjudica a los ribereños, el silencio del Código Civil ha originado diversas tesis en cuanto a su condición jurídica.

En este sentido, SPOTA señala que el legislador no ha enumerado en el art. 2340 a los lagos no navegables porque, en tanto los bienes allí citados se hallan librados al uso directo de los habitantes, conforme lo establecido en el art. 2341, los lagos no navegables son susceptibles de un uso reservado a favor de sus ribereños³⁰.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que, al no existir en la ley civil una disposición expresa que se refiera a la propiedad de los lagos no navegables, resulta evidente que, por aplicación de los principios generales de nuestro derecho, aquella corresponde al dueño de la tierra en que se ha formado el lago³¹.

Por ello, de encontrarse el lago ubicado en tierras fiscales, el propietario será el Estado (nacional o provincial).

Al respecto, se ha señalado que siendo el dominio público de excepción, corresponde interpretar la norma en forma restrictiva; por consiguiente, si se considerara que todos los lagos pertenecen al dominio público, sean navegables o no, carecería de sentido la distinción que hace el art. 2340, inc. 5°, del Cód. Civil. A ello cabe agregar que el art. 2340, inc. 6°, del mismo cuerpo legal incluye entre los bienes del dominio público a las islas que se formen "en el

dio de transporte continuo, para el transporte público de personas y cosas, debe responder a un interés general y a una idea económica del tráfico fluvial organizado. Es por ello que la posibilidad accidental y transitoria de conducir una embarcación por un curso de agua, no lo convierte por ese solo hecho en legalmente navegable" (Fallos, 332:1704).

³⁰ SPOTA, *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 3, p. 587.

³¹ CSJN, 31/8/10, "Bea, Héctor, y otro c/Estado nacional (Secretaría de Turismo)". La Corte Suprema se aparta, así, de lo sostenido por un sector de la doctrina que considera que los "lagos" resultan bienes distintos al inmueble que ocupan. Así, por ejemplo, MARIENHOFF sostiene que "los lagos son lagos y no inmuebles ocupados por aguas, va de suyo que los lagos nunca están formados en terrenos públicos ni en terrenos privados. La porción de tierra que ocupe un lago es su lecho, y éste, que forma parte esencial e inseparable del lago, tendrá la condición jurídica que la ley le asigne a este último. Luego, hablar de lagos formados en terrenos públicos o en terrenos privados, jurídicamente importa un absurdo, ya que los lagos, por sí, constituyen bienes distintos de los terrenos que los rodean" (*Tratado. Parte general*, t. VI, p. 601). Con tal fundamento, el distinguido maestro considera que el silencio del Código Civil respecto de la propiedad de los lagos no navegables determina la aplicación de los principios contenidos en leyes análogas —por aplicación del art. 16—, concluyendo, con tal fundamento, en que son públicos. Sin embargo, a esa regla general, reconoce una excepción. En ese sentido, entiende que deben considerarse "privados" los lagos formados por vertientes o manantiales que nacen en heredades particulares (p. 607). Valga precisar que el autor define a estos últimos como el lugar o punto en que aflora el agua procedente del interior de la tierra (p. 528).

mar territorial o en toda clase de río, o en los lagos navegables", de modo que las islas no integrarían el dominio público si están en un lago no navegable³². En consecuencia, según esta interpretación, los lagos no navegables en tierras fiscales pertenecerían al dominio privado del Estado.

Por su parte, la Corte Suprema también ha optado por este criterio, al resolver un caso sobre el uso y goce de la laguna de Mar Chiquita, entendiéndola que pertenecía al dominio privado de la provincia de Buenos Aires. Así, sostuvo que "por aplicación de los principios generales de nuestro derecho, la propiedad de los lagos y lagunas no navegables, corresponde al dueño de la tierra en que se ha formado el lago o laguna, y a sus sucesores; y tratándose en el caso de una laguna no navegable, de cuyo lecho la provincia de Buenos Aires, dueña originaria de la tierra que lo forma, no enajenó el dominio, esa laguna constituye un bien que forma parte del patrimonio privado de la expresada provincia, respecto del cual el art. 2349 del Cód. Civil, sólo acuerda a los propietarios ribereños de las tierras, el derecho de usar y gozar de ellas, es decir, una mera servidumbre activa y no el derecho real de usufructo, que, por su naturaleza, es una propiedad temporaria e independiente, también por su naturaleza, de la posesión de algún inmueble, en tanto que el uso y el goce concedidos por el referido artículo del Código Civil, son derechos inseparables de la propiedad de los fundos contiguos a los lagos, y se transmiten conjuntamente con las tierras como un atributo del dominio de ellas, vale decir, perpetuos"³³.

Al igual que MARIENHOFF³⁴, VILLEGAS BASAVILBASO ha criticado esta solución ya que sostiene, que en los casos de vacíos normativos, debe investigarse en los principios de leyes análogas y, en su defecto, en los principios generales del derecho, y para este caso, en el derecho positivo argentino, los supuestos similares o afines a los de los lagos no navegables son los de los lagos navegables, los del mar territorial, los de los ríos navegables y no navegables, en los cuales la *ratio legis* tiene la misma validez. En todos estos supuestos, dice, la ley declara a éstos bienes públicos. Por lo tanto, para este autor, las islas existentes o formadas en los lagos no navegables son también públicas y no privadas.

Vinculado a este tema se plantea la condición jurídica de las tierras que acrecientan por aluvión las márgenes de un río navega-

³² KIPER (dir.), *Código Civil comentado*, t. I, p. 110.

³³ Fallos, 138:295.

³⁴ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. VI, p. 607.

ble o no navegable. Para VILLEGAS BASAVILBASO, los acrecentamientos de tierra que reciben paulatina e insensiblemente los terrenos confinantes con los ríos navegables, *per accessionem*, no acrecen el cauce de los mismos sino a los fundos ribereños. Fundamenta su aseveración en el art. 2575 del Cód. Civil, que prescribe que, "si lo que confina con el río fuere un camino público, el terreno de aluvión corresponderá al Estado". En contra opina SPOTA, para quien el terreno adherido al álveo de un río navegable constituye, como el mismo cauce, un bien del dominio público³⁵.

En cambio, SPOTA y VILLEGAS BASAVILBASO coinciden con relación a la condición jurídica del cauce abandonado. Al respecto, concluyen que "el cauce abandonado por causas artificiales —obras públicas ejecutadas por el Estado (Nación o provincias), o por municipios o concesionarios por delegación— pertenecen al dominio privado del Estado o de los municipios por desafectación formal. Únicamente en el caso de una nueva afectación del antiguo *alveus* al uso o al servicio públicos, renacería su condición jurídica de público, no como cauce sino como bien que reúne los requisitos preceptuados por el art. 2340, inc. 7º"³⁶.

Con relación al caso de las islas, cabe destacar que las islas, al igual que otras tierras pertenecían a los reyes de España y produciendo la independencia integraron el dominio privado del Estado. Por ende, los particulares pudieron adquirir derechos sobre ellas, pero al sancionarse el Código Civil, y pasar las islas al dominio público, aparece el debate sobre los derechos de particulares sobre esas islas que los tenían con anterioridad a la sanción del Código Civil (ver § 24, d)³⁷.

2) *El dominio de los bienes de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.* Con respecto al dominio de las municipalidades, KIPER sostiene que no tienen un dominio originario sino que lo obtienen por transferencia del Estado nacional o de los Estados provinciales, en atención a lo dispuesto por el art. 2344 del Cód. Civil y por lo tanto éstas deben probar su derecho³⁸.

³⁵ VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, t. IV, parte 2ª, p. 540, 592, 593, 611 y 619.

³⁶ VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, t. IV, parte 2ª, p. 552.

³⁷ KIPER - OTERO, *La prescripción adquisitiva*, p. 127.

³⁸ Sostiene este autor que, en razón de que el art. 2344 del Cód. Civil establece que son municipales los bienes que el Estado o los Estados han puesto bajo el dominio de las municipalidades, ello revela que no se trata de un dominio originario, sino derivado, ya que nace por la transferencia que le hacen los otros Estados que son los titulares originarios (KIPER - OTERO, *La prescripción adquisitiva*, p. 132).

Esta disposición, sin embargo, no significa que, como en el caso de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, alguno de sus bienes sea de su propiedad originaria, anterior incluso a la formación del Estado nacional.

En efecto, el 6 de mayo de 1853 el Congreso General Constituyente, después de sancionar la Constitución nacional sancionó la ley de creación de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. Si bien esta ley, redactada sobre el proyecto del general URQUIZA, no llegó a aplicarse, porque la provincia de Buenos Aires no aceptó que la ciudad de Buenos Aires fuera declarada Capital de la República, ya disponía con relación a sus bienes. Así, en su art. 68 se establecía que "pertenecen a la Municipalidad de Buenos Aires, las casas de temporalidades y los bienes del extinguido Cabildo; las de la Cuna, Huérfanos y todas las que están alquiladas a nombre del Estado y no sean o estén apropiadas a su servicio". En el art. 69 también se establecía que "pertenecen a la misma corporación todos los terrenos públicos que se hallen comprendidos en el distrito municipal, ya sea que estén baldíos, alquilados o en enfiteusis".

El año siguiente, la ley del 11 de octubre de 1854 ("Ley de Municipalidad para la Ciudad"), sancionada por las Cámaras de Representantes y de Senadores de la Provincia de Buenos Aires, establece "una Municipalidad para la Ciudad de Buenos Aires, en los límites de sus once parroquias, compuesta de veintiún municipales y un vicepresidente. El ministro de Gobierno es el presidente nato de la corporación" (art. 1º). En sus arts. 43 y 44 se indican los bienes de la Municipalidad en iguales términos que la ley del 6 de mayo de 1853.

Las normativas posteriores mantuvieron estas disposiciones (así, ley del 30 de septiembre de 1860 —art. 11—; ley del 2 de noviembre de 1865 —art. 19—). Incluso la ley 1029, de 1880, que en su art. 1º declaró "capital de la República el municipio de la Ciudad de Buenos Aires", en su art. 2º dispuso que "todos los establecimientos y edificios públicos situados en el municipio quedarán bajo la jurisdicción de la Nación, sin que los municipales pierdan por esto su carácter"³⁹.

En consecuencia, puede advertirse que los bienes del Municipio de la Ciudad de Buenos Aires son los que históricamente le han correspondido desde el Cabildo y por ello, en este caso, no quedan comprendidos en la interpretación del art. 2344 del Cód. Civil, que se refiere a los bienes de las municipalidades en general.

³⁹ Ver BURZIO, *Evolución institucional del Municipio de la Ciudad de Buenos Aires*, p. 40 a 88.

3) *Tierras de los pueblos indígenas.* Otro tema interesante se refiere al conflicto por el reclamo de los pueblos indígenas, quienes alegan ser propietarios de las tierras que ocupan desde antes de la conquista española (ver § 4).

Sobre este punto cabe señalar que la ley 24.071 ha aprobado el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

En lo que aquí interesa, este convenio regula lo atinente a las tierras, precisando la ley, en su art. 13, que la utilización de ese término en los arts. 15 y 16 deberá incluir el concepto de *territorios*, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera⁴⁰.

Al reformarse la Constitución nacional, en 1994, se incluyó el art. 75, inc. 17, que estableció como atribución del Congreso nacional la de reconocer a las comunidades aborígenes la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan.

⁴⁰ El art. 15 de la ley 24.071 establece que: "1) los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos; 2) en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades". Por su parte, el art. 16 dispone que: "1) a reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan; 2) cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, es. que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados; 3) siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación; 4) cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subsistir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas; 5) deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento".

En definitiva, las tierras sin dueño mencionadas en este inciso, y sin perjuicio de lo expuesto, quedarán alcanzadas por el régimen jurídico de los bienes privados del Estado que se propone.

b) *LAS MINAS.* En el inc. 2º se consideran bienes privados del Estado a "las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas y sustancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones o particulares sobre la superficie de la tierra". Si bien el art. 2518 del Cód. Civil establece, como principio, que el dueño del suelo extiende su dominio hacia el espacio aéreo y el subsuelo, esta norma es una excepción a dicho principio. La regulación de estos bienes está en el Código de Minería, que divide las minas en tres categorías y reconoce las minas de "tercera categoría", como de propiedad de los particulares y no del dominio privado del Estado (art. 2º)⁴¹. Por otra parte, la ley 17.319 dispuso que los yacimientos de hidrocarburos líquidos o gaseosos en el territorio de la República Argentina o en su plataforma continental pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado nacional (art. 1º). Esta norma, sin embargo, fue posteriormente modificada por la ley 24.145, que estableció la transferencia del "dominio público de los yacimientos de hidrocarburos del Estado nacional a las provincias en cuyos territorios se encuentren" (art. 1º), en las condiciones allí previstas. En igual sentido, el art. 124 de la Const. nacional, reformada en 1994, declaró que "*corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio*"⁴².

En consecuencia, el dominio originario del Estado sobre las minas de primera y segunda categoría está consagrado por el Código de Minería, como bienes privados de la Nación o de las provincias, según el territorio en que se encuentren, mas con la obligación de otorgar derechos a explotar las sustancias a particulares e igualmente permitir la transmisión de los derechos que, por el hecho de la búsqueda y descubrimiento, corresponden a las personas. De tal modo, el minero adquiere derechos particulares de exclusividad y preferencia, pero a diferencia de las señaladas, en las minas de tercera categoría, de menor valor, se reconoce el dominio del propietario superficial⁴³.

Corresponde a la Dirección General de Minas y Geología la aplicación de las normas del derecho minero y, si bien existe una

⁴¹ Fallos, 319:1801; 326:660.

⁴² Ver CASSAGNE, *La propiedad de los yacimientos de hidrocarburos. Su relación con las potestades nacionales o provinciales*, www.cassagne.com.ar/publicaciones.

⁴³ BUERES (dir.) - HIGHTON (coord.), *Código Civil*, t. 5A, p. 114 y 115, con cita de FIGRETTI, *Derecho de los recursos naturales*, p. 398 a 401.

cierta analogía al régimen de los derechos de uso de bienes del dominio público, la caracterización propia de las minas y del derecho del Estado sobre ellas impone que se rijan por el derecho minero⁴⁴.

Por lo tanto, y dado que estos bienes ya tienen su régimen legal propio, no constituyen objeto del régimen jurídico que aquí se propone.

c) *BIENES VACANTES*. Se incluyen en el inc. 3° del artículo que se comenta a "los bienes vacantes o mostrencos, y los de las personas que mueren sin tener herederos, según las disposiciones de este Código".

Son bienes vacantes aquellos inmuebles de propietario desconocido, en tanto se denominan "mostrencos", los de igual situación pero en cosas muebles. Se trata en general de cosas abandonadas. En el caso de cosas muebles, los particulares pueden adquirirlas por apropiación según lo dispuesto en el art. 2525 del Cód. Civil, mientras el Estado no haya ejercido el derecho que emana de esta norma.

Destaca Borda que los particulares pueden adquirir el dominio de estos bienes, sea por usucapión, si se trata de bienes inmuebles, sea por apropiación, en el caso de muebles abandonados. Si son cosas perdidas, deben entregarlas a la autoridad competente y sólo tienen derecho a que se les reembolse los gastos y a una recompensa (arts. 2534 a 2538, Cód. Civil)⁴⁵.

Al respecto, también se sostiene que el art. 2510 del Cód. Civil, en cuanto establece que el dominio es perpetuo, obsta a que el mero abandono material del inmueble traiga aparejada la condición de vacante y la consecuente titularidad del Estado. El abandono material sólo transforma al bien en vacante o mostrenco y abre al Estado la vocación del dominio privado preceptuado por el art. 2342, cuando su dueño hizo manifestación inequívoca de renunciar a su dominio, por actos distintos del abandono mismo⁴⁶.

Por otra parte, los bienes de las personas que mueren sin dejar herederos forman parte de la herencia vacante, es decir entran

⁴⁴ BUERES (dir.) - HIGHTON (coord.), *Código Civil*, t. 5A, p. 114, y cita de ST Chubut, 29/3/99, "Fariás, Orlando c/provincia de Chubut". Ver *Fallos*, 319:1801, donde la Corte Suprema destaca que "el legislador ha distinguido las categorías de sustancias minerales y ha fijado cuáles son concesibles, instituyendo los derechos del propietario del suelo sobre tales sustancias (tercera categoría) derechos que son, pues, de origen minero y no civil".

⁴⁵ BORDA, *Tratado. Parte general*, t. II, p. 58.

⁴⁶ LÓPEZ MESA, *Código Civil comentado*, t. III, p. 887; CNCom, Sala C, 14/8/07, "Cenit Seguros SA s/liquidación judicial s/incidente de distribución RA"; CCivCom Junín, 4/3/08, "Tassi, Elba M. c/Calabria, Pedro N., y otros s/ejecución de sentencia".

en la categoría de bienes vacantes y pasan al Estado, no en calidad de heredero, sino que se atribuyen al Estado como titular de lo que se denomina el dominio eminente⁴⁷. Al extinguirse la titularidad particular, retornan al dominio estatal. Las herencias vacantes se rigen también por leyes especiales, ya sea para la Nación o para las provincias (arts. 3588 y 3589, Cód. Civil; ley 52 -CABA-; ley 7322 -Buenos Aires-).

Destaca LLAMBIAS que esta categoría queda comprendida en una u otra de las anteriores, según la índole mueble o inmueble de las respectivas cosas pues, cuando alguien fallece aparentemente sin herederos, sólo es dable afirmar que se ignora si los tiene, y por consiguiente que los bienes son de propietario desconocido. En la práctica se denominan bienes vacantes los que pertenecen a una sucesión vacante, es decir, sin herederos, para recibirla. La diferencia existente entre los bienes de los incs. 1° y 3° del art. 2342, radica en que los primeros nunca han salido del patrimonio del Estado, mientras los últimos han pasado a poder de los particulares, pero por falta del titular actual son atribuidos al Estado.

Si bien estos bienes se rigen por normas referidas a herencias vacantes en cuanto a su adquisición, quedan alcanzadas por el régimen jurídico de los bienes del dominio privado, una vez incorporados al patrimonio del Estado.

d) *CONSTRUCCIONES Y BIENES ADQUIRIDOS POR EL ESTADO*. En el inc. 4° se mencionan como bienes privados del Estado a "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".

Esta disposición ha sido motivo de críticas en la doctrina.

Según LLAMBIAS, estos bienes serán del dominio del Estado si se construyen en tierras fiscales pero no si se construyen en tierras de particulares ya que, en tal caso, se aplica el art. 2571 del Cód. Civil que reconoce el dominio por accesión. Para este autor, el inc. 4° del art. 2342 debió limitarse a consignar los bienes adquiridos por el Estado por cualquier título⁴⁸.

Por otra parte, también se discute si estas construcciones hechas por el Estado, se supone para utilidad común, estarían ya

⁴⁷ "El Estado recibe la herencia vacante en ejercicio del dominio eminente que tiene sobre los bienes sin dueño, es decir que no hereda, sino toma los bienes porque no tienen dueño" (SC Mendoza, 21/5/68, JA, 1-1969-897).

⁴⁸ LLAMBIAS, *Tratado. Parte general*, t. II, p. 215 y 216.

comprendidas entre los bienes públicos, tal como indica el art. 2340, inc. 7^º.

Para KIPER es llamativo que, según el art. 2340, las "plazas" sean del dominio público, mientras que, según el art. 2342, las "plazas de guerra" integren el dominio privado. Dice este autor que, fuera de no advertirse los motivos para la distinción, el régimen de las llamadas plazas de guerra debería ubicarse en el dominio público, ante la gravedad que implica una situación de guerra. También señala que, en cuanto a los ferrocarriles, se suele afirmar que, si están afectados a un servicio público, se rigen por el inc. 7º del art. 2340 del Cód. Civil, y que los que pertenecen al dominio privado serían aquellos que carecen de esa afectación (v.gr., ferrocarril empleado en la explotación estatal de yacimientos mineros).

Al respecto, BUERES y HIGHTON destacan que se considera que los terrenos afectados al servicio público ferroviario pertenecen al dominio público del Estado y, por ende se hallan regulados por principios del derecho administrativo. Aclaran que también pueden constituir bienes instrumentales del Estado —es decir, destinados a fines industriales, obrando el Estado en la gestión de su patrimonio privado, sin erigir la cosa a la calidad de base para un servicio público— y, por otra parte, sostienen que estos bienes pueden trocarse en privados por desafectación, como podrían ser las plazas de guerra que no mantienen ese destino de defensa⁵⁰.

Sobre esta cuestión, cabe reiterar aquí la opinión de SPOTA, para quien el legislador ha comprendido en esta norma a los bienes que han quedado desafectados de su fin de utilidad pública o los bienes construidos o adquiridos aún no afectados a utilidad pública⁵¹.

Con relación a estos bienes, y en atención a los criterios expuestos, me remito al debate sobre el destino de los bienes estatales desarrollado en el § 11.

En cuanto a los bienes adquiridos por el Estado por cualquier título, se trata de una mención genérica de bienes considerados

⁴⁹ BOTASSI, *Dominio y jurisdicción. Competencia nacional, provincial y municipal*, en Universidad Austral, "Jornadas sobre Organización Administrativa", p. 672.

⁵⁰ BUERES (dir.) - HIGHTON (coord.), *Código Civil*, t. 5A, p. 116, con cita de CNCiv ComFed, Sala I, 5/6/01, JA, 2001-IV-496.

⁵¹ SPOTA, *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 3, p. 630 y 631; MAIRAL, en cambio, considera que esta norma hace suponer que VELEZ SÁRSFIELD adoptó un concepto más restringido de dominio público, comprendiendo sólo a los bienes de uso común y no los destinados a un servicio público (*Nuevas ideas en materia de dominio público*, en Universidad Austral, "Jornadas sobre Organización Administrativa", p. 109).

privados en atención a no tener determinada una afectación específica a un fin de utilidad o comodidad común que permita incluirlos en el art. 2340, inc. 7º.

Para las adquisiciones de bienes inmuebles está previsto el procedimiento de subasta pública, según lo dispuesto en el art. 25, inc. 1º, del Régimen Nacional de Contrataciones del Estado (decr. 1023/01), como también en el procedimiento de expropiaciones regulado por la ley nacional de expropiaciones 21.499.

Para este caso también se propone el régimen de los bienes del dominio privado.

e) *EMBARCACIONES Y CARGAMENTOS DE ENEMIGOS O CORSARIOS*. Por último se mencionan en el inc. 5º a "las embarcaciones que diessen en las costas de los mares o ríos de la República, sus fragmentos y los objetos de su cargamento, siendo de enemigos o de corsarios".

Se trata de embarcaciones o fragmentos o su cargamento que lleguen a las costas de mares o ríos de la República perteneciendo a países enemigos, que pudieran encontrarse en guerra con nuestro país, o bien de corsarios, es decir de piratas, personas que roban en el mar. Estas cosas son bienes privados del Estado; en cambio, si pertenecen a países no enemigos, se aplica la ley de navegación 20.094 que regula los hallazgos en aguas navegables.

Según los arts. 399 a 405 de esta ley los bienes deben ser entregados a su propietario, y si, por su inacción, se decreta la venta judicial, el remanente del precio de venta debe quedar depositado a disposición del propietario del buque, artefacto naval o aeronave reflotados o los restos recuperados.

Por otro lado, el derecho de presa marítima se rige según las normas del Derecho internacional público⁵².

Estos bienes se rigen por leyes especiales y, por lo tanto, no quedan comprendidos en el régimen jurídico que aquí se propone.

⁵² Cfr., entre otras, ley 18, de aprobación del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación firmado con Portugal; ley 65, de aprobación del Tratado de Paz, Amistad, Comercio y Navegación con Brasil, y ley 272 de aprobación del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación con Bolivia.

CAPÍTULO IV

DIFERENCIAS ENTRE BIENES DE LOS DOMINIOS PÚBLICO Y PRIVADO

A) ¿EXISTE UNA DIFERENCIA?

§ 14. *INTRODUCCIÓN.* - En primer lugar cabe destacar que las posibles diferencias entre una categoría de bienes y otra no surgen de la característica de la cosa en sí, ya que, por ejemplo, un inmueble puede ser tanto un bien del dominio público como del dominio privado. Por lo tanto, contestaremos esta pregunta teniendo en cuenta las cuestiones relevantes en estudio.

§ 15. *TITULARIDAD DOMINIAL.* - Según lo ya tratado, la distinción que se funda en que "sólo existe derecho de propiedad del Estado respecto de los bienes del dominio privado y no de sus bienes públicos" no ha encontrado acuerdos en la doctrina, prevaleciendo el criterio que reconoce la titularidad dominial del Estado, tanto en sus bienes del dominio privado como del dominio público. Remitimos a los § 6 y 10.

En consecuencia, cabe analizar las diferencias que pueden surgir si se atiende al destino del bien y a su régimen jurídico.

§ 16. *DESTINO.* - Como vimos, según el desarrollo histórico, los bienes privados del Estado eran bienes "fiscales", teniendo en cuenta que su destino era proveer de recursos al fisco y que, por no ser necesarios a los fines estatales, se vendían, aplicándose el régimen de la propiedad privada.

En cambio, los bienes públicos estaban afectados al uso común, al uso de toda la población y, por lo tanto, requerían de normas que protegieran ese destino, normas que entraban en el ámbi-

to de competencias de las administraciones públicas, en ejercicio de funciones administrativas.

Sin embargo, esta división no se mantuvo tan clara a lo largo del tiempo, teniendo en cuenta, por un lado, la dificultad en determinar la condición de la cosa -inmueble- afectada o no a un uso común, si se piensa, por ejemplo, en un terreno destinado a parque, sin las mejoras propias que permitan el uso común, y por el otro, la evolución del rol del Estado, que ha ampliado su grado de intervención, tendiente a lograr una mayor satisfacción del interés social en materia de salud, educación, trabajo, vivienda, jubilación, etc., necesitando sus bienes inmuebles como medios instrumentales para tales fines.

Así, puede advertirse que un bien inmueble, un terreno, casa o departamento en edificio, podrá ser vendido para obtener ingresos fiscales, podrá ser destinado al uso de la propia administración para el desarrollo de una actividad administrativa -lo que lo convertiría en bien del dominio público para nuestra legislación-, pero también, y dadas las necesidades sociales, ser destinado al fomento de actividades comerciales privadas o de vivienda.

En todos estos casos no está ajeno el destino de interés público. En primer lugar, aún en el caso en que se entienda que el bien privado sólo tiene interés fiscal, este interés fiscal no deja de ser también un interés público. En efecto, recaudar fondos para el tesoro público es quizás una de las principales actividades de interés público del Estado¹.

En el segundo caso, es decir cuando el inmueble se destina a un servicio público, o a cualquier otra actividad de utilidad pública del Estado, no hay duda del fin de interés público que está insito en el desarrollo de toda actividad estatal.

Por último, y si el inmueble sirve a los fines de promover una actividad comercial privada o un programa para soluciones habitacionales, estamos ante una finalidad de interés social que tampoco escapa a la noción de interés público.

El interés público ha sido definido con palabras similares, como interés general, interés común, bien común, utilidad pública. Así

¹ GARRIDO FALLA, *Tratado*, vol. II, p. 541. Este autor cita a LAMARQUE, quien sostiene que "hay cierta contradicción en rehusar a las actividades patrimoniales de la Administración el carácter de servicio público que nadie, después de mucho tiempo, sueña en negar a las actividades fiscales, únicamente por el pretexto de que un fin puramente patrimonial de la Administración no puede corresponder a un interés general. El fin a que corresponde el dominio privado es en realidad un fin directo e inmediato de interés general" (*Recherches sur l'application du droit privés aux services publics administratifs*, p. 380).

lo expuso MUÑOZ², al sostener lo difícil de una definición, destacando que para la mayoría de la doctrina son conceptos más bien sinónimos, o que, por lo menos, se utilizan en forma más bien indiscriminada por el constituyente o por el legislador, sin pretender referirse a realidades claras y perfectamente diferenciadas. El citado autor recuerda la definición de interés público que da ESCOLA, con la cual coincide GORDILLO, en cuanto a que "el interés público es la cosa o bien valioso querido y pretendido por cada individuo, trasunto de la influencia social del pasado y del presente, con pretensiones de vigencia para el porvenir, trasmutada por ellos mismos en un querer predominante que se identifica con el de toda la comunidad; y surge como algo en el que cada componente de la sociedad, por retorno, reconoce e identifica su propio querer su propia valoración positiva"³.

Es que la noción de interés público no es muy diferente a la noción de utilidad pública o de comodidad común, más bien podríamos decir que hay una relación de género a especie.

Por otra parte, RODRÍGUEZ ARANA, en su conferencia pronunciada en la Argentina en 2009, también destaca que "cuando se piensa en lo que es realmente interés público resulta que nos topamos ante un conjunto de términos análogos, como interés general, interés común, interés colectivo, interés comunitario, que refieren a la existencia de necesidades supraindividuales que afectan a las condiciones de vida de los habitantes. Es decir, estamos en presencia de una pluralidad de denominaciones que tienen un punto en común; plantean la existencia de necesidades supraindividuales que afectan a la población en su condición de pueblo, de sociedad que demanda asuntos comunes que permitan el desarrollo libre y solidario de las personas"⁴.

Por lo tanto, si el Código Civil, en el art. 2340, inc. 7º, incluyó como bienes públicos también a los bienes construidos para utilidad o comodidad común, el aspecto clave para establecer su régimen jurídico es el destino del bien a un fin de interés público⁵.

² MUÑOZ, *El interés público es como el amor*, conferencia inaugural del IV Congreso de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, y "Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo", n° 8, 2010, p. 6.

³ ESCOLA, *El interés público*, p. 239; GORDILLO, *Tratado. Parte general*, t. II, VI-29.

⁴ RODRÍGUEZ ARANA, *El interés general como categoría central de la actuación de las administraciones públicas*, "Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo", n° 8, p. 16.

⁵ Al comentar esta norma, SPOTA destaca que "tal afectación -conviene insistir en ello- puede consistir en el uso común, en un servicio público, o cualesquiera otros fines de utilidad pública. ¡Amplio criterio es, pues, el que surge de la ley para caracterizar a

Al respecto, señala GARRIDO FALLA que existe una zona intermedia discutible constituida por los bienes respecto de los que la idea de afectación a un servicio o destino público puede predicarse con más o menos intensidad, y que, por consiguiente, puede desplazarse hacia el dominio público o hacia el privado, según que el criterio que se maneje de uno u otro sea más o menos estricto⁶.

En consecuencia, una primera conclusión a la que podemos arribar es que en todos los casos, ya se trate de bienes públicos o privados, el destino de los bienes contiene un interés público, que no los diferencia, tan solo en la forma de protección que requieren los distintos tipos de bienes estatales, en función de la intensidad del fin de interés público que persiguen. Ello justifica por tanto el régimen jurídico especial, que se propone.

§ 17. **RÉGIMEN JURÍDICO.** - El uso común de los bienes públicos es distinto de otros fines que también pueden tener los bienes privados del Estado. Es, por lo tanto, ese uso común que determina una protección jurídica especial. Sin embargo, como se dijo, la distinción de fines no excluye que el fin de interés público al que están destinados los bienes del dominio privado no requiera también de una protección jurídica especial, si bien de distinto grado.

Esta es la sutil diferencia que condiciona el régimen jurídico aplicable, régimen que será, sin embargo, y como se explicará, en ambos casos, de derecho administrativo, con regulaciones específicas para cada tipo de bienes.

Por el contrario, si bien los autores coinciden en general en que el régimen jurídico es distinto, sostienen que los bienes del dominio privado se rigen por las normas de la propiedad privada, mientras que los bienes del dominio público se regulan por normas del derecho administrativo, tal como se expuso en los § 5 a 13.

Se reitera aquí que MARIENHOFF, precisamente distingue estas categorías de bienes considerando que "la diferencia es de régimen jurídico", aclarando que "el dominio público es inalienable e imprescriptible, con todas las consecuencias que derivan de ello; el dominio privado del Estado hállase sujeto a las reglas ordinarias de la propiedad privada, salvo algunas modificaciones"⁷.

los bienes públicos! Y así, la ley civil argentina, al deslindar con tan lata directiva los bienes públicos de los privados -labor previa para poder establecer qué cosas pueden hallarse en el comercio del derecho privado (arg. arts. 823, 841, incs. 1 y 2, 844, 953, 1167, 1502, 2336, 2337, 3951, 3952, y su nota)- se ha colocado a un alto nivel jurídico" (*Tratado. Parte general*, t. I, vol. 3, p. 626).

⁶ GARRIDO FALLA, *Tratado*, vol. II, p. 542.

⁷ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 24 a 31.

Por su parte, entre los civilistas, según LLAMBÍAS, "los bienes del dominio privado del Estado se encuentran en la misma situación que los bienes de los particulares, pudiendo ser objeto de idénticas operaciones", aclarando que "el dominio privado del Estado no se diferencia del dominio similar de los particulares. Por tanto, las atribuciones del Estado sobre los bienes de su dominio privado y los eventuales derechos de los particulares se rigen por las disposiciones del Código Civil (art. 2506 y siguientes)"⁸.

Sin embargo, otros autores critican la distinción y consideran que no se justifica un régimen jurídico diferente, con relación a ciertos bienes como puentes, ferrocarriles, mencionados en el art. 2342, inc. 4º, ya que entienden que estos bienes se encuentren dentro de aquellos que menciona el art. 2340, inc. 7º, "como... toda obra pública... realizada para utilidad o comodidad común"¹⁰.

Para otra parte de la doctrina, esta distinción se explica ya que en la enumeración de bienes del art. 2340 se comprenden los afectados al uso directo de la comunidad o al uso indirecto a través de la afectación a un servicio público, mientras que, en el art. 2342 del Cód. Civil se indicarían los bienes privados, que podrán ser afectados o no a un servicio público, es decir que un mismo bien puede ser tanto privado como público, dependiendo de la afectación¹¹.

Sin perjuicio del análisis de los bienes que integran cada categoría de bienes, la distinción se impone por el diferente régimen jurídico que se les aplica y que es motivo de debate y de esta investi-

⁸ LLAMBÍAS, *Tratado. Parte general*, t. II, p. 212 y 214. Sigue diciendo este autor que "con todo el principio no es absoluto y admite dos excepciones. En primer lugar la enajenación de los bienes está sujeta a las prescripciones del derecho administrativo, en lo relativo a los requisitos previos a adoptarse. En segundo lugar, los bienes afectados a la prestación de servicios públicos están exentos de embargos, y por tanto no integran, mientras dure esa afectación, la garantía colectiva de los acreedores del Estado. En el conflicto del interés particular del acreedor y el interés público que pide el mantenimiento del servicio, debe satisfacerse a este último".

⁹ GORDILLO comenta que la distinción entre dominio público y dominio privado del Estado tiene algún basamento normativo en el Código Civil, pero se le ha dado en la actualidad una interpretación muy amplia al concepto de dominio público. Abarca pues todos los bienes estatales inmuebles, muebles u objetos incorpóreos, sea que estén afectados al uso directo o indirecto de la comunidad (p.ej., a través de los servicios públicos). Son excepción los casos en que se puede señalar un bien del "dominio privado" del Estado (*Tratado. Parte general*, t. I, VIII-4).

¹⁰ GUSMAN, *Contrato de concesión de uso de dominio público y privado*, en Universidad Austral, "Cuestiones de contratos administrativos", p. 409; BOTASSI, *Domnio y jurisdicción. Competencia nacional, provincial y municipal*, en Universidad Austral, "Jornadas sobre Organización Administrativa", p. 665 a 674; FIORINI, *Derecho administrativo*, p. 309.

¹¹ SPOTA, *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 3, p. 630.

gación. Es decir, se concuerda en que el régimen jurídico es diferente y que el régimen jurídico del dominio público es especial. Se cuestiona que el régimen jurídico de los bienes del dominio privado sea de derecho privado.

Destaca FIORINI que las diferencias que presentan entre sí los bienes del Estado no destruyen su esencia como cosas de propiedad estatal, pues se les aplica un régimen distinto al que regula el derecho de propiedad privada de los particulares. Por lo demás, aclara que la distinción entre intereses públicos primarios, secundarios e instrumentales concurre para establecer diversas clases de regímenes sobre los bienes estatales, es decir hay distintos regímenes porque hay también diversas clases de fines estatales que deben satisfacer los bienes estatales¹².

En realidad el tema es establecer cuál es el régimen jurídico de los bienes privados del Estado, y determinarlo por ley, tal como lo proponía BIELSA¹³. Destaca BOTASSI que, "en realidad, ocurre que determinados bienes estatales, por su directa vinculación con la utilidad común, gozan de una mayor protección —y se los llama dominio público—, mientras que otros, alejados de aquella finalidad, reconocen un régimen público más relajado y —por ello mismo— semejante al de la propiedad de los particulares —y son denominados dominio privado del Estado—. En definitiva, lo que interesa no es el nombre sino el nivel de protección que el derecho positivo les otorgue". Este autor sigue comentando que, "en definitiva, habrá tantas clases, categorías o grados de dominio estatal como intensa sea su necesidad de protección legal sobre la base de un régimen diferente del que rige la propiedad privada, circunstancia advertida y anticipada por Fiorini al expresar que "no existe una sola clase de dominio estatal; hay varios reglados por distintos regímenes, que no se distinguen simplemente en públicos y privados"¹⁴.

Se comparten, finalmente, las conclusiones de este autor, en cuanto a que "el dominio estatal nunca será idéntico a la propiedad de los particulares. Al igual que el poder de policía, el fomento y otras instituciones propias de nuestra materia, el dominio estatal reconoce un tratamiento legislativo diferenciado y se encuentra influenciado por concretos principios de derecho público. En todos

¹² FIORINI, *Derecho administrativo*, t. II, p. 303 y 304.

¹³ BIELSA, *Principios de derecho administrativo*, p. 642. Este autor sostenía aquí que los bienes patrimoniales que, aun siendo de utilidad (como todo bien del Estado), no son destinados a un servicio público, al igual que las cosas del patrimonio privado, pueden ser enajenados y que "convendría establecer esta diferenciación de régimen jurídico en la ley".

¹⁴ FIORINI, *Manual*, t. II, p. 942 a 944.

los casos, nos hallamos ante instrumentos o herramientas de la gestión del bien común. La eliminación de la tajante distinción clásica no significa —claro está— dotar de los caracteres de inalienabilidad e imprescriptibilidad a todos los bienes estatales, incluyendo los pertenecientes al dominio privado del Estado, sino el reconocimiento de que en todos los casos rige el derecho administrativo"¹⁵.

En atención a lo expuesto sobre el diferente régimen jurídico de los bienes estatales, se profundiza a continuación el análisis sobre los caracteres de los bienes del dominio privado en comparación con los del dominio público.

B) CARACTERES

§ 18. *ALCANCES.* — Por lo tanto, y a fin de determinar el régimen jurídico de los bienes del dominio privado, será necesario comparar cuál es el alcance que tienen sobre estos bienes los caracteres del dominio público: la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad¹⁶.

En tal sentido, SALVAT destaca que los bienes públicos presentan varios caracteres que los diferencian de los bienes privados del Estado, siendo los más importantes, los que determinan que los bienes del dominio público: a) son inalienables; b) son imprescriptibles, y c) son inembargables. Su estudio, aclara, corresponde al derecho administrativo¹⁷.

A su turno, MARIENHOFF expresa que la inalienabilidad y la imprescriptibilidad son medios jurídicos a través de los cuales se tiende a hacer efectiva la protección de los bienes dominiales, a efectos de que ellos cumplan el "fin" que motiva su afectación y que esta protección es más rigurosa y efectiva que las del dominio privado del Estado¹⁸.

Por el contrario, se sostiene que, en tanto sobre sus bienes privados el Estado ejerce un verdadero derecho de propiedad, puede enajenarlos, si bien observando ciertas formas y condiciones prescritas en diversas leyes de carácter administrativo y en consecuencia están sujetos a la prescripción y pueden ser embargados, salvo

¹⁵ BOTASSI, *Dominio y jurisdicción. Competencia nacional, provincial y municipal*, en Universidad Austral, "Jornadas sobre Organización Administrativa", p. 675.

¹⁶ *Fallos*, 146:289, 297 y 304 a 315.

¹⁷ SALVAT, *Tratado. Parte general*, t. I, p. 680.

¹⁸ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 260 y 261.

disposición expresa de la ley que los exceptúa¹⁹. Destaca ARAUZ CASTEX que, de la naturaleza del dominio privado del Estado, resulta que sus caracteres son los mismos que los del derecho real de dominio de los particulares, con la sola salvedad de su inalienabilidad relativa, carácter éste que no tiene otro alcance que el de requerir que se cumplan las leyes y reglamentos. Aclara que los requisitos y trámites a cumplir para decidir acerca de su uso o enajenación, no son propios del derecho civil sino del administrativo, citando la ley nacional 13.539 sobre venta de bienes del Estado y la Ley de Contabilidad. Por aplicación de los arts. 2336 y 2338 del Cód. Civil la disposición de estos bienes está sujeta a la actuación de la autoridad pública²⁰.

§ 19. **ENAJENACIÓN.** — Al respecto, cabe recordar que los bienes del dominio público son inalienables e imprescriptibles. Son caracteres inherentes a los bienes públicos, pertenecientes a la esencia de la dominicalidad. Tales caracteres existen aunque la respectiva legislación los silencie²¹.

La razón de ello es que estos bienes están destinados al uso y goce de las personas, tal como lo establece el art. 2341 del Código Civil y, por lo tanto, este destino determina que sean cosas que no están en el comercio, porque no pueden venderse, como modo de tutela y protección del fin que motiva la afectación.

Esta condición encuentra otros fundamentos en el art. 953 del Código Civil en cuanto establece que el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio y en el art. 2336 que clasifica a las cosas que están en el comercio como todas aquellas cuya enajenación no fuere expresamente prohibida o dependiente de autorización pública.

En efecto, se sostiene que los bienes del dominio público, por su afectación o destino al uso común de la población, son bienes que no están en el comercio (ver § 4) y, por lo tanto, no pueden

¹⁹ ST Rawson, 26/8/76, "Andisco de Torresia, Luz M. c/Nicoloff, Nicola s/juicio ordinario".

²⁰ ARAUZ CASTEX, *Derecho civil*, t. I, p. 93.

²¹ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 257. DIEZ destaca que el principio de la inalienabilidad no surge de norma expresa en la Argentina y se trata de un principio muy discutido aun en Francia. Recuerda que en ese país se invoca el edicto de Moulins de 1566, como punto de partida del principio de la inalienabilidad, pero que ello no es correcto dado que, tal edicto traía normas comunes al conjunto de bienes del dominio, sin establecer la necesaria distinción entre lo que hoy conocemos como dominio público y dominio privado, lo que probaría que no se ha cuidado de sentar un principio, sino de proteger el dominio, del que era propietario el rey, contra la dilapidación que éste pudiera cometer (*Los caracteres del dominio público*, LL, 18-56).

ser objeto de los contratos que regula el Código Civil²², siendo así inalienables e imprescriptibles.

La inalienabilidad, por lo tanto, es consecuencia de que dicho bien es un bien del dominio público y está comprendido en la clasificación de las cosas, como "fuera del comercio".

Por su parte, DIEZ sostiene que el principio de la inalienabilidad no puede interpretarse en forma absoluta ya que el Estado puede disponer del bien, pero es lógico que no pueda alienarse mientras dure la afectación de éste a la satisfacción de la función de la persona jurídica pública y que, desafectado el bien, nada podrá impedir la venta del mismo. Cita en su apoyo la opinión de DUGUIT sobre la escala descendente en materia de inalienabilidad del dominio público. Aclara que el Estado, que podrá disponer de la alienación, es el que intervendrá también para la desafectación. Por último, recuerda que los códigos civiles establecen expresamente el principio de la inalienabilidad o se lo deduce de algún otro, como sucede entre nosotros, y como que es el legislador la autoridad encargada de sancionar el Código Civil, no hay duda de que podrá también modificar los principios en él establecidos²³.

Luego de un profundo estudio de las diferentes opiniones de la doctrina extranjera y nacional, sobre el concepto de la inalienabilidad del dominio público, como también de las decisiones jurisprudenciales²⁴, VILLEGAS BASAVILBASO concluye que la inalienabilidad de los bienes públicos no solamente es un principio derivado necesariamente del fin a que están destinados, sino también de los arts. 2336 y 2337 del Cód. Civil, que preceptúan que están fuera del comercio las cosas cuya enajenación dependa de una autorización pública, o que fuera prohibida, en virtud de esa "inenajenabilidad" absoluta. Aclara que el carácter extracomercial de los bienes públicos debe ser referido a la ley civil, desde que, aquéllos no están exentos del comercio jurídico de derecho público, citando en apoyo a BIELSA y MAYER²⁵.

Por lo tanto, y en atención a que el principal fundamento legal para considerar inalienables a los bienes del dominio público es su condición de bien fuera del comercio, en el caso de los bienes del dominio privado, y para sostener si son enajenables o no, también

²² MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 266.

²³ DIEZ, *Los caracteres del dominio público*, LL, 18-56.

²⁴ Fallos, 48:195; 98:195; 121:36; 131:267, y 158:358.

²⁵ VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, t. IV, parte 2ª, p. 114 a 136, quien comenta las diferentes opiniones de autores extranjeros como DUGUIT, BARTHELEMY, HAURIOU, WALINE, MAYER, FLEINER, PRESUTTI, VITTA, BODDA y MEUCCI, y autores nacionales como BIELSA y DIEZ.

corresponde establecer si están comprendidos o no en la clasificación de bienes "fuera del comercio".

Así, según el art. 2336 del Cód. Civil, "están en el comercio todas las cosas cuya enajenación no fuere expresamente prohibida o dependiente de una autorización pública" y, por lo tanto, al contrario, "están fuera del comercio todas las cosas cuya enajenación estuviese expresamente prohibida o dependiere de una autorización pública" (las fuentes de estas normas son los arts. 383 a 385 del Proyecto de FREITAS).

A su vez, en el art. 2337 del Cód. Civil se aclara que "son absolutamente inenajenables: 1°) las cosas cuya venta o enajenación fuere expresamente prohibida por la ley", respecto de las cuales se mencionan, como ejemplos, las del dominio público del Estado²⁶.

Por otro lado, el art. 2338 del Cód. Civil dice que son relativamente inenajenables las cosas que necesiten una autorización previa para su enajenación, dándose ejemplo de esta clase de bienes a los bienes privados del Estado²⁷.

Es decir que las cosas están fuera del comercio cuando su enajenación estuviera prohibida y cuando dependiere de autorización pública.

Se encuentran comprendidos en el primer punto los bosques y tierras forestales, cuya inalienabilidad fue dispuesta expresamente en el art. 34 de la ley 13.273, a pesar de considerarse bienes del dominio privado en la misma norma, y también los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos situados en el territorio de la República Argentina y en su plataforma continental que, según el art. 1° de la ley 17.319 -luego modificada por ley 24.145-, pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado nacional" (ver § 13, b); se comprenden en el segundo punto, todos los bienes inmuebles que requieren para su venta de la autorización de las autoridades públicas competentes, según las normas que se comentarán más adelante.

Es decir que, según estas disposiciones del Código Civil, tanto los bienes del dominio público como los bienes del dominio privado, están fuera del comercio, y, si bien, según la doctrina, los bienes del dominio público están sometidos a una inalienabilidad abso-

²⁶ LLAMBIAS, *Tratado. Parte general*, t. II, p. 211; BUERES (dir.) - HIGHTON (coord.), *Código Civil*, t. 5A, p. 87; ZANNONI (dir.) - KEMELMAJER DE CARLUCCI (coord.), *Código Civil*, t. 10, p. 125.

²⁷ LLAMBIAS, *Tratado. Parte general*, t. II, p. 211; BORDA, *Tratado. Parte general*, t. II, p. 51; KIPER (dir.), *Código Civil comentado*, p. 89; BUERES (dir.) - HIGHTON (coord.), *Código Civil*, t. 5A, p. 88; ZANNONI (dir.) - KEMELMAJER DE CARLUCCI (coord.), *Código Civil*, t. 10, p. 125.

luta y los del dominio privado a una inalienabilidad relativa, lo cierto es que de estas normas resultaría que, no sólo los bienes del dominio privado sino también los del dominio público podrían venderse siempre que existiera previa "autorización pública".

Al respecto, SPOTA efectúa una curiosa interpretación cuando dice que "sólo hay, entonces, bienes públicos y bienes privados del Estado. Y estos últimos han de disponerse conforme a las leyes regulatorias de la enajenación de ellos; v.gr. las tierras 'fiscales' llamadas 'tierras públicas' que están sometidas a las leyes que organizan su arrendamiento, colonización y venta. Pero ese régimen de derecho administrativo sobre explotación y disposición de tales bienes, no importa otorgarles la calidad de cosas fuera del comercio, ya que no se está ante la 'autorización pública' a que se refiere la ley (arts. 2336 y 2338), no obstante todo el interés público que existe en cuanto se persiga, con esas leyes, alcanzar un pleno funcionalismo social"²⁸.

Sin embargo, y a pesar de este comentario, SPOTA no explica por qué la regulación de la venta de los bienes del Estado no implica otorgar una "autorización pública", tal como sí en cambio lo reconocen los autores anteriormente citados. Tal vez advirtió que reconocer que los bienes privados del Estado eran bienes fuera del comercio, ponía en crisis la distinción entre bienes públicos y privados, y sus consecuencias.

En efecto, según estas disposiciones no habría ninguna diferencia entre los bienes públicos o privados del Estado ya que ambos se encuentran fuera del comercio por "depender de autorización pública".

Por su parte, MARIENHOFF admite que, si bien es cierto que la enajenación de las cosas privadas del Estado está supeditada a una resolución administrativa que autorice la venta, tratándose de bienes públicos, aparte de requerirse asimismo esa autorización, se necesita, además, la previa desafectación de la cosa²⁹.

²⁸ SPOTA, *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 3, p. 629 y 630. Se destaca que esta afirmación, realizada en la edición de 1953, fue hecha anteriormente en un comentario al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 9 de noviembre de 1942, en la causa "Lanusse SA c/provincia de Buenos Aires" (*Los bienes públicos y privados del Estado y la defensa posesoria del particular*, JA, 1943-I-726). En esta nota también explica por qué los bienes privados no estarían en la clasificación de bienes fuera del comercio.

²⁹ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 261. Conf. CSJN, 19/12/00, "Administración de Parques Nacionales c/provincia de Neuquén", A.1373.XXXII, donde la Corte Suprema concluyó que "la inclusión en la escritura 3 del 16 de septiembre de 1959 de bienes públicos nacionales integrantes de los Parques Nahuel Huapi y Lanín preexistentes, sin que mediara la regular desafectación de su destino primigenio y exce-

Por lo tanto, aun para quienes entienden que las atribuciones del Estado sobre los bienes de su dominio privado se rigen por las normas del Código Civil, la enajenación no es posible sin la expresa autorización estatal para vender³⁰.

Así, ya se trate de bienes públicos como privados, encontrándose ambas categorías de bienes estatales fuera del comercio, no pueden ser enajenados, salvo existir autorización pública.

En definitiva, entonces, puede decirse que los bienes privados del Estado, en principio son enajenables, mientras su enajenación no esté prohibida (conf. leyes 13.273 -art. 34-, de bosques fiscales; 24.145 y 26.197, de hidrocarburos) y se haya otorgado la autorización pública para vender.

Más adelante se analizarán las normas sobre enajenación de bienes del Estado nacional y dedicaremos especial atención a la declaración de bien innecesario, como requisito previo a disponer su venta (conf. ley 22.423).

Es coincidente con este criterio lo establecido en el Código Civil respecto de los bienes municipales. Sin aclarar distinción entre bienes del dominio público o privado, la norma determina que "son enajenables en el modo y forma que las leyes especiales lo prescriban" (art. 2344).

Por lo tanto, aun siguiendo el criterio de los autores que sostienen que los bienes privados del Estado se rigen por las normas del Código Civil, de la interpretación de las propias normas civiles se concluye que la enajenación de bienes privados estatales se rige por las normas propias administrativas dictadas en la esfera de competencias de cada jurisdicción, que podrán o no establecer prohibiciones o requisitos a la autorización de la venta de esos bienes privados.

Por último, uno de los aspectos sobre el cual me parece importante reflexionar es por qué vender los bienes inmuebles privados del Estado³¹.

diendo el objeto del acto administrativo que la había autorizado (decr. 6548/58), resulta irrita y no puede ser invocada para fundar derechos provinciales sobre las tierras en cuestión".

³⁰ En 1941, en "Nación c/Cía. de Muelles y Depósitos del Puerto de La Plata", la Corte Suprema sostuvo que "es absolutamente nulo y no puede dar lugar a la prescripción adquisitiva, el título por el cual el PE de la provincia de Buenos Aires enajenó en 1889 tierras de propiedad de aquella sin autorización ni ratificación de la Legislatura" (Fallos, 189:345).

³¹ Al respecto, el presidente OBAMA, de los Estados Unidos de América, propuso la venta de inmuebles para paliar la crisis económica de su país (www.lanacion.com.ar, 1/10/11). En Italia se critica la venta de los inmuebles (ver MATTEI, *Non svendere il patrimonio pubblico*, "Corriere della Sera", 22/11/11).

La principal razón es que la venta del inmueble constituye un recurso financiero para el Estado y particularmente, en épocas de crisis y emergencias públicas, las administraciones públicas recurren a la venta de sus activos (v.gr., leyes 23.696, de reforma del Estado, arts. 15, inc. 6º, y 17, inc. 1º, y 23.697, de emergencia económica, arts. 60 y 81).

Lo expuesto hasta aquí ratifica la importancia de contar con un régimen legal con normas claras y precisas que regulen un aspecto tan vital para un Estado como es la enajenación de su patrimonio inmobiliario.

§ 20. **PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA.** - Según VILLEGAS BASAVILBASO, no hay en el Código Civil un precepto expreso que declare la imprescriptibilidad de los bienes públicos. Sin embargo, ese carácter se deduce directamente de sus arts. 2400, 3951 y 3952; la *usuca-pio* no es un medio jurídico para adquirir los bienes públicos. Las cosas inalienables, como son las del dominio público, por estar fuera del comercio, no son susceptibles de posesión, y por ende, son imprescriptibles en tanto conservan tal carácter³².

En efecto, siguiendo el análisis de las normas del Código Civil, cabe recordar que el art. 3951 establece que "el Estado general o provincial y todas las personas jurídicas están sometidas a las mismas prescripciones que los particulares, en cuanto a sus bienes o derechos susceptibles de ser propiedad privada; y pueden igualmente oponer la prescripción".

Pero también se aclara en el art. 3952 que "pueden prescribirse todas las cosas cuyo dominio o posesión puede ser objeto de una adquisición".

Es importante relacionar aquí que algunas cosas son imprescriptibles porque no pueden ser adquiridas, por estar fuera del comercio. VÉLEZ SÁRSFIELD, en la nota al art. 3952, cita a TROPLONG en el comentario al art. 2226 del Código francés, que declara que no puede prescribirse el dominio de las cosas que no están en el comercio, cuando dice que "hay cosas que son imprescriptibles por sí mismas, otras que no lo son sino por razón de su destino, y otras por razón de las personas que las poseen. Las cosas imprescriptibles por sí mismas, son aquellas que por destino natural pertenecen a todo el mundo, y no son susceptibles de apropiación privada, como la mar, la libertad del hombre, etcétera. Las cosas imprescriptibles por razón de su destino, son aquellas que por sí mismas admiten la propiedad privada; pero que por un destino accidental,

³² VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, t. IV, parte 2ª, p. 145 y 146.

están retiradas del comercio y afectas al uso público, como los caminos, las calles, etcétera. Mientras estas cosas se conservan afectas al servicio público, permanecen imprescriptibles; mas como su destino es por el hecho del hombre que lo ha creado, puede también el hombre destruirlo. Las cosas que no son prescriptibles por razón de las personas que las poseen, son las que pertenecen a personas privilegiadas, contra las cuales no corre la prescripción. En tal caso, sólo hay una suspensión temporal de la prescripción. Cuando el privilegio cesa y la persona entra en el derecho común, la prescripción sigue su curso y continúa su acción".

En atención a lo dispuesto en esta norma, fácil se deduce la imprescriptibilidad de los bienes del dominio público, dado que, como vemos, no pueden ser objeto de una adquisición, tratándose así de un bien "fuera del comercio", teniendo en cuenta su destino "afectos al uso público" y mientras se conserven "afectos al servicio público". Cabe destacar que TROPONG utiliza indistintamente el término "uso público" y "servicio público".

El destino del bien aparece así como una razón central para considerar al bien fuera del comercio, pero ello no alcanzaría sólo a los bienes del dominio público sino también a los bienes del dominio privado, si atendemos al destino de estos bienes y a su condición de bienes fuera del comercio, sujetos a inalienabilidad relativa, como se interpretó en el punto anterior.

Concordantemente, el art. 2400 del Cód. Civil determina que "todas las cosas que están en el comercio son susceptibles de posesión" y por lo tanto, a contrario sensu, no lo son las cosas que están "fuera del comercio".

Comentan BUERES y HIGHTON DE NOLASCO que el concreto y estrecho marco de dicha disposición legal sería únicamente el de los bienes del dominio público que no son susceptibles de posesión por los particulares (art. 2337, inc. 1º), aclarando que la norma comentada no se referiría ni a las cosas que están fuera del comercio por su inenajenabilidad relativa (art. 2338) ni a las cosas cuya enajenación estuviese prohibida por una cláusula de no enajenar (art. 2337, inc. 2º), ya que todas éstas son susceptibles de ser poseídas, a pesar de la prohibición de enajenar que las extrae del comercio, con cita de doctrina en apoyo de esta afirmación³³.

Sin embargo, que el bien pueda ser poseído no significa que se admita sin más la usucapión, que sólo procede respecto de las cosas enajenables (art. 3952, Cód. Civil)³⁴.

³³ BUERES (dir.) - HIGHTON (coord.), *Código Civil*, t. 5A, p. 237 y 238.

³⁴ LAFAILLE - ALTERINI, *Derecho civil*, t. I, p. 273 a 277. Estos autores consideran que la exigencia de formalidades para la enajenación de ciertos bienes (art. 2338, Cód.

Por otra parte, las cosas fuera del comercio no pueden ser objeto de posesión, sólo para los particulares, en protección de los bienes de uso o fin de utilidad pública, pero no para el Estado³⁵, dado que, para quienes admiten un derecho de propiedad del Estado sobre sus bienes, el propietario es también poseedor, ya que esta posesión es la exteriorización y el ejercicio de su derecho de propiedad³⁶.

Destaca LAFAILLE que la imposibilidad de poseer las cosas fuera del comercio parece apuntar únicamente a las cosas del dominio público del Estado, y en cuanto a la posesión de los particulares, porque el Estado tendría una suerte de posesión sobre las cosas, o una relación análoga, por lo cual se ha llegado a admitir la protección posesoria a favor del Estado. Agrega que aunque no se trata propiamente de una posesión, tampoco debe olvidarse la existencia de relaciones reales nacidas del ejercicio de derechos reales administrativos sobre cosas del dominio público, como la concesión o el permiso, que según algunos darían lugar a las defensas posesorias³⁷.

En igual sentido se expidió la Corte Suprema, al expresar que "el argumento de que sobre los bienes del dominio público no puede haber una posesión útil, sólo vale para los administrados o particulares, pero en modo alguno para el Estado"³⁸.

Por otra parte, según el art. 4019, inc. 1º, del Cód. Civil es imprescriptible la acción de reivindicación de la propiedad de una cosa que está fuera del comercio. Es decir que el Estado podrá siempre reivindicar un bien que tenga tales condiciones³⁹.

Si bien se sostiene que los bienes privados del Estado pueden ser objeto de prescripción adquisitiva, sin embargo, de las normas hasta aquí comentadas, puede sostenerse que los bienes del dominio privado, en principio, al igual que para el caso de la enajenación, sólo pueden ser objeto de prescripción adquisitiva por terce-

Civil) no impide que las cosas, sujetas a ello, puedan ser poseídas: así, dice, los bienes de los incapaces o los que pertenecen al dominio privado. También agrega que para llegar a cualquier conclusión debe evitarse confundir la protección posesoria con la posibilidad de prescribir: son dos órdenes diferentes, cuyo deslinde ha sido repetidamente señalado.

³⁵ SALVAT, *Tratado. Derechos reales*, t. I, p. 106 y 107.

³⁶ BOQUÉ, en DE REINA TARTIÈRE, *Dominio público*, p. 283 y 284. Este autor también comenta la ley nacional de expropiaciones que dispone la entrega de la posesión del inmueble expropiado al expropiante según arts. 22 y 29, ley 21.499; SALVAT, *Tratado. Derechos reales*, t. I, p. 107 y 108.

³⁷ LAFAILLE - ALTERINI, *Derecho civil*, p. 276 y 277. El autor cita en su apoyo Fallos, 310:2478, y CSJN, 27/3/01, "Antonio Romano c/provincia de Buenos Aires", *LLonline*.

³⁸ Fallos, 323:2919.

³⁹ Fallos, 323:2919.

ros, si se determina previamente que la cosa está en el comercio, es decir es enajenable por haber existido autorización pública⁴⁰.

Esta cuestión fue debatida en la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1926, en "Provincia de Buenos Aires c/Mar del Plata Golf Club", juicio por reivindicación de un inmueble situado en el litoral marítimo de la ciudad de Mar del Plata, en jurisdicción de la provincia actora.

En este fallo, el alto tribunal concluye que la lonja de tierra reclamada reviste los caracteres de una cosa del dominio privado y por lo tanto susceptible de la posesión y prescripción adquisitiva alegada por la demandada, según los arts. 3951, 2400, 2336, 2337 y 2338 del Cód. Civil. Al respecto aclara que a dicha conclusión "no se opone en el caso la doctrina sustentada por la actora de que la tierra pública es inajenable mientras una autorización del poder público no la haya puesto en el comercio, porque la constituida por el talud de la barranca se encontraría cabalmente en las condiciones señaladas por el art. 2338 del Cód. Civil". En efecto, la Corte Suprema sigue diciendo que, según documentos analizados, la provincia de Buenos Aires autorizó la enajenación de las tierras en cuestión por sucesivas leyes, desprendiéndose de su dominio e incorporándolas al comercio⁴¹.

En igual sentido se expidió en "Provincia de Buenos Aires c/SA Club Mar del Plata", un juicio similar, por reivindicación de otro terreno situado en el Boulevard Marítimo de la ciudad de Mar del Plata. Así concluyó que "la imprescriptibilidad de los bienes privados del Estado, sin ley que autorice su enajenación, argumento que aduce también el actor en su alegato de bien probado, como defensa contra la excepción de prescripción, no es conciliable con lo dispuesto por el art. 3951 del Cód. Civil, que somete a los Estados a las mismas prescripciones que los particulares en cuanto a los bienes o derechos susceptibles de ser propiedad privada -y lo son todos aquellos que no están destinados al uso público- debiendo tener en cuenta, por otra parte que sucesivas leyes y actos de la

⁴⁰ Fallos, 234:457. Aquí la Corte Suprema dijo que "son del dominio originario del Estado nacional las tierras existentes en su jurisdicción que él, o sus antecesores, no hubieran enajenado, o los particulares no hubiesen adquirido por usucapión en contra de aquél". También, CSJN, 11/6/62, "Cornet D'Hunval, Marcelo c/provincia de Santa Cruz", donde dijo que "es susceptible de ser adquirido por posesión treinta años un bien del dominio privado de Estado que fue de la Nación, y luego de una provincia" y que "la ley 13.995, posteriormente derogada, que dispuso que las tierras fiscales no podían adquirirse por prescripción, no tuvo por virtud suspender el curso de la prescripción ni interrumpirla. No es causa admitida por los arts. 3966 y 3983 y la simple sanción de una ley carece de efectos interruptivos".

⁴¹ Fallos, 146:318 y 319.

provincia desde 1819 a 1860, habían hecho salir estas tierras del dominio del Estado para incorporarlas a la vida del comercio"⁴².

En estos importantes fallos, la Corte Suprema trató el conflicto sobre la prescripción de bienes privados del Estado y, ante la defensa planteada por la provincia de Buenos Aires, con fundamento en que no existía autorización pública que colocara al bien en el comercio, el alto tribunal no descartó el argumento, sino que entendió cumplida la disposición del art. 2338 del Cód. Civil, pues de las pruebas documentales surgía que sucesivas leyes y actos de la provincia habían autorizado la enajenación de las tierras, incorporándolas al comercio.

Por último, vale la pena comentar otro fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del mismo año, dictado en "Provincia de Buenos Aires c/Riglos de Álzaga, María J.", sobre reivindicación de varias tierras comprendidas en la zona del litoral marítimo de Mar del Plata. En este caso el máximo tribunal admitió la prescripción adquisitiva de la demandada de unas tierras y no de otras. Al respecto sostuvo que aquella parte del terreno que ocupaba el antiguo Boulevard Marítimo se ha encontrado fuera del comercio y en el dominio público desde el 18 de junio de 1874 hasta el 1º de julio de 1897 y que las cosas que están fuera del comercio no pueden ser objeto de actos jurídicos ni son susceptibles de enajenación ni de prescripción (arts. 953, 2337, 2338, 3951 y 3952, Cód. Civil) y, por lo tanto el terreno que se reivindica, afectado, por proposición expresa de Patricio Peralta Ramos y decisión expresa de la provincia, al uso público, no ha podido ser vendido ni poseído a título de dueños por ninguna persona jurídica o visible desde el 18 de junio de 1874"⁴³.

Por otra parte, señala Spota que el ente público, en su carácter de titular de un bien del dominio privado de él, no puede prescindir del orden jurídico establecido en materia de derecho privado, regulatorio de la posesión y de la defensa posesoria y por lo tanto, si pretende que le corresponde la posesión de un inmueble que se halla en manos del que alega ser poseedor del mismo bien, debe recurrir a las vías legales que prevé el art. 2468 del Cód. Civil. Cita un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 9 de noviembre de 1942⁴⁴. Es decir, sigue diciendo Spota, que el Estado no podría desconocer una posesión que ejerce el particular, y que se halla amparada con los remedios posesorios instituidos por la ley. En todo caso, debe ejercer las acciones posesorias o

⁴² Fallos, 146:302.

⁴³ Fallos, 147:395.

⁴⁴ CSJN, 9/11/42, "Lanusse SA c/provincia de Buenos Aires", JA, 1943-1-726.

petitorias, ocurriendo ante la justicia, porque tales son "las vías legales"⁴⁵.

Posteriores sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresaron, en general, un criterio amplio a favor de reconocer la prescripción adquisitiva de particulares sobre bienes del dominio privado del Estado, y aplicaron un criterio restrictivo para definir el carácter de bien del dominio público. Así dijo que "si los terrenos cuestionados no fueron 'indispensables' para la construcción del puerto de La Plata y de sus obras y accesorios, y nunca estuvieron realmente afectados al uso público, permaneciendo en el dominio privado de la provincia de Buenos Aires, son susceptibles de ser adquiridos por prescripción. En consecuencia, estando acreditado que el demandado y sus antecesores poseyeron esos terrenos de modo público y pacífico durante un término mayor que el exigido por la ley para la prescripción ordinaria, corresponde rechazar la demanda por reivindicación instaurada por el Fisco nacional. Además señaló que si el inmueble no fue afectado real y efectivamente al uso o servicio público, él no se incorporó al dominio público del Estado aún cuando hubiera existido una anterior afectación formal a dicho uso o servicio"⁴⁶.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió la usucapión pretendida por el Estado nacional respecto de unas tierras que la provincia de Buenos Aires reclamaba y entendía como propias de su dominio privado, por aluvión, y en las cuales la Prefectura nacional mantenía sus oficinas desde hacía más de treinta años. Aquí sólo se analizaron las condiciones para adquirir el dominio por prescripción y la posibilidad de actos interruptivos⁴⁷.

Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia expresó criterios diferentes frente a nuevos conflictos⁴⁸.

⁴⁵ SPOTA, *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 3, p. 633, y *Los bienes públicos y privados del Estado y la defensa posesoria del particular*, JA, 1943-I-726.

⁴⁶ Fallos, 242:169; en igual sentido, SC Mendoza, 4/11/75, "Heredia de Chabón, Modesta A. c/provincia de Mendoza", JA, 1976-III-82.

⁴⁷ CSJN, 27/9/05, "Estado Nacional c/provincia de Buenos Aires s/usucapión".

⁴⁸ Por ejemplo, en el caso "Islas Lechiguanas", del departamento de Gualleguay, en la provincia de Entre Ríos, en sentencias del Juzgado Civil y Comercial n° 1 de Gualleguay, en 2011, y de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Gualleguaychú, de 2012, donde se ordenó desalojar la isla usurpada, sin reconocer derecho a sus ocupantes para quedarse con setecientas hectáreas de las islas. También en el caso "Colonia Suiza", en la provincia de Río Negro, en sentencia de primera instancia, el juez federal LEONIDAS MOLDES desestimó la defensa de la prescripción adquisitiva, ya que no se cumplió en término y con la sanción de la ley 22.153 se declaró imprescriptible el dominio privado del Estado sobre los inmuebles situados en zonas de seguridad de frontera (www.mensajero digital.com, 13/9/10). En otro caso, las tierras de un pueblo entero en la provincia de Salta (Los Toldos), ocupadas por pobladores que las recibieron de sus

Como se advierte, las soluciones son más difíciles y hay mayor inseguridad jurídica cuando no existe, como en estos casos, un régimen legal específico sobre los bienes del dominio privado del Estado.

Por otra parte, cabe destacar que han existido proyectos de ley que propusieron declarar imprescriptibles a los bienes privados del Estado o bien plantearon nuevas normas que tutelaran mejor los intereses del Estado nacional, en los casos de prescripción adquisitiva de tales bienes.

Según el Informe del Observatorio de Políticas Públicas de 2007, del Cuerpo de Administradores Gubernamentales de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación, sobre administración de bienes del Estado, la protección de los bienes del dominio privado del Estado frente a la prescripción adquisitiva sería consecuencia de la presunción de que esos bienes están afectados a un fin público o propio de la Administración, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad, como lo expresa el decr. 1023/01 en relación con el objeto de las contrataciones públicas, y ése sería el fundamento para darles un especial resguardo o, en otros términos, someterlos a un régimen exorbitante del derecho privado⁴⁹.

En el mismo informe se transcriben los argumentos del legislador GERARDO MORALES, quien justifica su proyecto de ley de modificación de los requisitos procesales para el trámite de usucapión previsto en la ley 14.159, comentando que los escasos requisitos de la ley actual dejan sin protección las tierras del Estado y en particular tierras de interés arqueológico y cultural, según los casos que cita en la provincia de Jujuy.

El debate por la protección de la tierra fiscal y, en particular, de los bienes inmuebles del Estado impone encontrar un equilibrio entre los intereses en juego, intereses generales de la sociedad y del individuo, teniendo en cuenta que también la prescripción adquisitiva responde a un interés general, a fin de dar seguridad jurídica y paz social⁵⁰. Es este el objetivo de un régimen jurídico previsto en la ley.

antepasados, por una modificación catastral quedaron en el dominio de una empresa y con motivo de una ejecución hipotecaria, fueron embargadas ("La Nación", 2/12/11). El conflicto pasó a resolución de la Corte Suprema.

⁴⁹ RODRÍGUEZ RÍOS - TOMASINO - VALLINA, *Administración de bienes del Estado*, informe del Observatorio de Políticas Públicas del Cuerpo de Administradores Gubernamentales de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación Argentina, 2007, www.cag.jgm.gov.ar.

⁵⁰ Las leyes 20.396 y 21.477 establecieron un régimen de adquisición e inscripción del dominio de inmuebles por el Estado nacional y por las provincias, respectivamente.

§ 21. **EMBARGO.** — Destaca MARIENHOFF que los bienes del dominio público son inembargables y que la doctrina y jurisprudencia están contestes en ello, con cita de autores y fallos⁵¹. En efecto, también VILLEGAS BASAVILBASO explica que, si bien el embargo de un bien no significa su desapropio, por cuanto el bien embargado continúa siendo propiedad del ejecutado, mientras no se proceda a su enajenación judicial, no lo es menos que implica una sujeción potencial del bien a la ejecución, sujeción que lleva a la enajenación⁵².

Por su parte, BIELSA recuerda que el fundamento de ello es que la cosa está destinada al uso público y que se halla fuera del comercio, mientras dure esa consagración. Por el contrario, si se trata de una cosa adquirida para librarla al uso público, mas ello no se realiza aún, "el bien no se considera efectivamente de dominio público, y es, por consiguiente, embargable y ejecutable"⁵³.

Se suma BORDA, quien también sostiene que los bienes que están afectados directamente a un servicio público, como lo son las plazas de guerra, los ferrocarriles, los edificios públicos, no son embargables puesto que no podría concebirse la paralización de un servicio público en virtud de la ejecución del crédito de un particular. En cambio, los bienes que no están afectados a un servicio público y cuya utilidad general es sólo mediata, como en el caso de las tierras sin dueño o los bienes vacantes o mostrencos, son bienes embargables⁵⁴.

mente, cuando hubiera transcurrido el plazo previsto en el art. 4015 del Cód. Civil para considerar operada la prescripción adquisitiva. SCOTTI (H.) sostiene que el sistema es inconstitucional por prescindir de la intervención del titular dominial afectado y sin actuación judicial convalidatoria [*Usucapión administrativa (leyes 20.396 y 21.477), LL, 1984-C-972*]. Por otra parte, la ley 24.374 estableció un régimen de regularización dominial a favor de ocupantes que acrediten la posesión pública, pacífica y continua durante tres años, con anterioridad al 1° de enero de 1992, y su causa lícita, de inmuebles urbanos que tengan como destino principal el de casa habitación única y permanente; sin embargo, quedaron excluidos de dicha regularización las posesiones sobre los bienes privados del Estado, según observación efectuada por decr. 1661/94.

⁵¹ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 271; ya en 1888 dijo la Corte Suprema que "el sitio y casa del Juzgado federal, correo y aduana no son embargables" (*Fallos*, 33:116).

⁵² VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, t. IV, parte 2ª, p. 137.

⁵³ BIELSA, *Derecho administrativo*, t. II, p. 163.

⁵⁴ BORCA, *Tratado. Parte general*, t. II p. 58; conf. LLAMBIAS, *Tratado. Parte general*, t. I, p. 216. La jurisprudencia también ha sostenido que "las rentas del Estado nacional, provincial o municipal, en tanto bienes del dominio privado de dichos entes, pueden, en principio, ser embargadas por los particulares, salvo que la afectación de fondos interrumpa la prestación de un servicio público, pues, tratándose de las personas jurídicas de existencia necesaria, en cuanto integran la organización política de la Nación, no pueden ser privadas por vía de embargo de los recursos indispensables (arts. 105 y 108, Const. nacional; arts. 33, inc. 1°, y 42, Cód. Civil), extremos éstos que en

Lo que resulta decisivo, una vez más, es la función que cumple el bien o el destino de interés público que se persigue proteger, evitando el embargo o la ejecución del bien⁵⁵.

Por otra parte, también aquí entra en juego un equilibrio de intereses, que tenga en cuenta, por un lado, el interés general en la tutela del destino del bien y, por el otro, el interés individual y legítimo al cobro de una condena judicial. Si bien debe contemplarse una mayor protección a aquellos bienes destinados al uso o servicio público, en cambio, para los bienes privados del Estado, destinados a fines de interés público, la protección de embargo debería ceder a favor de quien tiene un derecho reconocido judicialmente al cobro de una deuda. En este caso, el Estado es deudor y ello no lo coloca en una posición favorable, todo lo contrario, si bien corresponderá contemplar la posibilidad de evitar obstaculizar el cumplimiento del fin del bien del dominio privado.

En principio, corresponde distinguir entre embargo y ejecución. En última instancia dependerá del propio Estado evitar la ejecución abonando la deuda.

Cabe recordar que las leyes 24.624 y 25.973 han reglamentado el pago de las deudas judiciales del Estado nacional, provincias y ciudad de Buenos Aires. Al respecto se destacan algunos pronunciamientos jurisprudenciales.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un caso en el cual la provincia de San Luis pidió se declare la inembargabilidad de sus bienes por aplicación de la ley 25.973, desestimó el reclamo sosteniendo que "el embargo constituye un trámite procesal insoslayable del procedimiento de ejecución de sentencia" y que "la previsión contenida en el art. 1° de la ley 25.973 no significa una suerte de autorización al Estado provincial para no cumplir las sentencias judiciales en tanto importaría colocarlo fuera del orden jurídico"⁵⁶.

En otro caso se expidió el Superior Tribunal de Justicia de Pataná, Entre Ríos, y expresó que, "de acuerdo a lo dispuesto por la

cada caso deberán ser apreciados por los jueces a través de la prueba aportada por el propio afectado, pues sobre el interesado pesa la pertinente carga probatoria (arts. 178, 219, 375, Cód. Procesal)" (C2°CivCom La Plata, Sala I, 12/6/97, *SAIJ*, W 0000366-Plenario).

⁵⁵ PAZ, *Bienes del dominio público y del dominio privado del Estado desde el punto de vista de su embargabilidad*, *JA*, 43-52, secc. doctrina. El autor sostiene que la Corte Suprema ha consagrado en 1930 la buena tesis, al declarar que son inembargables los bienes del Estado mientras se hallan al servicio público, por estar fuera del comercio (CSJN, 8/10/30, "Puebla c/provincia de Mendoza", *JA*, 34-296).

⁵⁶ CSJN, 20/6/06, "Asociación de Trabajadores del Estado c/San Luis, provincia de c/cobro de cuota sindical"; conf. *Fallos*, 322:2132.

ley 25.973, se declaró aplicable en beneficio de las provincias, de las municipalidades y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el régimen de inembargabilidad establecido por los arts. 19 y 20 de la ley 24.624. El mismo de ninguna manera constituye una prohibición de embargo, sino que condiciona la procedibilidad del mismo a las normas aludidas, impidiendo la aplicación oficiosa y automática de tales previsiones legales, sin entrar al análisis y consideración de los múltiples elementos y factores que podrían o no llegar a justificar una medida de tal carácter excepcional y de trascendente importancia, toda vez que posibilitaría que determinados bienes del Estado, por estar asignados a funciones esenciales y vitales del mismo, pueden quedar marginados del derecho de los acreedores en orden a la satisfacción de aquellos créditos de carácter alimentario y reconocidos judicialmente por sentencia firme y consentida, debiendo admitirse, en consecuencia, el recurso deducido, revocar el pronunciamiento y hacer lugar a la traba del embargo interesado⁵⁷.

Contrariamente a lo expuesto, el Superior Tribunal de Justicia de San Salvador de Jujuy sostuvo que no puede disponerse medida cautelar alguna sobre los bienes o rentas del Estado, argumentando que la ley es clara, no ofrece dudas, ni da lugar a interpretaciones contradictorias. Aclaró que "tampoco se configuró en el presente caso la excepción dispuesta en cuanto a bienes afectados especialmente... y que no debe perderse de vista el principio en virtud del cual la solvencia y responsabilidad económica del Estado se presume"⁵⁸.

Otra cuestión interesante se plantea con los bienes afectados a un servicio público pero que son de titularidad privada. El tema lo explica bien MARIENHOFF y su análisis, con relación a la situación de estos bienes, es válido también para los bienes privados del Estado y aún los afectados al servicio público de titularidad estatal. En efecto, para este autor, la ejecución judicial de tales bienes en nada obsta a que estos bienes sigan cumpliendo los fines de su ocasional afectación o consagración, ya que el cambio de titularidad por la venta forzada podría admitirse bajo la condición de respetarse el destino del bien y el régimen del respectivo servicio público⁵⁹.

⁵⁷ ST Paraná, Sala I, 18/4/05, "Fraccarolli, Polonia A. c/CJPER s/acción de ejecución", sent. 140.

⁵⁸ ST Jujuy, 6/4/04, "Gloria Subiza de Agostini y otros c/Banco de Acción Social s/recurso de inconstitucionalidad interpuesto en expte. B-98448/03. Embargo preventivo", sent. 1776/03.

⁵⁹ Conf. TAWIL, *Algunas reflexiones en torno al régimen jurídico de los bienes afectados al servicio público*, en Universidad Austral, "Jornadas sobre Organización Administrativa", p. 536.

Como se advierte, de los temas aquí analizados y de las particularidades propias de los bienes del dominio privado del Estado, surge la necesidad de regular los modos y formas en que estos bienes pueden embargarse, ejecutarse y aun afectarse en garantía o ser objeto de negocios del derecho privado, para lo cual entonces resulta relevante el régimen legal propio que se establezca en las normas administrativas.

CAPÍTULO V

AFECTACIÓN Y DESAFECTACIÓN

§ 22. **INTRODUCCIÓN.** – La afectación y la desafectación son medidas de intervención del Estado sobre sus bienes que producen el cambio de la condición de tales bienes en tanto pasan a integrar el dominio público o el dominio privado del Estado, modificándose así su régimen jurídico.

En efecto, existe una relación importante entre la afectación y la desafectación, ya que éstas determinan el pasaje de un bien estatal de su dominio público a privado, y viceversa, dando motivo a conflictos por la imprecisión del régimen jurídico aplicable, entre otros, los conflictos derivados de la posibilidad de adquirir el dominio de un bien del Estado por prescripción.

Así, analizaremos aquí la noción y las formas de afectación y desafectación, como también sus consecuencias.

§ 23. **AFECTACIÓN.** – Es definida como el hecho o la manifestación de voluntad del poder público, en cuya virtud la cosa queda incorporada al uso y goce de la comunidad¹.

También ha sido definida por SAINZ MORENO como “un acto (expreso, tácito o presunto) de Derecho público por virtud del cual una cosa queda destinada a un fin de interés público y adquiere la condición jurídica peculiar de bien de dominio público”. Agrega que la afectación tiene, entonces, un doble sentido: imponer un destino (público) a la cosa y producir la mutación del régimen jurídico general al que está sujeta².

¹ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 176; VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, t. IV, parte 2ª, p. 302 y 303.

² SAINZ MORENO, *El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza cincuenta años después de la fundación de la Revista de la Administración Pública*, “Revista de la Administración Pública”, n° 150, p. 491 y 492.

Así, la característica principal de un bien del dominio público ya sea natural o artificial es que está destinado al uso y goce de todas las personas (art. 2341, Cód. Civil).

Claro está que un bien natural, según nuestra legislación, es del dominio público por la simple calificación legal, mientras que el bien artificial, además, tiene que estar destinado al uso o comodidad común, según el ya citado art. 2340, inc. 7º, del Cód. Civil³.

Por lo tanto, la afectación significa que un bien declarado por la ley dominial queda "efectivamente" incorporado al uso público. Puede haberse construido una calle pero ésta se considera del dominio público recién cuando la autoridad pública dispone el uso de dicha calle por la comunidad.

Destaca MARIENHOFF que la palabra "afectación" en nuestro idioma es un extranjerismo y ha sido tomado del francés, siendo la expresión correcta "consagración", como también utiliza la Corte Suprema de Justicia en numerosas sentencias⁴.

La afectación a tal destino es una decisión de la autoridad administrativa y ésta podrá adoptarse por ley, actos administrativos o por hechos⁵.

a) *FORMAL*. Para el caso de los bienes naturales, la afectación deriva de la calificación como bien público o privado efectuada por ley del Congreso de la Nación, en los términos del Código Civil⁶.

En cambio, tratándose de los bienes artificiales, la facultad para afectarlos al uso público corresponde a cada a jurisdicción local o provincial, ya que no se trata de facultades delegadas al Congreso nacional⁷.

b) *POR HECHOS*. Es así que MARIENHOFF señala que "en lo atinente a las cosas públicas 'artificiales', la afectación puede también efectuarse por 'hechos', siempre y cuando tales 'hechos' provengan de la Administración Pública. Esos 'hechos' pueden ser de diversa índole: desde actitudes asumidas por la Administración, hasta un uso público continuado consentido por ella. Es que, tratándose de bienes públicos 'artificiales', la afectación no tiene formas especia-

³ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 182; VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, t. IV, parte 2ª, p. 304.

⁴ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 177.

⁵ DIEZ, *Derecho administrativo*, t. IV, p. 423 a 429.

⁶ VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, t. IV, parte 2ª, p. 307, con cita de Fallos, 3:131, y 48:238.

⁷ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 183. Conf. VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, t. IV, parte 2ª, p. 308.

les ni sacramentales; la voluntad de la Administración Pública puede manifestarse en forma expresa o en forma tácita. Sólo se requiere que la 'afectación' sea efectuada por la autoridad competente para realizarla, de lo contrario faltaría el consentimiento válido de la Administración, indispensable en la especie"⁸.

En este sentido, también se acepta que los hechos pueden determinar la afectación del bien por "prescripción adquisitiva" o por "el uso inmemorial"⁹.

Por otro lado, la jurisprudencia, además, señaló que si el inmueble no fue afectado real y efectivamente al uso o servicio público, él no se incorporó al dominio público del Estado aún cuando hubiera existido una anterior afectación formal a dicho uso o servicio¹⁰. Así, lo expresó la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en recordado fallo del 28 de junio de julio de 1926, donde dijo que "es indispensable agregar que para tal consagración es ineficaz la declaración de voluntad del poder público si no concurren las dos condiciones siguientes: a) que el bien al cual ella se refiere se halle actualmente en su patrimonio; b) que la cosa haya sido colocada en su estado exterior aparente para ser viable el servicio"¹¹.

Es decir la afectación de un bien inmueble requiere la manifestación de la autoridad administrativa competente expresada formalmente o por hechos y la efectiva incorporación del bien al uso o servicio público¹².

Por lo tanto, los bienes artificiales mencionados en el art. 7º del art. 2340, sólo serán bienes del dominio público si, además de la decisión de la autoridad administrativa, existe el destino efectivo al uso público con los requisitos y formas mencionados. Hasta tanto ello no ocurra estos bienes serán del dominio privado.

⁸ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 188. Aquí cita el criterio reiterado de la Corte Suprema de "que tanto como es de esencial para la existencia de la afectación la manifestación de voluntad del poder público, expresada en las formas propias del derecho administrativo, es de innocua la decisión tomada por un particular de convertir por sí sólo en un bien del dominio público una cosa de su dominio privado" (Fallos, 146:314), y de que también "los terrenos que un particular deja para calles públicas en la subdivisión de un inmueble suyo que será vendido en lotes, es un medio idóneo para la creación de tales calles, por cuanto la aprobación de los respectivos planos por la Administración Pública implica "afectación" de dichas calles" (Fallos, 194:426 y 427).

⁹ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 197 y ss.; Fallos, 149:71.

¹⁰ Fallos, 242:169; en igual sentido, SC Mendoza, 4/11/75, JA, 1976-III-82.

¹¹ Fallos, 146:314; SCBA, 15/6/82, JA, 1983-I-429.

¹² VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, t. IV, parte 2ª, p. 314; CANOSA, *El dominio público*, en Universidad Austral, "Jornadas sobre Organización Administrativa", p. 556 y 557.

En cuanto a un bien público artificial, cabe destacar que existe un periodo de tiempo entre que el bien se encuentra en construcción hasta que es efectivamente "afectado" al dominio y uso público, durante el cual, si se considera que el bien es del dominio privado, por no estar aún destinado al uso público, queda expuesto a la alienabilidad y prescriptibilidad, y en consecuencia, desprotegido ante eventuales usurpaciones de particulares y otras acciones que irían en detrimento de su integridad¹³, situación que debería contemplarse en un régimen legal.

Otra cuestión que ha resuelto la jurisprudencia ha sido el conflicto originado en una afectación de hecho de un bien de un particular. La Corte Suprema ha aceptado que la afectación de hecho al uso público de un bien particular que no fue expropiado no determina la procedencia de la reivindicación del propietario sino el pago de la indemnización por los daños ocasionados. Así, el máximo tribunal ha dicho que "cuando el Estado, nacional o provincial, sobre el terreno de un particular y con conocimiento de éste, realiza una obra pública y la entrega al uso de la colectividad, ya no puede mantenerse la distinción entre el terreno, que seguiría siendo del dominio particular y regido por el Código Civil, y la obra perteneciente al público y ajeno, por consiguiente, al régimen de dicho Código. Se trata en adelante de un bien material y jurídicamente indivisible (arg. art. 2326, Cód. Civil), sujeto en su conjunto y unidad a un mismo régimen legal. Como bien del dominio público, está fuera del comercio del derecho privado y, en consecuencia, no cabe respecto de él o de cualquiera de sus partes el ejercicio de acciones reales, como lo ha dicho esta Corte (*Fallos*, 109:403, consids. 4° y 5°; 114:327) y como resulta de lo dispuesto por los arts. 2387, 2757 y conscs. del Cód. Civil"¹⁴.

Por último, cabe recordar que dadas las importantes consecuencias que se derivan de la afectación o desafectación de los bienes del Estado, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires ha previsto normas especiales ya sea para disponer la desafectación de un inmueble del dominio público, como para las formas de uso de tales bienes, estableciendo la celebración de audiencias públicas con

¹³ NALLAR, *Las técnicas de afectación y desafectación de los bienes del Estado*, JA, 2010-III-30 y 31. Ampliar en AGUILAR VALDEZ, *Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas*, en Universidad Austral, "Jornadas sobre Organización Administrativa", p. 375 a 437.

¹⁴ *Fallos*, 239:129. Conf. CContAdm y Trib CABA, Sala I, 11/12/08, "Rocca de Hermida, Silvia A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/otras demandas contra la autoridad administrativa"; TS CABA, 9/9/10, "Rocca de Hermida, Silvia A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/otras demandas contra la autoridad administrativa". También, *Fallos*, 159:207 y 200:196.

mayorías especiales en las leyes de Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires para estos casos (arts. 63, 82, incs. 4° y 5°, y 90)¹⁵.

§ 24. **DESAFECTACIÓN.** – Desafectar un bien significa sustraerlo 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 administrados¹⁶. Es decir, la desafectación es el proceso inverso al de la afectación. Es la decisión de no mantener el bien destinado al uso o servicio público.

En este caso, el bien, que se mantiene estatal, pasa a integrar el dominio privado del Estado y a estar sometido a otro régimen jurídico, que ya no tutela el fin de uso público.

La Corte Suprema de Justicia, en otro de los fallos ya mencionados y dictado el mismo 28 de junio de 1926, tuvo ocasión de señalar que "tal desafectación, cuando es ordenada por la autoridad con facultades suficientes, 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 aquélla, y dentro del cual el Estado o la comuna ejercitan su poder jurídico sobre las cosas, en las condiciones de sus otros bienes del dominio privado"¹⁷.

En cuanto a las formas de la desafectación, para MARIENHOFF ésta puede ser formal o por hechos y puede desafectarse tanto un bien natural como artificial¹⁸.

a) **FORMAL.** Puede disponerse en un bien del dominio público natural, que deja subsistente la individualidad de la cosa, siendo ello atribución del Congreso de la Nación, ya que implica modificación del art. 2340 del Cód. Civil. Se ha sostenido que es necesaria una ley que sustraiga una cosa del dominio público, debiendo ser una ley nacional para las cosas comprendidas en los incs. 1° a 6° del art. 2340, aunque se tratara de cosas del dominio público provincial, porque tal ley importaría una derogación del Código Civil;

¹⁵ GAUNA, *Dominio público en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, en Universidad Austral, "Jornadas sobre Organización Administrativa", p. 725.

¹⁶ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 206; VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, t. IV, parte 2ª, p. 325 y 326.

¹⁷ *Fallos*, 146:297 y 298.

¹⁸ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 211 y ss.; VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, t. IV, parte 2ª, p. 339; DIEZ, *Derecho administrativo*, t. IV, p. 431 a 438.

en cambio para los bienes comprendidos en el inc. 7º, que son bienes del dominio público artificial, por su destino, pueden ser desafectados por ley nacional o provincial, según que el Estado o la Provincia sea titular de la cosa¹⁹.

Asimismo, si la desafectación de un bien del dominio público natural se produce por transformación o por especificación (v.gr., trabajos de relleno de un río o arroyo), tal decisión le corresponde a las Provincias para los bienes situados en su territorio²⁰.

Por otro lado, la desafectación de los bienes artificiales, ya se trate de que el bien pierda su individualidad, por ejemplo, una calle se transforme en terreno, o bien se modifique sólo el destino, por ejemplo de un edificio, tal decisión corresponde a las facultades reservadas a las provincias y no delegadas al Congreso de la Nación, para los bienes en su territorio, salvo que pertenezcan a la Nación.

b) *POR HECHOS*. Según MARIENHOFF, la desafectación puede efectuarse también por hechos, de la naturaleza o humanos, provenientes de autoridades públicas, ya se trate de bienes naturales o artificiales²¹.

Sigue diciendo este autor que si bien los hechos de la naturaleza pueden desafectar los bienes tanto naturales como artificiales. Así la desafectación de los bienes públicos de origen "artificial" no requiere formas especiales ni sacramentales. Sólo se requiere que la desafectación sea efectuada por la autoridad competente para realizarla: de no ser así faltaría el consentimiento válido de las autoridades, indispensable en la especie²².

Para BIELSA y SPOTA, en cambio, la desafectación debe efectuarse, en principio, por un acto administrativo, siendo necesario siempre un acto formal que la declare²³.

c) *TÁCITA*. Se discute si la venta implica una desafectación tácita. Para MARIENHOFF, la venta de un bien que no fue desafectado es nula. Sin embargo, distinto es el caso de una venta efectuada con base en una ley dictada por autoridad competente que se limi-

¹⁹ ARAUZ CASTEX, *Derecho civil. Parte general*, t. I, p. 90.

²⁰ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 219, con cita de *Fallos*, 105:174, y 111:192, en apoyo de este criterio.

²¹ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 231.

²² MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 233; VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, t. IV, parte 2ª, p. 349 y cita de D'ALESSIO, *Istituzioni*, t. II, p. 95.

²³ BIELSA, *Derecho administrativo*, t. II, p. 164. Conf. SPOTA, *Los bienes públicos y privados del Estado y la defensa posesoria del particular*, JA, 1943-I-730.

ta a autorizar dichas enajenaciones, ya que en este caso la ley surte efectos de desafectación tácita. Aclara este autor que ello es lo ocurrido en nuestro país con la venta de islas pertenecientes a la Nación, la cual se efectúa sobre la base de un decreto ley ratificado por ley que autoriza esas transferencias, siendo así que las posteriores ventas son válidas²⁴.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que el necesario acto de desafectación formal es el presupuesto necesario para que los bienes del dominio público puedan ser enajenados²⁵.

Cabe destacar que el mero abandono o descuido o deterioro de un bien del dominio público no traduce el asentimiento de las autoridades públicas requerido para que los hechos de los particulares o administrados surtan efectos de desafectación, por lo cual la desafectación debe tener lugar mediante acto regular de las autoridades administrativas con competencia para ello²⁶.

En definitiva, explica MARIENHOFF, que los requisitos esenciales para la validez y eficacia de la desafectación son el asentimiento inequívoco de las autoridades y que tanto al manifestar su asentimiento como al emitir el respectivo acto, a través de la ley o acto administrativo, las autoridades actúen en ejercicio legítimo de su competencia²⁷.

Para SALVAT, en cambio, la desafectación sólo puede tener lugar mediante un acto regular de las autoridades administrativas que los tienen bajo su guarda y administración, dictado dentro de las facultades que las leyes le confieren. Aclara que, si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido que la desafectación podría tener lugar de hecho, sin ley que la autorizara en el recordado fallo del 28 de junio de 1926, tal doctrina es perjudicial y peligrosa para los grandes intereses del Estado, porque ella puede fácilmente dar lugar a la ocupación y prescripción por los particulares de fracciones considerables del dominio público de aquél²⁸.

²⁴ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 236.

²⁵ CSJN, 19/12/00, "Administración de Parques Nacionales c/provincia de Neuquén".

²⁶ SALVAT, *Tratado. Parte general*, t. I, p. 681.

²⁷ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 238.

²⁸ SALVAT, *Tratado. Parte general*, t. I, p. 681, quien en autos "Desalvo c/Municipalidad de la Capital" sostuvo que "los bienes del dominio público del Estado o de las municipalidades, sólo pueden perder este carácter mediante resoluciones en forma de las autoridades encargadas de su gestión y administración; en el caso *sub iudice*, mediante la ordenanza municipal que así lo resolviera. Esta doctrina es la consecuencia lógica de las propias disposiciones legales que rigen el dominio público, las cuales, al conferir a los particulares sólo el uso o goce de ellos, conforme a los reglamentos, claramente nos están indicando que fuera de estos reglamentos y lo que ellos permitan, aquellos no pueden adquirir derecho alguno; si por desidia o error los funcionarios en-

Para BIELSA también la desafectación (*déclassement*, en la terminología del derecho francés) debe efectuarse, en principio, por un acto administrativo. Aclara este autor que la desafectación requiere siempre un acto formal que la declare. Ella —como observa BARTHÉLEMY— no puede resultar del solo hecho por el cual la cosa se haga imposible para el destino público del dominio: un canal que se cierra u obstruye, por ejemplo, y deja de ser canal sin convertirse en camino o calle no deja de pertenecer al dominio público por razón de su inutilidad, ya que es necesario, además, que ese hecho, para que valga como desafectación, emane de la administración y sea regular y legalmente ordenado. “Sin ella la imprescriptibilidad del dominio público sería una palabra hueca y sin sentido”²⁹.

Sin embargo, la jurisprudencia ha aclarado que si se acepta que la desafectación de un bien del dominio público pueda ocurrir por hechos o de modo tácito, lo que resulta indispensable para ello es que tales modos se relacionen con la conducta del Estado. Así, se produce incluso tácitamente cuando ese silencio de la administración aparece acompañado de ciertas constancias unívocas que lo hacen idóneo para expresar la voluntad de esa misma administración³⁰.

d) *EL CASO DE LAS ISLAS*. Si bien el art. 2340, inc. 6°, del Cód. Civil establece que las islas son bienes públicos del Estado, plantea alguna duda lo expresado en el mismo inciso que dice “cuando ellas no pertenezcan a particulares”.

Según comenta KIPER, para BORDA el objeto del agregado fue contemplar una realidad que se manifestaba apartada de lo dispuesto por el inc. 6° del art. 2340, ya que muchos particulares habían adquirido derechos sobre islas, ya sea por venta de las provincias (previa desafectación) o por usucapión, situaciones, sin embargo, dudosas en cuanto a las facultades de las provincias para ello³¹.

Si bien la Corte ha aceptado la validez de las leyes provinciales que autorizan las ventas de las islas³², MARIENHOFF critica la solu-

cargados de velar por la conservación de los bienes del dominio público omiten mantenerlos en su destino natural, eso no es reglamentario ni puede autorizar a los particulares para sostener que ha mediado desafectación; por otra parte, ello implicaría exponer el dominio público del Estado y de las municipalidades a desintegraciones más o menos importantes, con grave perjuicio para los más fundamentales intereses de la colectividad” (CCiv2°Cap, 13/3/29, JA, 29-227).

²⁹ BIELSA, *Derecho administrativo*, t. II, p. 164.

³⁰ CNCiv, Sala F, 26/3/91, “Micieli, Luis, y otros s/usucapión”, sent. 68609, SAJJ, N0004673.

³¹ KIPER - OTERO, *La prescripción adquisitiva*, p. 127.

³² Fallos, 191:483, y 151:272.

ción, sosteniendo que la facultad para desafectar un bien integrante del dominio público natural es de incumbencia exclusiva de la Nación, por ser a ésta a quien le corresponde estatuir sobre la condición jurídica de las cosas³³. En cambio, SPOTA opinó favorablemente al criterio de la Corte Suprema, ya que sostiene, ello contempla la realidad del país en cuanto resultaría excesivo limitar los poderes locales para desafectar los bienes públicos, en el caso, las islas, lesionándose la utilidad general y pública³⁴.

También el máximo tribunal ha aceptado la prescripción adquisitiva invocada por particulares sobre un terreno en una isla en el Río de la Plata, teniendo en cuenta que el título se funda en la información posesoria que fue aprobada judicialmente con dictamen favorable del agente fiscal de la Provincia de Buenos Aires³⁵.

Por su parte, KIPER y MARIANI DE VIDAL entienden que la citada frase se refiere a aquellas islas que pertenecían a particulares con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil (1871), no así a las tomadas con posterioridad a ese evento, pues desde la entrada en vigencia del mencionado cuerpo normativo las islas indicadas en el inc. 6° del art. 2340 pertenecen al dominio público del Estado, no pudiendo ser adquiridas, extremo que no fue modificado por la ley 17.711³⁶.

Para MARIENHOFF se trata de soluciones inadmisibles que quebrantan el orden jurídico, proponiendo en cambio que sea mediante la sanción de una ley nacional que se desafecten a las islas de su carácter “público”, con efecto retroactivo a la fecha de la sanción del Código Civil, de modo que pueda así reconocerse el dominio privado sobre ellas³⁷.

En tanto, ARAUZ CASTEX explica que la legislación indiana anterior al Código, las consideraba bienes del dominio privado de la Corona (realengos) y por lo tanto susceptibles de prescripción adquisitiva. Al pasar la soberanía a nuestras manos, esas islas permanecieron como dominio privado de las provincias. El Código Civil las declaró de dominio público del Estado. Sin embargo, para entonces muchas de esas islas (en el delta del Paraná y en otros ríos) se hallaban en antigua posesión de particulares. Algunos de ellos tramitaron juicio informativo y obtuvieron título, sin oposición del Ministerio Público, por cuanto la sanción del Código no pudo

³³ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 249.

³⁴ SPOTA, “Desafectación” y venta de las islas. *La usucapión de las mismas*, JA, 1942-I-1019.

³⁵ Fallos, 184:698; 191:328; 285:78.

³⁶ KIPER - OTERO, *La prescripción adquisitiva*, p. 127 y 128.

³⁷ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 252.

afectar su derecho adquirido. Cuando en algún caso se planteó la cuestión en juicio contencioso, el tribunal reconoció el dominio adquirido por el poseedor en virtud de la prescripción cumplida con anterioridad a la sanción del Código, al amparo de la legislación entonces en vigor. La Corte Suprema nacional ha reconocido valor a los títulos informativos de propiedad obtenidos en juicio en que medió conformidad del fiscal, y ha hecho lugar a interdictos deducidos por particulares poseedores interpretando como desafectación del dominio público leyes provinciales que autorizaban la venta de tierras insulares a sus pobladores en determinadas condiciones. En definitiva, admitida la desafectación por ley provincial, el problema ha venido a disiparse en razón de varias leyes de ese orden dictadas con referencia a distintas islas³⁸.

e) *DESAFECTACIÓN POR USO INMEMORIAL.* Admite MARIENHOFF que también produce efectos de desafectación el no uso inmemorial del bien. Pero, dice, ello no debe confundirse con la posibilidad de ejercer la prescripción sobre un bien del dominio público. Se trata de un cambio en la condición jurídica del bien que queda excluido del régimen dominial. Como se trata de una desafectación tácita por hechos, sólo puede darse en bienes del dominio público artificial y no natural. Estos sólo pueden desafectarse por actos formales, ley o acto administrativo fundado en ley. Asimismo, en el no uso inmemorial debe contarse con la indubitable aquiescencia de las autoridades, no bastando el simple no uso por parte de administrados o particulares³⁹.

Este tema dio motivo a una interesante investigación de GARCÍA DE ENTERRÍA sobre el instituto de la prescripción inmemorial, y su tesis vinculada a la relación entre la desafectación tácita y la prescripción adquisitiva de un bien del Estado, en ocasión de su intervención en una decisión del Consejo de Estado español, en la consulta 5127 del 14 de diciembre de 1949, con motivo del reclamo de personas que invocaban derechos adquiridos sobre terrenos situados en una zona deslindada, luego de la caducidad de una concesión de marismas, en su generalidad como producto de ocupaciones abusivas⁴⁰.

Este autor plantea el supuesto de una posesión abusiva que comience por apartar la cosa del uso común, haciéndola apta, por consiguiente, para el ejercicio de un señorío individual, y se pregunta si ello equivale sin más a una desafectación y juega, por tanto, la regla de la prescriptibilidad de las cosas patrimoniales.

³⁸ ARAUZ CASTEX, *Derecho civil. Parte general*, t. I, p. 88 y sus citas.

³⁹ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 240.

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios sobre la usucapición*, p. 112.

Se trata de los casos más dudosos, que también han generado los pronunciamientos de nuestra Corte Suprema en los recordados fallos de 1926.

Por su lado, GARCÍA DE ENTERRÍA hace una exhaustiva investigación de los principales sistemas jurídicos europeos destacando que la tesis de la afectación y de la desafectación tácitas ha concluido por imponerse y entiende que, a partir de allí, quedaría abierto el camino para la usucapión del dominio público, ya que la cosa se habrá convertido en cosa patrimonial común sometida al comercio ordinario.

Para este autor la solución es aceptar una larga posesión, tal que denuncie una desafectación de hecho de una parcela del demanio, lo cual debe prevalecer frente a una catalogación o una reclamación tardías; "póngase a la solución para llegar más fácilmente a ella el presupuesto de la mayor extensión temporal que se quiera: ciento, doscientos, trescientos años de posesión... lo que importa es que alguna vez hay que decir sí, y esto parece una exigencia insoslayable"⁴¹.

Como se ve, existen diferentes interpretaciones sobre el alcance de la afectación o desafectación, según que sus modos sean por formas expresas, por hechos o tácitas, con las consecuencias que de ello se derivan en punto a la posibilidad de admitir o no la prescripción adquisitiva por parte de terceros, incluso de quienes pudieron efectuar una ocupación abusiva, lo cual impone una vez más la necesidad de establecer un régimen legal que tenga en cuenta la protección de los bienes del Estado y los intereses generales y particulares en conflicto.

§ 25. *MUTACIONES DEMANIALES.* - Otro aspecto interesante de la afectación o desafectación del uso público o fin de utilidad pública es la mutación de fines.

Al respecto, destaca RODRÍGUEZ ARANA que la afectación no es privativa de los bienes del dominio público, puesto que existe para el dominio privado de la Administración pública también una cierta afectación, aunque de grado menor, ya que no se puede olvidar que estos bienes igualmente son de titularidad pública y que por ello están vinculados al interés general. En efecto, los bienes públicos, ya sean patrimoniales, ya sean demaniales, están vinculados al interés general que persigue el Estado. Aclara que la afectación trae como consecuencia el destino de un bien o derecho público a un uso general o a un servicio público. Es decir, a través de la afecta-

⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios sobre la usucapición*, p. 126.

ción se produce la concreción al interés general al que están llamados todos los bienes públicos por el simple hecho de ser titularidad de las Administraciones públicas. En consecuencia, considera que las mutaciones demaniales en sentido estricto tienen lugar en virtud de algún cambio de afectación al ser destinados los bienes o derechos a un fin diverso al que anteriormente tenían asignado, pero, en todo caso, fin también de uso general o servicio público. Se trata pues de alteraciones en el fin de uso general o servicio público al que se destinan los bienes o derechos públicos⁴².

De igual manera puede decirse que existe una mutación de fines con ciertas formas de desafectación tácita, como por ejemplo con los inmuebles que fueron expropiados con motivo de la construcción de una autopista que luego no se lleva a cabo. En la ciudad de Buenos Aires fueron numerosos los inmuebles expropiados entre los años 1976 a 1983, para poder construir una red de autopistas urbanas que nunca se llevó a cabo. Los inmuebles así expropiados generaron no pocos conflictos judiciales y en su gran mayoría quedaron en el patrimonio estatal destinados a viviendas de personas que accedieron a ellas de distinta manera, pero sin normas claras que establecieran los modos de uso y administración⁴³.

Estos bienes evidentemente sufrieron un cambio de destino, una mutación demanial, ya que de afectarse a la obra pública, pasaron a cumplir un fin distinto, en este caso de interés social, al satisfacer la necesidad habitacional de personas que los ocuparon, si bien de un modo objetable desde el punto de vista del desorden administrativo en su gestión.

Por lo tanto, estos casos también evidencian la necesidad de una regulación legal para la mejor administración de tales bienes.

Por último cabe advertir la estrecha relación entre el concepto de las mutaciones demaniales y de la desafectación.

En efecto, por un lado, las mutaciones demaniales se refieren a cambios de destino en bienes que se entiende permanecen como bienes del dominio público, siendo las notas características de las mutaciones demaniales que: *a*) se refieren a bienes que ya estaban afectados a un interés público; *b*) se produce un cambio de destino para afectar el bien a otro fin también de interés público, y *c*) no cambia la titularidad del bien⁴⁴.

⁴² RODRÍGUEZ ARANA, *Afectación, desafectación y mutaciones demaniales*, ED. s.p.l. "Derecho administrativo", 7/8/06, p. ???.

⁴³ *Fallos*, 310:2824; 312:956.

⁴⁴ GARRIDO FALLA, *Tratado*, vol. II, p. 482.

Sin embargo, por otro lado, la desafectación implica también un cambio de destino del bien, que deja de estar afectado al uso común o a un servicio público para quedar destinado a un fin diferente, pero igualmente, fin de interés general, de interés público.

En definitiva, los problemas aquí tratados serían más fáciles de resolver si existiera un régimen legal que previera las soluciones a los diferentes conflictos que, respecto de estos bienes estatales, pueden presentarse.

CAPÍTULO VI

DESOCUPACIÓN DE BIENES INMUEBLES

§ 26. *AUTOTUTELA DEL DOMINIO PÚBLICO.* - Cabe recordar que, con relación a los bienes públicos del Estado, como se dijo, las personas particulares tienen el uso y goce de tales bienes, en los términos de lo dispuesto por el art. 2341 del Cód. Civil y, por lo tanto, es inherente a la función administrativa del Estado ocuparse de satisfacer este interés público al uso y goce de los bienes públicos¹.

El Estado, en consecuencia, no sólo tiene un derecho a tutelar el dominio público, en razón de su derecho de propiedad, sino que tiene el deber de asegurar ese uso común y el destino de utilidad pública del bien².

Tal como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para hacer efectiva dicha tutela y hacer cesar cualquier avance indebido de particulares sobre los bienes del dominio público, la Administración puede proceder directamente sin recurrir a la justicia, a través de la ejecución de sus propios actos administrativos³. Esto es lo que se denomina la autotutela del Estado sobre su dominio público.

¹ CASSAGNE define a la función administrativa como "aquella actividad que desarrollan los órganos estatales para alcanzar el bien común, conforme a regímenes jurídicos de derecho público" (*Derecho administrativo*, t. I, p. 88). MARIENHOFF destaca que la función administrativa es "una de las funciones estatales que tiene como finalidad lograr la satisfacción de las necesidades del grupo social y de los individuos que la componen" (*Tratado. Parte general*, t. I, p. 58).

² MARIENHOFF destaca que "el sujeto o titular de las cosas dominicales -ya se trate del Estado o del pueblo, según la tesis que se acepte-, contrariamente a lo que se pretende, tiene sobre el dominio público un verdadero derecho de propiedad, 'propiedad pública', pero 'propiedad' al fin de cuentas" (*Tratado. Parte general*, t. V, p. 326).

³ Fallos, 305:932 y 933.

Destaca BIELSA que, dado que se trata del uso y goce de las cosas "en común", se explica que él deba ser reglamentado, es decir que a ese goce o uso deba imponérsele naturales limitaciones con el objeto de conformar el uso de la cosa con su destino. Estas reglas impuestas en función de la utilidad pública son materia del derecho administrativo dado que es la autoridad administrativa quien actúa mediante el ejercicio de su poder de policía (policía del dominio público)⁴.

El art. 12 de la ley de procedimiento administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, contiene una disposición expresa con relación a la protección del dominio público, solución anticipada por la doctrina al interpretar igual norma de la ley nacional de procedimiento administrativo⁵.

En efecto, en la norma citada de la ley de procedimiento de la Ciudad de Buenos Aires se establece que "sólo podrá la Administración utilizar la fuerza contra la persona o bienes del administrado, sin intervención judicial, cuando deba protegerse el dominio público".

Es decir, se trata en estos casos de la ejecución forzosa del acto administrativo; o sea, del uso de la coacción para hacer cumplir el acto.

Cabe recordar que si bien el acto administrativo tiene fuerza ejecutoria en los términos del art. 12 de las citadas leyes, ello significa que el acto administrativo es obligatorio y debe ser cumplido, pero de ello no se deriva en general que la Administración utilice la coacción contra la persona o los bienes del particular sin intervención judicial, salvo en casos de excepción, como el de la tutela del dominio público⁶.

⁴ BIELSA, *Derecho administrativo*, t. II, p. 167, con cita de la doctrina coincidente de MAYER, *Derecho administrativo alemán*.

⁵ CASSAGNE destaca que entre los casos en que excepcionalmente se acepta que la Administración pueda realizar la ejecución coactiva del acto administrativo se encuentran los que se hallan relacionados con la protección del dominio público (*Derecho administrativo*, t. I, p. 221).

⁶ CASSAGNE explica que "el principal límite que pone coto a la facultad de la Administración Pública y los órganos estatales que ejerzan la función administrativa de ejecutar el acto, surge del principio por el cual toda ejecución coactiva del acto que recaiga sobre la persona o los bienes del administrado debe estar dispuesta por los jueces. Al respecto, cabe recordar que la Constitución Nacional (arts. 19 y 23) constituye un sistema material a favor del administrado y que la función de disponer las medidas de coacción sobre las personas o bienes integra en nuestro régimen jurídico el contenido de la función judicial. Tal es el principio, que admite algunas excepciones vinculadas a la necesidad que tiene la Administración en ciertas situaciones de apelar al uso de la coacción para cumplir con las funciones asignadas, las cuales, desde la perspectiva histórica constituyen facultades inherentes, por el solo hecho, fácil de comprobar, de que

Esta norma, en el caso de la Ciudad de Buenos Aires, es acorde con las disposiciones de su Constitución, que en su art. 27 promueve "la protección e incremento de los espacios públicos de acceso libre y gratuito, en particular la recuperación de las áreas costeras, y garantiza su uso común", como también la preservación e incremento de los espacios verdes, las áreas forestadas y parquizadas, parques naturales y zonas de reserva ecológica. Adviértase especialmente que la norma constitucional enfatiza que la Ciudad "garantiza su uso común", y mal podría hacerlo sin las facultades de autotutela⁷.

Si bien en teoría este es el criterio casi indiscutido, en la práctica el Estado se encuentra en dificultades a la hora de utilizar la fuerza pública para desocupar un bien del dominio público⁸.

En la Ciudad de Buenos Aires, las ocupaciones del Parque Indoamericano y de las Avenidas Riestra y Portela, durante el año 2010, fueron motivo de debate en ocasión de intentar desocupar los espacios públicos y de imputar a los ocupantes el delito de usurpación, dada una especial interpretación del art. 181 del Cód. Penal que efectuaron, tanto los defensores de los imputados, como la jueza de primera instancia, quienes entendieron que, dado que tales bienes no podrían ser objeto de posesión ni de tenencia, pues se encuentran fuera del comercio, a quien los ocupe no se le podría imputar usurpación en los términos del citado artículo.

Al respecto, fueron esclarecedoras las sentencias que sostuvieron que, "en primer lugar, no puede sostenerse que no existe posesión respecto de los bienes dominicales. El carácter imprescriptible e inalienable que coloca a los bienes de dominio público fuera del comercio, nada influye en la existencia de un derecho de propiedad y una efectiva posesión respecto de los mismos.

siempre le pertenecieron. Entre los casos... la protección del dominio público" (*Derecho administrativo*, t. I, p. 221 y siguientes). Conf. CASSAGNE, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, p. 276; GARCÍA DE ENTERRÍA - FERNÁNDEZ, *Curso*, 2001, t. I, p. 594 y siguientes.

⁷ CContAdm y Trib CABA, Sala I, 7/4/06, "Acarya y otros c/GCBA s/amparo", mayoría de los doctores CORTI y CENTANARO; CContAdm y Trib CABA, Sala II, 9/5/06, "Mateo Elvira c/GCBA s/amparo", disidencia del doctor CENTANARO.

⁸ Ver el caso de las carpas en la Plaza de los Dos Congresos en CContAdm y Trib CABA, Sala I, 27/8/08, "Verazay, Irma c/GCBA s/otros procesos incidentales", expte. 29.883/1, dictamen de Fiscalía, en el cual la Cámara declaró la cuestión abstracta; también, CContAdm y Trib CABA, Sala I, 2/2/09, "Parada, Liliana B., y otros c/GCBA s/otros procesos incidentales", expte. 31595/1; íd., íd., 13/8/07, "V., G. E., y otros c/GCBA y otros s/otros procesos incidentales", expte. 24690; íd., Sala II, 7/12/07, "Kassab, Mario c/GCBA s/medida incidental", expte. 22657-1.

Si el Código Civil establece que 'habrá posesión de las cosas cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad' (art. 2351), cabe deducir de ello que no excluye los bienes de dominio público ni tampoco a la persona 'Estado' como el sujeto que ostente el derecho de propiedad sobre la cosa.

En todo caso, esa posesión se ejerce de un modo diferente a como lo hace un particular respecto de sus propios bienes, o el Estado cuando son bienes de dominio privado de éste. Ese ejercicio es permanente y no puede ser perturbado, encontrando amparo en las previsiones del art. 181 del Cód. Penal. Sostener lo contrario es excluir indebida e injustificadamente los bienes destinados al uso común, otorgándole una menor protección que la brindada a los bienes de dominio privado. En consecuencia, no es posible descartar la existencia de delito en función de la calidad de los bienes inmuebles involucrados⁹.

Estos conflictos ponen en evidencia graves problemas de orden social que, por un lado, imponen la implementación de las políticas sociales que den respuesta a las necesidades habitacionales de una población que aumenta siempre más en los conglomerados urbanos y, por otro, la necesidad de evitar la confrontación entre sectores sociales que pretenden imponerse por la fuerza y sin respeto a las normas ni al derecho de otros ciudadanos.

Por lo tanto, si tratándose de la desocupación de bienes del dominio público surgen tales problemas, más aún éstos surgen a la hora de intervenir en la recuperación de bienes del dominio privado, dada la dudosa interpretación de las pocas normas existentes al respecto¹⁰.

§ 27. **DESOCUPACIÓN DE BIENES DEL DOMINIO PRIVADO.** - También sostiene MARIENHOFF que la tutela directa por vía administrativa es una característica del régimen jurídico del dominio público y es a su vez excepcional y de interpretación restrictiva¹¹.

La jurisprudencia ha reiterado que todo lo atinente a la tutela directa del dominio público realizado por la Administración pública constituye facultades inherentes al poder de policía sobre el domi-

⁹ CPen Contravencional y de Faltas, Sala I, 15/4/11, "Incidente de apelación en autos NN (Av. Riestra y Portela) s/infracción art. 181, inc. 1, c. 59095-01-CC/10; id., id., 15/7/11, "Incidente de apelación en autos Pérez Ojeda, Diosnel, y otros s/infracción art. 181, inc. 1, Cód. Penal", c. 59884-01-CC/10.

¹⁰ Conf. BUSTELO, *Desalojo de bienes del dominio público y privado del Estado*, en CASSAGNE (dir.), "Tratado de derecho procesal administrativo", t. II, p. 751.

¹¹ MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 323.

nio público que, a su vez, implica una nota característica del régimen jurídico del dominio público: es entonces de advertir que siendo de excepción dicho régimen, únicamente corresponde aplicar el procedimiento administrativo de tutela directa o autotutela tratándose de bienes dominicales stricto sensu; pero de ningún modo tratándose de bienes del dominio privado del Estado. El acto administrativo en cuyo mérito la Administración pública ejercitare sus facultades de autotutela sobre bienes del dominio privado del Estado sería un acto administrativo manifiestamente ilegítimo: habría ahí una obvia desviación de poder, especie del género exceso de poder¹².

Por lo tanto, y siguiendo el criterio del citado catedrático, en los casos de desocupación de los bienes del dominio privado del Estado, no se reconoce la posibilidad de la ejecución forzosa del acto administrativo que así la hubiese ordenado, ya que se considera que los bienes del dominio privado, al no estar destinados al uso común o servicio público, carecen de esa finalidad que impone su inmediata protección por parte de la propia Administración. Tratándose de bienes del dominio privado, el conflicto por su titularidad o uso, debe ser resuelto por vías judiciales.

En efecto, desde hace tiempo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo ocasión de decir que, "no habiéndose probado el dominio público indubitable que pudiera corresponder a la Provincia sobre el terreno en cuestión, ni por razón de su naturaleza (lecho del río), ni por su uso inmemorial, ni por afectación administrativa, no pudo aquélla por simple procedimiento administrativo y como consecuencia de facultades propias en materia de dominio público, proceder a la desocupación del terreno por la fuerza pública y así debe prosperar el interdicto de recobrar la posesión"¹³.

Al respecto cabe analizar, cuáles son las vías judiciales posibles.

La decisión de desocupar un bien de dominio privado es la culminación de un procedimiento administrativo que la Administración inicia cuando considera que existen motivos para ello. Su actuación debe respetar los principios que informan todo procedimiento administrativo y se expresa en el acto administrativo que, en principio, goza de presunción de legitimidad y ejecutoriedad en los términos del art. 12 de la ley 19.549, de procedimiento administrativo. Sin embargo, a diferencia del acto administrativo que la Administración emite con relación a un bien del dominio público,

¹² CS SFe, 7/7/94, DJ, 1995-2,567; MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 324.

¹³ Fallos, 171:267; 141:307; conf. MARIENHOFF, *Tratado. Parte general*, t. V, p. 257.

en este caso, el acto administrativo no tiene la posibilidad de ser ejecutado mediante coacción forzosa respecto de la persona o bienes del particular y, por lo tanto, corresponde solicitar al juez la ejecución de este acto, ante el incumplimiento de su destinatario¹⁴.

La ley nacional 17.091 ha previsto precisamente un modo de ejecución de la decisión administrativa ante el poder judicial. En efecto, en dicha ley se estableció que en los casos de concesión de inmuebles de propiedad del Estado, una vez vencido el plazo o declarada la rescisión por la autoridad administrativa, el concesionario debe restituir el inmueble en el plazo de diez días y, en caso contrario, la Administración podrá requerir a la justicia el inmediato desalojo del concesionario o de cualquier otro ocupante. Aclara la norma que, "efectuada la presentación requerida, los jueces, sin más trámite, ordenarán el lanzamiento con el auxilio de la fuerza pública, sin perjuicio de las acciones de orden pecuniario que pudieran corresponder a ambos contratantes" (ley 17.091).

Esta norma ha recibido su crítica y su defensa en la doctrina¹⁵, mientras que la Corte Suprema de Justicia de la Nación la declaró constitucional. Al respecto destacó que no es inconstitucional el procedimiento instituido por el art. 1º de la ley 17.091 para que la Administración recupere, sin debate judicial, los bienes a que se refieren las concesiones o permisos de uso concedidos a los particulares: esto es así, conforme reiterada doctrina de la Corte, aplicable también cuando los bienes objeto de la concesión estuvieran directamente afectados a un servicio público, toda vez que así se justifica la existencia del régimen de excepción regulado y que, como tal, ha de ser de aplicación restrictiva¹⁶.

Al respecto, GRECCO aclara que el acto administrativo que dispone la rescisión de la concesión debe presumirse legítimo y produce por sí solo la obligación de cumplir su mandato. Es al interesado discrepante con su legitimidad a quien incumbe atacarlo promoviendo la pertinente impugnación, sea en sede administrativa, bien mediante la vía judicial. Este autor concluye diciendo que no se trata de que el ordenamiento niegue la posibilidad de un proceso judicial al particular afectado sino que simplemente remite este proceso al carril normal de impugnación del acto administrativo y

¹⁴ CContAdm y Trib CABA, Sala II, 20/5/10, "B., S. G., y otros c/GCBA s/otros procesos incidentales", expte. 35.594-1, mayoría de los doctores CENTANARO y WEINBERG.

¹⁵ GRECCO, *Autotutela administrativa y proceso judicial*, LL, 1980-B-216, en réplica a LEZANA, *Una ley que debe derogarse: la ley 17.091*, LL, 1980-A-879; GALLI BASUALDO, *La autotutela en el dominio público*, JA, 2010-III-1246.

¹⁶ Fallos, 305:932.

que en su caso es posible concretar la suspensión del acto mediante una providencia cautelar que así lo disponga¹⁷.

La ley 21.993 declaró a la Municipalidad de Buenos Aires y sus entes descentralizados y autárquicos comprendidos en las disposiciones de la ley 17.091, si bien con posterioridad a su autonomía la Ciudad de Buenos Aires sancionó su Código Contencioso Administrativo y Tributario, en el cual se previó una norma similar para la desocupación de bienes del dominio privado de la ciudad, que ocasionó debates judiciales que terminaron con la modificación de la norma.

En efecto, la norma establecía, al igual que la ley 17.091, que la autoridad administrativa "debía" requerir judicialmente el desalojo y el tribunal, verificados los recaudos de vencimiento del plazo o de la rescisión, "sin más trámite" ordenaba el lanzamiento, es decir se entendía que ello ocurría sin escuchar previamente a la demandada en sede judicial.

A partir de los argumentos de las sentencias que declararon inconstitucional a dicha norma¹⁸, ésta fue modificada en el sentido de que "la autoridad administrativa, puede requerir judicialmente el desalojo del/la o de los/las ocupante/s. En tal caso, el tribunal, previa acreditación del cumplimiento de los recaudos establecidos en el párrafo anterior, corre traslado por diez días perentorios a la parte demandada. Vencido este término, el tribunal, cumplidas las medidas para mejor proveer que pueda haber dispuesto, llama autos para sentencia, la que debe dictarse dentro de los cuarenta días" (art. 1º, Cód. ContAdm y Tributario, según ley 2555).

Al respecto, si bien el argumento principal de las sentencias, para declarar la inconstitucionalidad de la norma fue que el procedimiento judicial, tal como surgía de la norma, afectaba el derecho de defensa del demandado, ya que se disponía el lanzamiento "sin más trámite", la posibilidad del Tribunal de escuchar a la demandada, confiriéndole un traslado de la pretensión de la Administración, no se encontraba vedada por la expresión "sin más trámite" de la norma, teniendo en cuenta las facultades ordenatorias e instructorias del tribunal, en los términos del art. 29, inc. 2, del propio Cód. Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

¹⁷ GRECCO, *Autotutela administrativa y proceso judicial*, LL, 1980-B-230.

¹⁸ CContAdm y Trib, Sala II, 9/4/02, "Comisión Municipal de la Vivienda c/Saavedra, Felisa A., y otros s/desalojo", c. 2787; TS CABA, 7/10/02, "Comisión Municipal de la Vivienda c/Saavedra, Felisa y otros s/desalojo. Recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. 1556/02.

Por otro lado, y tal como lo explicó en disidencia el doctor CENTANARO, "si la demandada, debidamente notificada de la resolución que dispuso la rescisión del boleto de compraventa e intimada a la desocupación y restitución del bien, consintió la misma, al dejar transcurrir los plazos legales sin interponer contra ella recurso administrativo alguno, ni impugnarla judicialmente, ello corrobora la inexistencia de lesión constitucional alguna, pues la accionada tuvo ocasión de ejercer su derecho de defensa en tiempo oportuno y no lo hizo"¹⁹.

En efecto, este análisis apunta a la cuestión central del conflicto jurídico, sobre la presunción de validez del acto administrativo y su ejecutoriedad dispuesta judicialmente.

Al respecto, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, si bien dejó firme el fallo de la mayoría de la Cámara que dispuso la inconstitucionalidad del art. 463 del Cód. Contencioso Administrativo y Tributario, de los votos de los doctores CASÁS y MUÑOZ surge una clara comprensión de las normas en debate.

Allí se sostiene que, "en la ley nacional, la autotutela especial que ella confiere se basa en la naturaleza de las relaciones jurídicas, fundamentalmente en la forma de otorgar el uso de los bienes (públicos o privados) del Estado. Por eso la ley comprende a todas las concesiones otorgadas sobre esos bienes... Las normas locales regulan de manera diferente el ejercicio de la autotutela en función de la naturaleza de los bienes. El art. 12 de la ley de procedimientos faculta el uso de la fuerza cuando deba protegerse el dominio público o desalojar o demoler edificios que amenacen ruina... El art. 463 del Cód. Contencioso Administrativo y Tributario regula los alcances de la facultad de autotutela necesarios para la protección de los bienes del dominio privado del estado... Consecuentemente ni la descalificación constitucional del art. 463 ni su justificación pueden derivarse en la mecánica remisión a la ley 17.091, ni de la naturaleza de los bienes protegidos... El principio de autotutela no reduce su aplicación a ciertos ámbitos de la actividad administrativa ni a la protección de los bienes del dominio público. Por el contrario, opera como fundamento de un sistema general que faculta a la administración a definir unilateralmente, y sin necesidad de una previa intervención judicial, las situaciones de hecho dictando los actos administrativos que resulten necesarios (art. 12, ley de procedimientos administrativos)... Si bien no pueden negarse la existencia ni la legitimidad del principio de autotutela éste debe operar respetando los límites que le fija la Constitu-

¹⁹ CContAdm y Trib, Sala II, 9/4/02, "Comisión Municipal de la Vivienda c/Saavedra, Felisa A., y otros s/desalojo", c. 2787, sent. 1788, disidencia del doctor CENTANARO.

ción y el necesario respeto de los derechos individuales... En este sentido, el principio de autotutela que implica la facultad de que la administración resuelva las situaciones que se le presentan sin necesidad de requerir la intervención judicial, encuentra su adecuado y necesario correlato en la facultad que el ordenamiento confiere a los jueces de ejercer una adecuada y oportuna tutela cautelar... El equilibrio entre estos principios es el que permite asegurar el derecho de defensa"²⁰.

En consecuencia, la obligación del Estado de proteger sus bienes, sean éstos del dominio público o privado, dado que los bienes estatales, en ambos casos, están destinados al cumplimiento de fines de interés general, impone aceptar un procedimiento judicial rápido y efectivo a fin de recuperar los bienes ocupados, una vez determinada la ocupación indebida. Por lo tanto, no resulta conveniente aplicar las normas civiles y equiparar los procedimientos judiciales referidos a los bienes de los particulares cuando se trata de bienes estatales, sean públicos o privados.

Sin embargo, en muchos casos entran en debate, por un lado, las facultades de autotutela del Estado, y, por otro, la situación de las personas que viven o pernoctan en bienes del dominio público, incluso inmuebles expropiados, no afectados aún al uso público, de dudoso carácter público, cuando el Estado a pesar de que puede actuar por sí mismo, con uso de la coacción, igualmente solicita la intervención judicial para obtener el desalojo, por cuanto debe utilizar la coacción contra las personas o sus bienes²¹.

En efecto, en estos casos también hay que compatibilizar los derechos de las personas en situación de calle, a fin de que sea reconocida la protección constitucional que emana de los pactos internacionales incorporados en el art. 75, inc. 22, de nuestra Constitución²².

²⁰ TS CABA, 7/10/02, "Comisión Municipal de la Vivienda c/Saavedra, Felisa, y otros s/desalojo. Recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. 1556, en el cual los jueces CASÁS y MUÑOZ, además, dijeron que, "en el caso, en cambio, la autotutela declarativa comprende una declaración equivalente a la sentencia de desalojo, requiriendo la intervención judicial al solo efecto del lanzamiento. Como es natural esta situación, cuya constitucionalidad fue reconocida en numerosos precedentes, requiere por lo menos dos cosas: a) preservar el rol institucional del Poder Judicial, b) que exista un interés público directamente comprometido que justifique esta forma especial protección. En el caso, no se cumple con el primer requisito, lo cual resulta suficiente para descalificar el precepto cuestionado".

²¹ Así resulta del ya citado fallo en CS SFe, 7/7/94, "Municipalidad de Rosario. Orden de allanamiento calle Lima", DJ, 1995-2-567, pues se trataba de una orden de allanamiento. Ver, también, Fallos, 295:1005, que excluye del régimen de la ley 17.091 las locaciones de los bienes del dominio privado.

²² SAMMARTINO, *El régimen del dominio público y sus implicaciones procesales*, en Universidad Austral, "Jornadas sobre Organización Administrativa", p. 888 y 889.

En consecuencia, tratándose de bienes del dominio privado, si bien el Estado puede emitir el acto administrativo que decide la desocupación del bien, siempre se requiere la intervención judicial para solicitar la ejecución coactiva del acto. En cambio, si se trata de la desocupación de un bien del dominio público, en primer lugar, tal carácter no debe ser dudoso, y en segundo término, podrá el propio Estado ejercer la ejecución coactiva, con respeto de los derechos protegidos, o bien solicitar la intervención judicial.

Tales aspectos deberán ser claramente regulados a fin de lograr una adecuada tutela de los bienes estatales que evite la progresiva degradación en lo que se refiere a su uso común y función de interés social²³. Cabe tener en cuenta, particularmente, que deberá evitarse el uso abusivo de algunas personas en desmedro del uso general e interés público del resto de la comunidad.

CAPÍTULO VII

NORMAS SOBRE USO, ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE BIENES INMUEBLES

A) NORMAS ADMINISTRATIVAS

§ 28. **NACIONALES.** – La Constitución nacional establece en su art. 4° que el Tesoro nacional se forma con el producto, entre otros, de la venta o locación de tierras de propiedad nacional y, por lo tanto, con esta finalidad se ha reglamentado particularmente la venta y transferencias de inmuebles del dominio privado del Estado, mediante varias leyes desde el inicio de nuestra formación como Nación, tal como se ha mencionado en el § 4, pero no se ha sancionado aún una ley que establezca el régimen jurídico de los bienes del Estado. Al respecto también cabe recordar que, según el art. 75, inc. 5°, de la Const. nacional, corresponde al Congreso de la Nación disponer del uso y de la enajenación de las tierras de propiedad nacional. La ley de administración financiera 24.156, promulgada en 1992, estableció en su art. 135 que el Poder Ejecutivo nacional (PEN) debía presentar al Congreso un Proyecto de ley sobre contrataciones del Estado y otro sobre administración de bienes del Estado¹.

Si bien en 2001 se aprobó el régimen de contrataciones, mediante el decr. delegado 1023/01, que derogó el cap. VI de la anterior ley de contabilidad (decr. ley 23.354/56), por el contrario, aún no se sancionó la ley de bienes del Estado, deuda pendiente, estando así vigente el cap. V de la citada ley de contabilidad (“De la gestión de los bienes del Estado”), con normas insuficientes.

²³ Conf. GRECCO, *El ocaso de la dogmática tradicional del dominio público*, en Universidad Austral, “Jornadas sobre Organización Administrativa”, p. 827.

¹ Ver, en general, MERTEHKIAN, *Reflexiones acerca de la administración financiera*.

En efecto, de esta antigua ley de contabilidad sólo rigen los arts. 51 y 53.

El art. 51 le atribuye al Ministerio de Hacienda la competencia para administrar los bienes inmuebles del Estado, pero —aclara— “cuando no corresponda a otros organismos estatales”, lo cual actualmente debe relacionarse con la creación del Organismo Nacional de Administración de Bienes del Estado (Onabe)². El art. 53, en cambio, le atribuye competencia a la autoridad superior de cada poder del Estado para conceder en uso precario y gratuito inmuebles afectados a su jurisdicción, cuando no tengan destino útil a favor de otros organismos públicos o privados para el cumplimiento de fines de interés general.

Sin embargo, estas normas han sido complementadas por otras que constituyen un conjunto complejo de leyes y disposiciones, de las cuales comentaremos las más relevantes.

Así, el dechr. 2045/80 reglamenta la gestión del patrimonio inmobiliario fiscal.

En su art. 1º dispone la intervención obligatoria de la Secretaría de Estado de Hacienda, dependiente del Ministerio de Economía, por medio de la Administración General de Inmuebles Fiscales, en toda medida de gobierno que implique, con relación a los inmuebles estatales, ya sea a título oneroso o gratuito, la celebración de los siguientes actos: a) adquisición o enajenación; b) constitución, transferencia, modificación o extinción de otros derechos reales o personales, y c) asignación o transferencia de uso.

En el art. 2º se aclara qué debe entenderse por “bienes sin destino”. Así, dice la norma, “se considerarán inmuebles ‘sin destino’ en los términos del art. 51 de la ley de contabilidad y art. 4º del dechr. 3660/61, los inmuebles que carecen de afectación y los que no sean necesarios para la gestión específica del servicio al que están afectados. Se considerarán incluidos en el concepto de inmuebles ‘sin destino’ los utilizados parcialmente en la parte que no lo fueran, los arrendados a terceros, aquellos afectados a planes futuros que no cuenten con financiamiento aprobado para su realización y los concedidos en uso precario a las entidades previstas en el art. 53 de la ley de contabilidad, cuando el organismo de revista no hubiera reasumido su uso dentro de los cinco años a contar desde la fecha del respectivo acto autoritativo. La Administración General de Inmuebles Fiscales queda facultada para efectuar la men-

² El Onabe (Organismo Nacional de Administración de Bienes), en la órbita de la Secretaría de Obras Públicas, creado por dechr. 443/00, reemplazó las funciones de la Dirección Nacional de Bienes del Estado, que dependía de la citada Secretaría de Hacienda.

sura y el deslinde de los inmuebles utilizados parcialmente. Los inmuebles ‘sin destino’, una vez labrada el acta prescripta por la reglamentación del art. 100 de la ley de contabilidad, serán registrados en jurisdicción de la Secretaría de Estado de Hacienda - Administración General de Inmuebles Fiscales hasta tanto se disponga su enajenación o reasignación a otro organismo. Cuando motivos de índole práctica lo aconsejen la Secretaría de Estado de Hacienda podrá disponer que el organismo denunciante mantenga la administración del inmueble hasta que se decida sobre su ulterior destino”.

Esta disposición es importante, pues define la condición del inmueble “sin destino” como aquel que no tiene afectación o que no resulta necesario para la gestión específica y que precede a la posibilidad de la enajenación que reglamenta la ley 22.423.

En efecto, dicha ley faculta al Poder Ejecutivo para vender los inmuebles del dominio privado del Estado nacional que no sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones, por intermedio de la Secretaría de Estado de Hacienda.

La norma establece que las ventas inmobiliarias se efectuarán mediante remate público, salvo en aquellos casos en que se considere mejor el procedimiento de licitación pública.

Por otra parte, se podrá vender de manera directa a: a) ocupantes, con exclusión de los que detentaren el bien como consecuencia de un acto ilícito penal³; b) propietarios de inmuebles linderos de sobrantes urbanos o no aptos para la explotación económica en la zona rural; c) cooperativas de viviendas u otras entidades sin fines de lucro que los adquieran con el objeto de construir viviendas para sus asociados; d) asociaciones y fundaciones previstas en el art. 33, inc. 1º, párr. 2º, del Cód. Civil con destino exclusivo al cumplimiento de sus fines estatuarios, y e) entidades beneficiarias de leyes de fomento con respecto a inmuebles que resulten necesarios para el desarrollo de la actividad legalmente promocionada.

La ley reglamenta estas ventas y también deja vigentes los regímenes especiales estatuidos por las leyes 12.737, 14.135, 20.455 y 20.456.

Por último, contempla la reforma introducida por la ley 23.697, indicando que las entidades autárquicas nacionales, empresas y sociedades del Estado encomendarán la venta de los inmuebles a ellas

³ Ver CNContAdmFed, Sala II, 18/8/92, “De Lorenzo Francisco c/Estado nacional s/nulidad de resolución”, SA/J, A0021285, donde se sostuvo que “la ley 22.423 sólo confiere una facultad al PE, pero de ello no deriva ningún derecho a favor del ocupante del inmueble. Siendo ello así, el actor no tiene ningún derecho para obligar al Estado nacional a venderle en forma directa el inmueble que ocupa”.

afectados, que resulten innecesarios para su gestión, a la Secretaría de Hacienda, la cual imputará los importes que recaudare por dicho concepto a los recursos de la entidad. Esta modalidad será optativa para aquellas entidades que posean por sus estatutos capacidad para la realización de enajenaciones inmobiliarias. También se indica que, previo a tramitar una adquisición de inmuebles, estos organismos deben requerir a la Secretaría de Hacienda sobre la existencia de inmuebles disponibles.

Por lo tanto, y como ya se expresó al comentar el decr. 2045/80, la ley 22.423 supone la existencia de bienes innecesarios para el funcionamiento del organismo estatal, siendo esta calificación una condición para su venta.

Al respecto, se observa que determinar si el inmueble es o no necesario para el funcionamiento del organismo depende de la decisión del propio organismo, el cual, por lo general, es renuente a desprenderse de sus activos, y tampoco se encuentran reglamentadas alternativas de administración de los bienes inmuebles "innecesarios", superadoras de la enajenación. En los años noventa, con la sanción de las leyes de reforma administrativa y económica 23.696 y 23.697, se puso en ejecución la política de venta de activos e inmuebles en particular⁴.

Por otra parte, la ley 24.146 dispuso la transferencia a título gratuito a favor de provincias, municipios y comunas, de bienes inmuebles innecesarios para el cumplimiento de sus fines o gestión de la Administración pública nacional, sus empresas o entes descentralizados o de otro ente donde el Estado nacional tenga participación total o mayoritaria de capital o en la formación de las decisiones societarias, en los términos previstos en el art. 60 de la ley 23.697, en los casos y con el alcance que se especifican en la ley (art. 1°). Sin embargo esta ley ya no está vigente, dado que su última prórroga venció en 2003⁵.

Todas las normas mencionadas están referidas básicamente a gestión de venta de bienes denominados innecesarios, en atención a que toda la regulación está dirigida a la enajenación o transferencia de bienes.

⁴ El decr. 407/91 regula los arts. 60 y 61 de la ley 23.697, denominada "de emergencia económica", relacionados con la venta de inmuebles fiscales innecesarios para el cumplimiento de las funciones estatales o de la gestión de sus entes descentralizados, destacándose que las ventas de los inmuebles podían ser efectuadas exclusivamente por licitación o remate público (art. 4°).

⁵ Esta ley fue posteriormente modificada por la ley 24.383 y mediante el decr. 1247/00 se estableció el 31 de diciembre de 2003 como última prórroga para la instrumentación de la ley.

En cambio, queda aún por definir, de modo orgánico, el régimen jurídico de los bienes inmuebles del Estado y de otras formas contractuales para su administración y disposición.

Al respecto, cabe señalar que el régimen de contrataciones del Estado aprobado por decr. 1023/01 regula el procedimiento de la contratación en general, pero no establece particularmente el régimen jurídico de los bienes privados del Estado.

Allí se establece que el régimen de contrataciones se aplicará a los contratos de locaciones, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes de dominio público y privado del Estado nacional que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y "a todos aquellos contratos no excluidos expresamente".

Se trata de una regulación legal de las contrataciones, pero no de las demás cuestiones en debate, referidas al régimen de los bienes públicos o privados del Estado.

Por último, en cuanto a las adquisiciones de inmuebles, cabe recordar que la ley nacional de expropiaciones establece que pueden ser objeto de expropiación todos los bienes convenientes o necesarios para la satisfacción de la "utilidad pública", cualquiera que sea su naturaleza jurídica, pertenezcan al dominio público o al dominio privado, sean cosas o no (art. 4°, ley 21.499), permitiendo dicha norma la expropiación de inmuebles no sólo de particulares, sino también de provincias o municipios titulares de estos bienes.

§ 29. **CIUDAD DE BUENOS AIRES.** - La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, sancionada en 1996, contiene normas de protección de los bienes públicos (art. 27) y para la política habitacional auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos (art. 31, inc. 2°). También establece que corresponde a la Legislatura de la Ciudad legislar en materia de bienes públicos (art. 80, inc. 2°).

En efecto, la Legislatura califica de utilidad pública los bienes sujetos a expropiación y regula la adquisición de bienes (art. 80, inc. 9°) y acepta donaciones y legados con cargo (art. 80, inc. 16). Con mayoría de dos tercios dispone la desafectación del dominio público, la disposición de bienes inmuebles de la Ciudad (art. 82, inc. 4°) y aprueba toda concesión, permiso de uso o constitución de cualquier derecho sobre inmuebles del dominio público de la Ciudad por más de cinco años (art. 82, inc. 5°).

Además, se determina que tienen procedimiento de doble lectura los proyectos sobre la desafectación de los inmuebles del dominio público y todo acto de disposición de éstos (art. 89, inc. 4°), como toda concesión, permiso de uso o constitución de cualquier

derecho sobre el dominio público de la Ciudad (art. 89, inc. 5°). Este procedimiento de doble lectura requiere también la convocatoria a audiencia pública para que los interesados puedan formular observaciones (art. 90, inc. 3°).

La primera Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires abordó, como uno de los principales problemas de la Ciudad, la situación de los inmuebles expropiados en la traza de la ex autopista AU 3 y la ocupación irregular de tales inmuebles. Al efecto sancionó la ley 8, que creó una comisión encargada de formular la solución definitiva para la problemática habitacional de las familias residentes en inmuebles del Gobierno Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires y suspendió los desalojos de los inmuebles, salvo los que no tuvieran destino de vivienda. Posteriormente, se sancionó la ley 324, que estableció un programa para dar solución habitacional a las familias que cumplieran ciertos requisitos, como también una propuesta de rezonificación de la zona. Finalmente, la ley 3396 dispuso nuevas normas urbanísticas para la zona y reglamentó las soluciones habitacionales.

También la Legislatura de la Ciudad sancionó la ley 2095, de compras y contrataciones de la Ciudad. Es similar al régimen de contrataciones de la Nación y, en igual sentido, quedan comprendidos en sus disposiciones los contratos referidos a compra de inmuebles, locaciones, alquileres con opción a compra, permisos y concesiones de bienes del dominio público y privado del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Ciudad.

Otra norma sancionada por la Legislatura de la Ciudad es la ley 1251, por la cual se crea el Instituto de la Vivienda (IVC), que es una entidad autárquica continuadora de la anterior Comisión Municipal de la Vivienda. Lo interesante de esta norma es que dispone crear el Banco de Tierras e Inmuebles, conformado por las tierras e inmuebles que el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Estado nacional, provincial o municipal o entidades privadas transfieran al IVC y que sean aptos para la construcción o uso de vivienda (texto según ley 1555, art. 1°).

Por último, la ley 470 creó la Corporación del Sur, sociedad del Estado para desarrollar actividades de carácter industrial, comercial y explotar servicios públicos con el objeto de favorecer el desarrollo humano, económico y urbano integral de la zona y a tal fin se autoriza al Poder Ejecutivo a disponer la transferencia a la Corporación Buenos Aires Sur SE de los inmuebles de dominio privado de la Ciudad de Buenos Aires ubicados en el área de competencia delimitada en el art. 1° de la ley, bajo el régimen de fideicomiso establecido por la ley nacional 24.441 y normas concordantes.

Éstas son algunas de las normas más importantes sancionadas por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires que se refieren a los bienes del dominio privado de la Ciudad.

Por otra parte, rigen en la Ciudad las normas que fueron aplicables a la Municipalidad de Buenos Aires y que no fueron modificadas por normas posteriores de la Legislatura⁶.

Entre las normas anteriores a la Constitución de la Ciudad más interesantes puede citarse la ley 19.234, referida a la compraventa de inmuebles, por la cual la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires tendrá derecho preferente para la adquisición de bienes inmuebles con superficie superior a 3.000 m² ubicados en la Capital Federal, de propiedad del Estado nacional, afectados a organismos de la administración centralizada o descentralizada, cuando se decida su enajenación.

Asimismo, en cuanto a locaciones, la ord. 39.921 facultó al Departamento Ejecutivo a convenir la locación de los bienes inmuebles pertenecientes al dominio privado de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y que fueron originalmente expropiados para la realización de las autopistas urbanas AU 3 central, AU5 transversal y AU 7 occidental, y estableció las condiciones y modalidades de la contratación.

Como se advierte, estas pocas normas no alcanzan a diseñar un régimen jurídico de los bienes de la Ciudad de Buenos Aires.

§ 30. **PROVINCIA DE BUENOS AIRES.** — En este ámbito, mediante el decr. ley 9533/80 se establece el régimen de los inmuebles del dominio municipal y provincial.

En el tit. I, cap. I, se trata de los inmuebles municipales y allí se determina que constituyen bienes del dominio público municipal las calles o espacios circulatorios, ochavas, plazas y espacios verdes o libres públicos que se hubieren incorporado al dominio provincial con anterioridad a esta ley y los inmuebles que en el futuro se constituyan para tales destinos, en virtud de lo dispuesto por la ley 8912, de ordenamiento territorial y uso del suelo (art. 1°), como también las reservas fiscales de uso público que se hubieren cedido a la provincia en cumplimiento de normas sobre fraccionamiento y creación de pueblos, como también las que se constituyan para equipamiento comunitario de acuerdo a la ley 8912 (art. 2°).

⁶ Conf. art. 140 y cláusula provisoria 23 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Por ejemplo, la ley 17.091, aplicable a la Municipalidad de Buenos Aires, según ley 21.993, fue modificada por el art. 463 del Cód. Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad.

En cambio, se aclara que constituyen bienes municipales, como dominio privado, los inmuebles pertenecientes al Estado por dominio eminente o vacancia, de acuerdo con el art. 2342, incs. 1º y 3º, parte 1ª, del Cód. Civil, y los excedentes o sobrantes cuyo carácter fiscal subsiste de acuerdo con lo establecido en dicha ley (art. 4º).

En tal sentido se faculta al Poder Ejecutivo para disponer la transferencia de otros bienes incorporados o a incorporarse al dominio fiscal por causas análogas a las previstas en los artículos precedentes, y cuya utilización no fuere necesaria para el cumplimiento de finalidades propias de la provincia (art. 5º).

Se prevé que las municipalidades deberán disponer la venta de todos aquellos inmuebles de su dominio privado que no fueren necesarios para el cumplimiento de fines estatales y que las reservas fiscales cedidas al Estado en cumplimiento de normas sobre fraccionamiento sólo podrán ser enajenadas en caso de justificarse la imposibilidad o inconveniencia de asignarles el destino previsto u otro compatible. En el supuesto de disponerse su venta, los fondos que se obtengan deberán aplicarse prioritariamente a la adquisición de fracciones destinadas a obras o servicios de equipamiento comunitario o para espacios libres o verdes públicos (art. 7º).

Sobre la desafectación de bienes del dominio público municipal se dispone que podrá efectuarse cuando así corresponda y resulte más conveniente a los intereses de la comunidad, y con observancia de las limitaciones que resulten de la ley de ordenamiento territorial y uso del suelo u otras leyes específicas (art. 9º).

El cap. II regula las condiciones de demasías, excedentes y sobrantes fiscales indicando el trámite para su reconocimiento a terceros.

Por su parte, el tít. II se refiere a los inmuebles provinciales, quedando excluidos los provenientes de sucesiones vacantes que se regulan por leyes específicas (art. 17). Con relación a la desafectación de inmuebles del dominio público, se determina que, cuando corresponda, será dispuesta por el Poder Ejecutivo; por excepción y a los efectos de su venta, según el régimen previsto en los artículos siguientes, la desafectación podrá efectuarla directamente el organismo de aplicación (art. 19).

En cuanto a la venta de los inmuebles incorporados al dominio privado provincial, se aclara que podrán ser enajenados por el organismo de aplicación, en la forma y condiciones que dispone la ley, salvo que se encuentren afectados a un uso o destino específico (art. 20), correspondiendo efectuar la venta en pública subasta o en forma directa en los casos taxativamente permitidos, pudiendo delegarse su ejecución en los organismos y entidades que seguidamente

mente se indican, los que actuarán por cuenta y orden del Estado provincial: a) municipalidades; b) Banco de la Provincia de Buenos Aires, y c) otras instituciones bancarias oficiales (art. 21).

En los arts. 22 a 27 se determinan las condiciones de las ventas y en los arts. 28 a 35 se dispone sobre la concesión de uso.

Se reglamenta, también, la facultad del Poder Ejecutivo de efectuar donaciones de inmuebles del dominio privado del Estado provincial (arts. 39 y 40).

Si bien esta ley resulta bastante completa a los fines de regular la venta, la concesión de uso y donación de los bienes inmuebles, y se refiere a cuestiones como la desafectación de bienes del dominio público, no es suficiente, sin embargo, para constituir un régimen legal que comprenda todos los aspectos en debate.

B) NORMAS CIVILES

§ 31. *CONSIDERACIONES GENERALES.* — Como se anticipa en los § 1 a 4, varias normas del Código Civil se aplican en el derecho administrativo, como los títulos preliminares "De las leyes" y "De los modos de contar los intervalos del derecho" o el capítulo "De las personas en general", por tratarse de normas generales y básicas del derecho, comunes para todas las disciplinas. También se aplican aquellas disposiciones en las cuales el codificador civil expresamente se refirió al derecho administrativo (v.gr., art. 2611). Por último, se aplican las demás normas del Código Civil que puedan servir para resolver una cuestión no prevista en el derecho administrativo. Cabe destacar que la aplicación de la norma civil, en estos casos, debe efectuarse utilizando la analogía como método de interpretación, lo cual significa que la aplicación de la norma no es ni directa ni subsidiaria, dado que debe adecuarse a las características públicas del tema en debate y a los principios del derecho administrativo⁷. Es el criterio que surge del propio art. 16 del Cód. Civil, ya que, si bien esta norma se refiere a una "cuestión civil", del mismo modo puede resolverse para la "cuestión administrativa"⁸.

⁷ Ver Fallos, 190:151.

⁸ Al respecto, también cabe señalar lo dispuesto por el art. 1502 del Cód. Civil, que establece que "los arrendamientos de bienes nacionales, provinciales o municipales, o bienes de corporaciones, o de establecimientos de utilidad pública, serán juzgados por las disposiciones del derecho administrativo o por las que le sean peculiares" y que "sólo en subsidio lo serán por las disposiciones de este Código". Debe entenderse que "en subsidio", significa "ante la falta de otras normas", pero ello no cambia que el método interpretativo sea el de la analogía.

§ 32. *COMENTARIO DE LAS PRINCIPALES NORMAS QUE SE APLICAN A LOS BIENES ESTATALES.* — En este aspecto se seguirá un orden numérico, dentro de cierta lógica.

El art. 33 de Cód. Civil establece que el Estado nacional, las provincias y los municipios son personas jurídicas de carácter público y esta condición las convierte en sujeto de derecho a los fines de adquirir derechos y contraer obligaciones. En la nota a este artículo, Vélez Sársfield aclara que “las leyes de la Nación reconocen en los Estados, derechos exclusivos sobre bienes y territorios, y los distinguen de las propiedades nacionales. Las leyes provinciales por otra parte, clasifican y determinan los bienes que sean municipales, distintos de los bienes del gobierno del Estado, residiendo el dominio y la administración en las respectivas municipalidades”.

En materia de compensación de deudas, se determina que la deuda de un particular proveniente de remates de cosas del Estado no puede ser compensada con un crédito contra el Estado (art. 823, Cód. Civil).

Con relación al objeto de los actos jurídicos, el art. 953 determina, en lo que aquí interesa, que el objeto de los actos jurídicos debe ser cosas que estén en el comercio, y el art. 1327 que pueden venderse todas las cosas que pueden ser objeto de los contratos, aunque sean cosas futuras, siempre que su enajenación no sea prohibida, debiendo relacionarse estas normas con los arts. 2336, 2337 y 2338, que se analizan más adelante y que fueron motivo de comentarios especiales en los capítulos precedentes.

En relación con el contrato de compraventa el art. 1324, inc. 1º, impone la obligación de vender cuando hay derecho en el comprador de comprar la cosa por expropiación, por causa de utilidad pública. Aclara VÉLEZ SÁRSFIELD, en la nota a este artículo, que la ley especial fijará todas las condiciones de la expropiación, para determinar y pagar el precio, como también lo que ha de expropiarse.

Entre las compras prohibidas están la de los empleados públicos, de los bienes del Estado, o de las municipalidades, de cuya administración o venta estuviesen encargados, la de los ministros de Gobierno, de los bienes nacionales o de cualquier establecimiento público, o corporación civil o religiosa, y la de los ministros, secretarios de los gobiernos de provincia, de los bienes provinciales o municipales, o de las corporaciones (art. 1361, incs. 5º y 7º).

Pueden cederse derechos o acciones sobre una cosa que se encuentra en el comercio (art. 1444) y no pueden permutarse las cosas que no pueden venderse (art. 1490), debiendo también

estas normas relacionarse con los arts. 2336 a 2338 ya mencionados. También están prohibidas las cesiones de derechos con relación a administradores y funcionarios públicos (arts. 1442 y 1443).

En cambio, se destaca que pueden ser dadas en arrendamiento las cosas que estén fuera del comercio, o también aquellas que no pueden ser enajenadas, o que no pueden enajenarse sin previa licencia o autorización, salvo que estuvieran fuera del comercio por nocivas al bien público, u ofensivas a la moral y buenas costumbres (art. 1501).

En la nota a este artículo el codificador aclara que “hay cosas que no son susceptibles del contrato de venta, y que lo son del de locación, por ejemplo, algunos bienes del dominio público. No se puede, sin duda, alquilar las cosas que están en el dominio público, como las plazas, los caminos, etcétera. Pero sucede muchas veces que los pueblos alquilan provisoriamente algunos lugares necesarios para objetos útiles a los viajeros o transeúntes que se estacionan sobre la vía pública; mas estas concesiones deben siempre hacerse de modo que no impidan el uso libre del camino, o de la plaza”.

Es decir que, si bien las cosas que están fuera del comercio pueden ser dadas en arrendamiento, en el caso de los bienes del dominio público se trata de “concesiones”, en la palabra usada por el codificador en la nota.

Por otra parte, y tal como señala CENTANARO, el objeto de la locación resulta ser más amplio que el de los contratos en general, dada la limitación que contempla el art. 953 ya citado⁹, y ello se explica dado que la locación es solamente un acto de administración y no de disposición.

En cuanto a los arrendamientos de los bienes nacionales, provinciales o municipales, o bienes de corporaciones o establecimientos de utilidad pública, serán juzgados por las disposiciones del derecho administrativo o por las que le sean peculiares y sólo en subsidio lo serán por las disposiciones del Código Civil (art. 1502)¹⁰.

Esta disposición se refiere a los casos en que el Estado es locador. Sin embargo, aun si el Estado fuera locatario en bienes privados de particulares, igualmente se aplicarían normas del derecho

⁹ Cfr. CENTANARO, *El contrato administrativo y su relación con las normas civiles*, conferencia en la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, 6/8/10.

¹⁰ Sobre el alcance del término “en subsidio”, cabe recordar que debe entenderse que significa “ante la falta de otras normas”, pero ello no cambia que el método interpretativo sea el de la analogía.

administrativo, por cuanto se trataría siempre de un contrato con determinadas cláusulas, en muchos aspectos ajenas al derecho privado¹¹.

En cuanto al comodato, el art. 2261 sólo prohíbe prestar cualquier cosa para un uso contrario a las leyes o buenas costumbres o "prestar cosas que estén fuera del comercio por nocivas al bien público". En cambio, se prohíbe prestar cosas a todos los administradores de bienes ajenos, públicos o particulares, que estén confiados a su administración, a menos que sean autorizados a hacerlo por poderes especiales (art. 2262).

Los arts. 2336 a 2338 disponen sobre la clasificación de las cosas que están en el comercio y fuera del comercio. Así, según el art. 2336, "están en el comercio todas las cosas cuya enajenación no fuere expresamente prohibida o dependiente de una autorización pública". De acuerdo con el art. 2337, "las cosas están fuera del comercio, o por su inenajenabilidad absoluta o por su inenajenabilidad relativa. Son absolutamente inenajenables: 1º) las cosas cuya venta o enajenación fuere expresamente prohibida por la ley; 2º) las cosas cuya enajenación se hubiere prohibido por actos entre vivos y disposiciones de última voluntad, en cuanto este Código permita tales prohibiciones". Por último, de acuerdo con el art. 2338, "son relativamente inenajenables las que necesiten una autorización previa para su enajenación".

Como se analizó y comentó en el § 19, al tratar la enajenación de bienes del dominio público y privado, según la doctrina, los bienes del dominio público se encuentran entre los que están fuera del comercio por su inenajenabilidad absoluta, dado que su venta resulta prohibida por su propio destino al uso común (art. 2341) y los bienes del dominio privado del Estado por su inenajenabilidad relativa, pues dependen para su venta de una autorización pública previa¹².

Por lo tanto, y dado que los bienes estatales —sean del dominio público o del dominio privado— son bienes fuera del comercio, esta

¹¹ "Para configurar un contrato administrativo se requiere que: una de las partes intervinientes sea una persona jurídica estatal, que su objeto esté constituido por un fin público o propio de la Administración y que lleve insertas explícitas o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado" (CSJN, 29/3/90, "Dulcamara SA c/Entel s/cobro de pesos"). En la ley de locaciones 23.091 el Estado nacional, provincial, municipal o el ente autárquico quedan excluidos del plazo mínimo de la locación, cuando sean inquilinos (art. 2, inc. e).

¹² SALVAT aclara que, en estos casos, la enajenación está sujeta a una autorización previa, ya sea de la autoridad judicial, ya de otras autoridades (*Tratado. Parte general*, t. I, p. 668).

condición es la que se debe tener presente a la hora de establecer su régimen jurídico.

En los § 3, 6 y 11 a 13 se analizaron los arts. 2339 a 2344, 2347 y 2348 del Cód. Civil, por lo cual se remite a ellos para el comentario de estas normas.

Por otra parte, el art. 2400 fue comentado en el § 20, al tratar el tema de la prescripción adquisitiva, teniendo en cuenta que, según esta norma, son susceptibles de posesión todas las cosas que están en el comercio, y no lo serían aquellas que están fuera de él.

El art. 2575 establece que, "si lo que confina con el río fuere un camino público el terreno de aluvión corresponderá al Estado, o a la municipalidad del lugar, según que el camino corresponda al municipio o al Estado", pudiendo así el Estado o la municipalidad incorporar a su dominio, que podrá ser público o privado, las tierras de aluvión que se generan entre el camino y el río¹³.

El art. 2637 legisla sobre el curso de las aguas. Las que surgen en los terrenos de particulares pertenecen a sus dueños y éstos pueden usar libremente de ellas y cambiar su dirección. En cambio, cuando las aguas constituyen curso de agua por cauces naturales pertenecen al dominio público y no pueden ser alterados.

El art. 2639 impone una limitación al dominio denominada "camino de sirga", estableciendo que los propietarios limítrofes con los ríos o con canales que sirven a la comunicación por agua, están obligados a dejar una calle o camino público de treinta y cinco metros hasta la orilla del río, o del canal, sin ninguna indemnización. Los propietarios ribereños no pueden hacer en ese espacio ninguna construcción, ni reparar las antiguas que existen, ni deteriorar el terreno en manera alguna.

Esta última norma, sin embargo, es motivo de estudio específico que excede el objeto de este trabajo, pero igual se cita por su estrecha relación con el derecho administrativo. En efecto, el propio art. 2611 determina que las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo.

Otra norma interesante es la que prevé que la acción de deslinde en caso de condominio de terrenos, puede dirigirse contra el Estado respecto de los terrenos dependientes del dominio privado.

¹³ UGOLINI - CONTI, *Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Su territorio. Su dominio público*, ED, 31/10/01.

En cambio el deslinde de los fundos que dependen del dominio público corresponde a la jurisdicción administrativa. Es decir que el codificador ha hecho una distinción en torno a la competencia de los tribunales ante quienes ejercer la acción de deslinde cuando el deslinde se persigue con un fundo del dominio público. Si bien la jurisdicción administrativa en época de sanción del Código era desempeñada por los órganos ejecutivos, actualmente se entiende que corresponde a lo contencioso-administrativo, de conformidad con la creación de la justicia administrativa en todo el país¹⁴.

Por otra parte, y con relación al usufructo, el Código establece que no puede constituirse sobre bienes del Estado, o de los Estados o de las municipalidades, sin una ley especial que lo autorice (art. 2839)¹⁵, como tampoco derechos de uso y habitación (art. 2949), siendo acordes estas normas con el carácter de bienes fuera del comercio. Por tal razón, tampoco pueden imponerse servidumbres (art. 3002).

Para constituir hipoteca o anticresis corresponde tener capacidad de enajenar bienes inmuebles (arts. 3119 y 3241) y, por lo tanto, para esta posibilidad deberán cumplirse las mismas condiciones que para la enajenación.

Los arts. 545, 3588, y 3589 se refieren a las herencias, que quedan vacantes por ausencia de herederos, y a la transmisión de los bienes a favor del Estado, los que pasan en carácter de bienes privados.

Al respecto el tema fue analizado en el § 13.

Por último, fueron motivo de estudio en el § 20 tanto el art. 3951 (según el cual el Estado, general o provincial, y todas las personas jurídicas están sometidas a las mismas prescripciones que los particulares, en cuanto a sus bienes o derechos susceptibles de ser propiedad privada, y pueden igualmente oponer la prescripción) como el art. 3952, que establece que "pueden prescribirse todas las cosas cuyo dominio o posesión puede ser objeto de una adquisi-

¹⁴ SALVAT, *Tratado. Derechos reales*, t. I, p. 768.

¹⁵ SALVAT destaca especialmente que esta disposición debe aplicarse tanto a los bienes del dominio público como del dominio privado; en ambos casos el usufructo representa una enajenación parcial de la propiedad que el Estado o la municipalidad tienen sobre ellos y es lógico, por consiguiente, exigir el requisito de la ley especial que autoriza su constitución (*Tratado. Derechos reales*, t. II, p. 31). Para MARIENHOFF, la norma se aplica sólo a los bienes privados, dado que -sostiene- al enajenarse el bien de dominio público, en virtud de la ley, deja de ser tal, por lo que el usufructo no gravaría un bien dominical, sino un bien "privado" (*Tratado. Parte general*, t. V, p. 285).

ción". Asimismo, allí fue estudiado el art. 4019, inc. 1º, según el cual es imprescriptible la acción de reivindicación de la propiedad de una cosa que está fuera del comercio.

Todas estas normas resultan de suma importancia a los fines de determinar el régimen jurídico de los bienes privados que se propone en este trabajo.

CAPÍTULO VIII

RÉGIMEN JURÍDICO COMPARADO

§ 33. *ESPAÑA.* - Al abordar el estudio de la legislación hispana, en cuanto a lo que concierne a este trabajo, corresponde ocuparse del Código Civil, la Constitución de 1978 y la ley 33, de 2003.

a) *CLASIFICACIÓN DE LAS COSAS EN EL CÓDIGO CIVIL.* El Libro II, título II del Código Civil español se refiere a los bienes según las personas a quienes pertenecen y en su art. 338 se establece que "los bienes son de dominio público o de propiedad privada".

Según el art. 339 del Cód. Civil, "son bienes de dominio público: 1. Los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos. 2. Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras que no se otorgue su concesión".

Son bienes de propiedad privada del Estado, en cambio, los que se indican en el art. 340 del Cód. Civil, que dice que "todos los demás bienes pertenecientes al Estado, en que no concurren las circunstancias expresadas en el artículo anterior, tienen el carácter de propiedad privada". Por otra parte, el art. 341 que "los bienes de dominio público, cuando dejen de estar destinados al uso general o a las necesidades de la defensa del territorio, pasan a formar parte de los bienes de propiedad del Estado".

Esta clasificación incluye, por un lado, a los bienes del dominio público -que a su vez comprenden a los destinados al uso común y a los que le corresponden privativamente al Estado, sin ser de uso común, y que están destinados al servicio público- y, por otro lado, a los bienes que le corresponden al Estado en propiedad privada.

Ello en concordancia con lo dispuesto en el art. 345 del Cód. Civil, que establece que "son bienes de propiedad privada, además de los patrimoniales del Estado, de la provincia y del municipio, los pertenecientes a particulares, individual o colectivamente".

Es decir que, según estas normas del Código Civil español, los bienes del Estado son del dominio público o patrimoniales.

Al respecto se ha sostenido tradicionalmente que, mientras los primeros están afectados a un uso o servicio público y, por ende, están fuera del comercio, los bienes patrimoniales no están destinados a fines públicos y su función principal consiste en producir rentas a las Administraciones propietarias, no existiendo una diferencia relevante entre los bienes patrimoniales y la propiedad privada de los particulares¹.

De todos modos, el Código Civil realiza una delimitación negativa de los bienes patrimoniales al definirlos por oposición a los bienes del dominio público, lo cual impone un análisis más exhaustivo sobre sus caracteres, que diferencian el régimen jurídico.

Este régimen ha sido establecido por una legislación específica que se analizará a continuación.

b) *LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978*. Esta reforma constitucional determinó la necesidad de una nueva legislación sobre bienes de las Administraciones públicas, a partir de lo establecido en el art. 132, con relación a la regulación del régimen jurídico de los bienes del dominio público y de los comunales, como también del patrimonio del Estado y del patrimonio nacional.

Por otra parte, con la citada reforma se reconoce la competencia de las comunidades autónomas para regular su propio patrimonio.

Según el art. 132: "1. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación. 2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítima terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. 3. Por ley se regularán el patrimonio del Estado y el patrimonio nacional, su administración, defensa y conservación".

¹ COLOM PIAZUELO, *Las cosas públicas y su régimen jurídico*, en DE REINA TARTIÈRE (coord.), "Dominio público", p. 178, con cita de CHINCHILLA MARÍN, *Los bienes patrimoniales del Estado*, y GONZÁLEZ BUSTOS, *Los bienes del propio patrimonio local y Administración*.

Así, en el art. 132 de la Constitución española (en adelante, CE), se distinguen diferentes tipos de bienes públicos (demaniales -o dominicales-, comunales, patrimoniales y del patrimonio nacional), destacando que -desde un punto de vista subjetivo- todos los bienes públicos, dejando de lado el patrimonio nacional, integran el patrimonio de las correspondientes Administraciones públicas².

Sin embargo, la clasificación primaria en función de su régimen jurídico es la que distingue entre bienes demaniales o dominicales y bienes patrimoniales, teniendo en cuenta las reglas que emanan de la propia norma constitucional³ y lo establecido en la ley 33, del patrimonio de las Administraciones públicas, sancionada en 2003 (art. 4º).

En efecto, es la propia norma constitucional la que se encarga de dejar establecido que la ley que regulará los bienes del dominio público debe tener en cuenta los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, no mencionándose, en cambio, principio alguno para los bienes patrimoniales, pues la ley sólo destaca que para éstos se regulará la administración, defensa y conservación. En cuanto a los caracteres de estos bienes y, dado que la ley nada dice, podría interpretarse de ello, a contrario sensu, que los bienes patrimoniales son enajenables, prescriptibles y embargables. Se estudiarán aquí estos aspectos de su régimen jurídico.

c) *LA LEY 33 DE 2003*. Como se habrá podido advertir de lo hasta aquí expuesto, la ley del patrimonio de las Administraciones públicas es merecedora de un detallado análisis.

1) *Exposición de motivos*. En ella se expresa que, desde el punto de vista subjetivo, la ley ha optado por considerar de forma conjunta el régimen patrimonial de la Administración General del Estado y el de los organismos públicos dependientes de ella, denominando *patrimonio del Estado* al conjunto de bienes de titularidad de cada uno de ellos. Desde el punto de vista objetivo, la ley se inclina por considerar que los bienes demaniales se encuentran plenamente incardinados en el patrimonio de las Administraciones públicas y, por lo tanto, el patrimonio público pasa así a definirse como un conjunto de bienes y derechos que pueden estar sujetos a un doble régimen; de carácter jurídico público, los bienes y derechos demaniales, y de carácter jurídico privado, los patrimoniales.

² PAREJO ALFONSO, *Los bienes públicos en el derecho español, con especial referencia al régimen de los de carácter demanial*, en DE REINA TARTIÈRE (coord.), "Dominio público", p. 17.

³ GOSÁLBEZ PEQUEÑO, *Régimen jurídico general de la enajenación del "patrimonio privado"*, p. 93.

También se destaca que, respecto de los bienes patrimoniales, la ley reclama una gestión de éstos plenamente integrada con las restantes políticas públicas y, en particular, con la política de vivienda, lo que obligará a tener en cuenta, en la movilización de dichos activos, las directrices derivadas de aquéllas.

Se aclara que el eje central de su regulación es la gestión patrimonial. La ley ha buscado ampliar las posibilidades de actuación de la Administración en este ámbito y la incorporación al acervo de la gestión patrimonial de nuevas categorías negociales, para lo cual ha sancionado formalmente la regulación de algunos negocios, que ya gozan de una cierta tipicidad en la práctica patrimonial, y ha ofrecido cobertura expresa a determinadas actuaciones, que —siendo usuales en el tráfico— no encuentran, sin embargo, un claro acomodo en la legislación vigente.

2) *Título preliminar. Disposiciones generales.* En primer término se indica que el objeto de la ley es establecer las bases del régimen patrimonial de las Administraciones públicas, y regular, de conformidad con lo dispuesto en el art. 132 de la Constitución, la administración, defensa y conservación del patrimonio del Estado (art. 1º, ley 33).

En cuanto al ámbito de aplicación, se destaca que es la propia ley la que determina el régimen jurídico patrimonial de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados a o dependientes de ella y que sólo serán de aplicación a las comunidades autónomas, entidades que integran la Administración local y entidades de derecho público vinculadas a o dependientes de ellas, los artículos o partes de ellos enumerados en la disposición final segunda (art. 2º).

3) *Patrimonio de las Administraciones públicas.* Éste se integra con el conjunto de sus bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza y el título de su adquisición o aquel en virtud del cual les hayan sido atribuidos, excluyendo de él el dinero, los valores, los créditos y los demás recursos financieros de su hacienda, como también los recursos que constituyen la tesorería de entidades empresariales o análogas dependientes de las comunidades autónomas o corporaciones locales (art. 3º) y se clasifica, en función de su régimen jurídico, en bienes del dominio público, o demaniales, y de dominio privado, o patrimoniales (art. 4º).

4) *Bienes y derechos del dominio público.* En el art. 5º se definen como bienes públicos a los que, siendo de titularidad pública, están afectados al uso general o al servicio público, como también a los que determine la ley y en el art. 6º se mencionan los

principios que se aplican, entre los que cabe señalar los de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad.

5) *Bienes y derechos del dominio privado o patrimoniales.* Por otro lado, en el art. 7º se definen los bienes del dominio privado de modo residual, al indicar que son bienes y derechos de dominio privado o patrimoniales que, siendo de titularidad de las Administraciones públicas, no tengan el carácter de demaniales.

Resulta importante señalar que en esta norma se aclara que el régimen de adquisición, administración, defensa y enajenación de los bienes y derechos patrimoniales será el previsto en la ley en comentario y en las disposiciones que la desarrollen o complementen. Supletoriamente, se aplicarán las normas del derecho administrativo, en todas las cuestiones relativas a la competencia para adoptar los correspondientes actos y al procedimiento que ha de seguirse para ello, y las normas del derecho privado, en lo que afecte a los restantes aspectos de su régimen jurídico.

Entre los principios que se aplican en la gestión de estos bienes se destaca, en la norma, que los bienes patrimoniales deben coadyuvar a la política de vivienda (art. 8º).

6) *Patrimonio del Estado.* Está integrado por el patrimonio de la Administración General del Estado y los patrimonios de los organismos públicos que se encuentren en relación de dependencia o vinculación con ella, estando la gestión, administración y explotación, respectivamente, a cargo del Ministerio de Hacienda y de las autoridades de los organismos públicos (art. 9º).

Entre las competencias de los órganos estatales, cabe recordar la que corresponde al Consejo de Ministros para acordar o autorizar los actos de disposición, gestión y administración que la ley le atribuye y para ejercer las competencias en relación con la optimización del uso de los edificios administrativos y la gestión del sector público empresarial de la Administración General del Estado (art. 10).

En cuanto a los modos de adquirir bienes, se aclara que las Administraciones públicas podrán adquirir bienes y derechos por cualquiera de los modos previstos en el ordenamiento jurídico y, en particular, por los siguientes: a) por atribución de la ley; b) a título oneroso, con ejercicio o no de la potestad de expropiación; c) por herencia, legado o donación; d) por prescripción, y e) por ocupación (art. 15).

Resulta también que, salvo disposición legal en contrario, los bienes y derechos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos se entienden adquiridos con el carácter de pa-

trimoniales, sin perjuicio de su posterior afectación al uso general o al servicio público (art. 16).

7) *Protección y defensa del patrimonio.* Con relación a la protección y defensa del patrimonio se establece que las Administraciones públicas están obligadas a proteger y defender su patrimonio, a cuyo fin procurarán su inscripción registral, y ejercerán las potestades administrativas y acciones judiciales que sean procedentes para ello (art. 28).

Se legisla sobre el régimen de disponibilidad de los bienes, con disposiciones precisas tanto para los bienes del dominio público como para los bienes patrimoniales (art. 30).

Así, respecto de los bienes demaniales se consagra el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables.

En cambio, en cuanto a los bienes y derechos patrimoniales se establece que podrán ser enajenados siguiendo el procedimiento y previo el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos. De igual forma, estos bienes y derechos podrán ser objeto de prescripción adquisitiva por terceros, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil y en las leyes especiales.

Por último, con relación a la embargabilidad, se determina que ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines determinados, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. El cumplimiento de las resoluciones judiciales que determinen obligaciones a cargo de la Administración General del Estado o sus organismos se efectuará de conformidad con lo dispuesto en el art. 44 de la ley general presupuestaria, texto refundido aprobado por real decr. leg. 1091/1988, de 23 de septiembre, y en el art. 106 de la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Respecto de otros actos de disposición, como la transacción y el sometimiento a arbitraje, la ley no permite transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del patrimonio del Estado, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre ellos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del ministro de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno (art. 31, ley 33).

También pesa sobre las Administraciones públicas el deber de formar inventario de los bienes y derechos que integran su patri-

monio, haciendo constar, con el suficiente detalle, las menciones necesarias para su identificación y las que resulten precisas para reflejar su situación jurídica y el destino o uso a que están siendo dedicados (art. 32).

Asimismo, las Administraciones tienen la obligación de efectuar las inscripciones, en los correspondientes registros, de los bienes y derechos de su patrimonio, ya sean demaniales o patrimoniales, que sean susceptibles de inscripción, así como todos los actos y contratos referidos a ellos que puedan tener acceso a dichos registros. No obstante, la inscripción será potestativa para las Administraciones públicas en el caso de arrendamientos inscribibles conforme a la legislación hipotecaria (art. 36).

Entre las prerrogativas de las Administraciones públicas para la defensa de los patrimonios públicos se destacan las siguientes facultades.

- a) Investigar la situación de los bienes y derechos que presumiblemente pertenezcan a su patrimonio.
- b) Deslindar en vía administrativa los inmuebles de su titularidad.
- c) Recuperar de oficio la posesión indebidamente perdida sobre sus bienes y derechos.
- d) Desahuciar en vía administrativa a los poseedores de los inmuebles demaniales, una vez extinguido el título que amparaba la tenencia.

Pero se aclara que el conocimiento de las cuestiones de naturaleza civil que se susciten con ocasión del ejercicio de estas potestades, por parte de la Administración, corresponderá a los órganos de este orden jurisdiccional.

En cambio, las entidades públicas empresariales, dependientes de la Administración General del Estado o relacionadas con ella, y las entidades asimilables a las anteriores, vinculadas a las administraciones de las comunidades autónomas y corporaciones locales, sólo podrán ejercer las mencionadas potestades para la defensa de bienes que tengan el carácter de demaniales (art. 41).

Vale la pena destacar las facultades de las Administraciones públicas en cuanto a la adopción de medidas cautelares, previstas en los arts. 42 y 43 de la ley.

Así, según el art. 42, iniciado el procedimiento para el ejercicio de las facultades y potestades expresadas en el art. 41, el órgano competente para resolverlo podrá, de acuerdo con lo previsto en el art. 72 de la ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, adoptar

las medidas provisionales que considere necesarias para asegurar la eficacia del acto que en su momento pueda dictarse.

En los casos en que exista un peligro inminente de pérdida o deterioro del bien, estas medidas provisionales podrán ser adoptadas, con los requisitos señalados en el art. 72.2 de la citada ley, antes de la iniciación del procedimiento.

Sobre el control judicial de estas medidas, el art. 43 dispone que frente a las actuaciones que, en ejercicio de las facultades y potestades enumeradas en el art. 41, y de acuerdo con el procedimiento establecido, realicen las Administraciones públicas, no cabrá la acción para la tutela sumaria de la posesión prevista en el art. 250.4 de la ley 1/2000, de enjuiciamiento civil. Las demandas en las que se ejercite esta pretensión no serán admitidas a trámite.

Asimismo, los actos administrativos dictados en los procedimientos que se sigan para el ejercicio de estas facultades y potestades, que afecten a titularidades y derechos de carácter civil, sólo podrán ser recurridos ante la jurisdicción contencioso-administrativa por infracción de las normas sobre competencia y procedimiento, previo agotamiento de la vía administrativa.

Quienes se consideren perjudicados en cuanto a su derecho de propiedad u otros de naturaleza civil por dichos actos podrán ejercer las acciones pertinentes ante los órganos del orden jurisdiccional civil, previa reclamación en vía administrativa, conforme a las normas del título VIII de la ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

Incluso, si con ocasión de la instrucción de estos procedimientos se descubren indicios de delito o falta penal, y previo informe de la Abogacía del Estado o del órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico en las entidades públicas, corresponde poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de continuar con la tramitación de aquéllos.

En particular, respecto de la potestad de recuperación posesoria, en el art. 55 de la ley se prevé lo siguiente.

a) Las Administraciones públicas podrán recuperar por sí mismas la posesión indebidamente perdida sobre los bienes y derechos de su patrimonio.

b) Si los bienes y derechos cuya posesión se trata de recuperar tienen la condición de demaniales, la potestad de recuperación podrá ejercerse en cualquier tiempo.

c) Si se trata de bienes y derechos patrimoniales, la recuperación de la posesión en vía administrativa requiere que la iniciación

del procedimiento haya sido notificada antes de que transcurra el plazo de un año, contado desde el día siguiente al de la usurpación. Pasado dicho plazo, para recuperar la posesión de estos bienes deberán ejercerse las acciones correspondientes ante los órganos del orden jurisdiccional civil.

En el art. 56 se determina que reglamentariamente se regulará el procedimiento para el ejercicio de la potestad de recuperación, con sujeción a determinadas reglas.

Así, previa audiencia al interesado, y una vez comprobado el hecho de la usurpación posesoria y la fecha en que ésta se inició, se requerirá al ocupante que cese en su actuación, señalándole un plazo no superior a ocho días para ello, con la prevención de actuar como luego se señala, si no atendiere voluntariamente el requerimiento.

En caso de resistencia al desalojo, se adoptarán cuantas medidas sean conducentes a la recuperación de la posesión del bien o derecho, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo V del título VI de la ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Para el lanzamiento se podrá solicitar el auxilio de las fuerzas y cuerpos de seguridad, o imponerse multas coercitivas de hasta un 5% del valor de los bienes ocupados, reiteradas por períodos de ocho días hasta que se produzca el desalojo.

En estos supuestos, serán por cuenta del usurpador los gastos derivados de la tramitación del procedimiento de recuperación, cuyo importe, junto con el de los daños y perjuicios que se hubiesen ocasionado a los bienes usurpados, podrá hacerse efectivo por el procedimiento de apremio.

8) *Afectación y desafectación.* Se establece en la ley que la *afectación* determina la vinculación de los bienes y derechos a un uso general o a un servicio público, y su consiguiente integración en el dominio público (art. 65).

En principio, la forma de la afectación es por disposición legal o por acto expreso, admitiéndose algunos hechos y actos de la Administración previstos en la norma, como los siguientes.

a) La utilización pública, notoria y continuada por la Administración General del Estado o sus organismos públicos de bienes y derechos de su titularidad para un servicio público o para un uso general.

b) La adquisición de bienes o derechos por usucapión, cuando los actos posesorios que han determinado la prescripción adquisitiva hubiesen vinculado el bien o derecho al uso general o a un servicio público, sin perjuicio de los derechos adquiridos sobre ellos

por terceras personas al amparo de las normas de derecho privado (art. 66).

c) La adquisición de bienes y derechos por expropiación forzosa, supuesto en el que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 24.2, los bienes o derechos adquiridos se entenderán afectados al fin determinante de la declaración de utilidad pública o interés social.

d) La aprobación por el Consejo de Ministros de programas o planes de actuación general, o proyectos de obras o servicios, cuando de ellos resulte la vinculación de bienes o derechos determinados a fines de uso o servicio público.

e) La adquisición de los bienes muebles necesarios para el desenvolvimiento de los servicios públicos o para la decoración de dependencias oficiales.

Por otra parte, se determina que los inmuebles en construcción se entenderán afectados al departamento con cargo a cuyos créditos presupuestarios se efectúe la edificación, y que podrá acordarse la afectación a un departamento ministerial u organismo público de bienes y derechos que no vayan a dedicarse de manera inmediata a un servicio público, cuando sea previsible su utilización para estos fines, tras el transcurso de un plazo o el cumplimiento de determinadas condiciones que se harán constar en la resolución que acuerde la afectación.

Con relación a la *desafectación* de los bienes y derechos demaniales, se determina que éstos perderán esta condición, adquiriendo la de patrimoniales, por dejar de destinarse al uso general o al servicio público y que, salvo en los supuestos previstos en esta ley, la desafectación deberá realizarse siempre de manera expresa (art. 69).

El art. 70 de la ley regula el procedimiento administrativo de la desafectación y establece que la de los bienes y derechos integrados en el patrimonio de la Administración General del Estado requerirá, para su efectividad, de su recepción formal por el Ministerio de Hacienda, bien mediante acta de entrega suscripta por un representante designado por el departamento al que hubiesen estado afectados los bienes o derechos y por otro designado por la Dirección General del Patrimonio del Estado, o bien mediante acta de toma de posesión, levantada por la Dirección General del Patrimonio del Estado. Los bienes y derechos demaniales, de titularidad de los organismos públicos, que éstos tengan afectados para el cumplimiento de sus fines, serán desafectados por el ministro titular del departamento del que dependan, a propuesta de su presidente o director.

9) *Mutaciones demaniales*. A ellas se refiere el art. 71. La mutación demanial es el acto en virtud del cual se efectúa la desafectación de un bien o derecho del patrimonio del Estado, con simultánea afectación a otro uso general, fin o servicio público de la Administración General del Estado o de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella. Las mutaciones demaniales deberán efectuarse de manera expresa, salvo lo previsto en la misma ley para el caso de reestructuración de órganos.

Por otro lado, en el art. 73 se regula sobre la adscripción de bienes patrimoniales a distintos organismos públicos, indicándose que los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General del Estado podrán ser adscriptos a los organismos públicos dependientes de aquélla, para su vinculación directa a un servicio de su competencia, o para el cumplimiento de sus fines propios. En ambos casos, la adscripción llevará implícita la afectación del bien o derecho, que pasará a integrarse en el dominio público. Igualmente, los bienes y derechos propios de un organismo público podrán ser adscriptos al cumplimiento de fines propios de otro. La adscripción no alterará la titularidad sobre el bien.

10) *Bienes innecesarios*. Otra cuestión interesante que regula la ley es la incorporación al patrimonio de la Administración General del Estado de los bienes de los organismos públicos que no sean necesarios para el cumplimiento de sus fines, los que pasarán, previa desafectación, al patrimonio de ésta. Quedan exceptuadas las entidades públicas empresariales que, en virtud de sus normas de creación o sus estatutos, tengan reconocidas facultades para la enajenación de sus bienes, cuando los inmuebles o derechos reales dejen de serles necesarios, si bien deberán comunicar esta circunstancia al director general del Patrimonio del Estado (art. 80).

11) *Uso y explotación de los bienes o derechos*. El título IV se refiere al uso y explotación de los bienes y derechos, reglamentándose en el capítulo I la utilización de los bienes y derechos del dominio público (arts. 84 a 104) y en el capítulo II el aprovechamiento y explotación de los bienes y derechos patrimoniales.

Con relación a los bienes patrimoniales, en primer lugar se establece, en el art. 105, quiénes son los órganos competentes para acordar la explotación de aquellos bienes que no estén destinados a ser enajenados y que sean susceptibles de aprovechamiento rentable y en el artículo siguiente se determinan, con relación a los contratos para la explotación de bienes patrimoniales, las siguientes reglas.

a) La explotación de los bienes o derechos patrimoniales podrá efectuarse mediante cualquier negocio jurídico, típico o atípico.

b) Serán de aplicación a estos negocios las normas contenidas en el capítulo I del título V de la ley, que establece las disposiciones generales sobre la gestión patrimonial.

c) Los contratos para la explotación de los bienes o derechos patrimoniales no podrán tener una duración superior a veinte años, incluidas las prórrogas, salvo causas excepcionales debidamente justificadas.

d) Podrán concertarse contratos de arrendamiento con opción de compra sobre inmuebles del patrimonio del Estado, con sujeción a las mismas normas de competencia y procedimiento aplicables a las enajenaciones (art. 106).

Respecto del procedimiento de adjudicación se indica lo siguiente.

a) Los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales se adjudicarán por concurso, salvo que, por las peculiaridades del bien, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación, proceda la adjudicación directa. Las circunstancias determinantes de ésta deberán justificarse suficientemente en el expediente.

b) Las bases del correspondiente concurso o las condiciones de la explotación de los bienes patrimoniales se someterán a previo informe de la Abogacía del Estado o del órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de las entidades públicas vinculadas a la Administración General del Estado.

c) Los contratos y demás negocios jurídicos para la explotación de bienes se formalizarán en la forma prevista en el art. 113 de la ley y se regirán por las normas de derecho privado correspondientes a su naturaleza, con las especialidades previstas en esta ley.

d) A petición del adjudicatario podrá prorrogarse el contrato para la explotación de bienes patrimoniales, por un plazo que no podrá exceder de la mitad del inicial, si el resultado de la explotación hiciera aconsejable esta medida.

e) La subrogación de un tercero en los derechos y obligaciones del adjudicatario requerirá la autorización expresa del órgano competente para adjudicar el contrato (art. 107, ley 33).

También se dispone que las rentas, frutos o percepciones de cualquier clase o naturaleza, producidos por los bienes patrimoniales de la Administración General del Estado, se ingresarán en el Tesoro Público, con aplicación a los pertinentes conceptos del presupuesto de ingresos, haciéndose efectivos con sujeción a las normas y procedimientos del derecho privado.

Asimismo, si la explotación conllevase la entrega de otros bienes, derechos o servicios, éstos se integrarán en el patrimonio de la Administración General del Estado, o del organismo público, con el carácter de patrimoniales (art. 108).

12) *Gestión patrimonial.* En el título V de la ley se establecen las normas que regulan sobre la gestión patrimonial y, en particular, en el capítulo I, se trata del régimen jurídico de los negocios patrimoniales en los siguientes términos.

a) Los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por la ley en comentario y sus disposiciones de desarrollo y, en lo no previsto en estas normas, por la legislación de contratos de las Administraciones públicas. Sus efectos y extinción se regirán por esta ley y las normas de derecho privado.

b) En las entidades públicas empresariales y en los organismos públicos, puertos del Estado y autoridades portuarias, la preparación y adjudicación de estos negocios, así como la competencia para adoptar los correspondientes actos, se regirán, en primer término, por lo establecido en sus normas de creación o en sus estatutos, con aplicación, en todo caso, de las previsiones recogidas en el art. 147 de esta ley.

c) El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan sobre estos contratos entre las partes. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con su preparación y adjudicación y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con su normativa reguladora (art. 110).

Para la gestión de los bienes patrimoniales se consagra la libertad de pactos. En tal sentido, los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre los bienes y derechos patrimoniales están sujetos a dicho principio. La Administración pública podrá, para la consecución del interés público, concertar las cláusulas y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarias al ordenamiento jurídico, o a los principios de buena administración.

En particular, los negocios jurídicos dirigidos a la adquisición, explotación, enajenación, cesión o permuta de bienes o derechos patrimoniales podrán contener la realización por las partes de prestaciones accesorias relativas a los bienes o derechos objeto de aquéllos, o a otros integrados en el patrimonio de la Administración contratante, siempre que el cumplimiento de tales obligaciones se encuentre suficientemente garantizado. Estos negocios comple-

jos se tramitarán en expediente único, y se regirán por las normas correspondientes al negocio jurídico patrimonial que constituya su objeto principal (art. 111).

Sin perjuicio de la libertad de pactos, podrán establecerse pliegos generales de pactos y condiciones para determinadas categorías de contratos, que deberán ser informados, con carácter previo a su aprobación, por la Abogacía del Estado o por el órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de las entidades públicas vinculadas a la Administración General del Estado (art. 112).

También se determina que los negocios jurídicos de adquisición o enajenación de bienes inmuebles y derechos reales se formalizarán en escritura pública. Los arrendamientos y demás negocios jurídicos de explotación de inmuebles, cuando sean susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad, deberán formalizarse en escritura pública, para poder ser inscriptos. Los gastos generados para ello serán a costa de la parte que haya solicitado la citada formalización. A su vez, las cesiones gratuitas de bienes inmuebles o derechos reales sobre ellos se formalizarán en documento administrativo, que será título suficiente para su inscripción en el Registro de la Propiedad, cuando el cesionario sea otra Administración pública, organismo o entidad vinculada o dependiente (art. 113).

Sobre las adquisiciones a título oneroso de bienes o derechos se establece que la Administración podrá concluir cualesquiera contratos, típicos y atípicos (art. 115).

13) *Enajenación y gravamen de los bienes y derechos patrimoniales.* El capítulo V trata sobre la enajenación y gravamen de los bienes y derechos patrimoniales.

Al respecto se destaca que son enajenables los bienes y derechos patrimoniales del patrimonio del Estado que no sean necesarios para el ejercicio de las competencias y funciones propias de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, conforme a las normas establecidas en dicho capítulo.

También se indica que, no obstante, podrá acordarse la enajenación de bienes del patrimonio del Estado, con reserva de su uso temporal, cuando ello, por razones excepcionales, debidamente justificadas, resulte conveniente para el interés público.

Esta utilización temporal podrá instrumentarse mediante la celebración de contratos de arrendamiento o cualesquiera otros que habiliten para el uso de los bienes enajenados, simultáneos al negocio de enajenación y sometidos a las mismas normas de competencia y procedimiento que éste (art. 131).

En cuanto a los negocios jurídicos de enajenación, en el art. 132 se determina que la enajenación de los bienes y derechos del

patrimonio del Estado podrá efectuarse en virtud de cualquier negocio jurídico traslativo, típico o atípico, de carácter oneroso.

La enajenación a título gratuito sólo será admisible en los casos en que, conforme a las normas de la sección V del capítulo V, se acuerde su cesión con las entidades mencionadas en el art. 145 y con los fines de utilidad pública o interés social.

La aportación de bienes o derechos de la Administración General del Estado a sociedades mercantiles, entes públicos o fundaciones públicas estatales se acordará por el ministro de Hacienda, a propuesta de la Dirección General del Patrimonio del Estado, previa tasación aprobada del bien o derecho e informe de la Abogacía del Estado, y sin perjuicio de lo establecido en la legislación mercantil y en el título VII de la ley.

El órgano competente para enajenar los bienes o derechos podrá admitir el pago aplazado del precio de venta, por un período no superior a diez años y siempre que el pago de las cantidades aplazadas se garantice suficientemente mediante condición resolutoria explícita, hipoteca, aval bancario, seguro de caución u otra garantía suficiente usual en el mercado. El interés de aplazamiento no podrá ser inferior al interés legal del dinero (art. 134).

Con relación a la enajenación de inmuebles, la ley regula la competencia de los diferentes órganos, teniendo en cuenta el valor de los bienes (art. 135). También dispone trámites previos a la enajenación, como el deslinde y la inscripción registral (art. 136).

En el art. 137 se regulan las formas de enajenación y se aclara que la de los inmuebles podrá realizarse mediante concurso, subasta o adjudicación directa, siendo el procedimiento ordinario para la enajenación de inmuebles el concurso. En este caso, la adjudicación recaerá en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los correspondientes pliegos.

Únicamente se utilizará la subasta en los supuestos previstos reglamentariamente y, en todo caso, respecto de bienes que, por su ubicación, naturaleza o características, sean inadecuados para atender a las directrices derivadas de las políticas públicas a que se refiere el art. 8º, apdo. 2, y -en particular- de la política de vivienda.

La subasta podrá celebrarse al alza o a la baja, y, en su caso, con presentación de posturas en sobre cerrado; podrá acudir igualmente a sistemas de subasta electrónica. La modalidad de la subasta se determinará atendiendo a las circunstancias de la enajenación, y la adjudicación se efectuará a favor de quien presente la oferta económica más ventajosa.

En el caso de que la adjudicación resulte fallida por no poder formalizarse el contrato por causa imputable al adjudicatario, la enajenación podrá realizarse a favor del licitador que hubiese presentado la siguiente oferta más ventajosa o proceder a la enajenación directa del bien.

Se podrá acordar la adjudicación directa en los siguientes supuestos.

a) Cuando el adquirente sea otra Administración pública o, en general, cualquier persona jurídica de derecho público o privado perteneciente al sector público. A estos efectos, se entenderá por persona jurídica de derecho privado perteneciente al sector público la sociedad mercantil en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de una o varias Administraciones públicas o personas jurídicas de derecho público.

b) Cuando el adquirente sea una entidad sin ánimo de lucro, declarada de utilidad pública, o una iglesia, confesión o comunidad religiosa legalmente reconocida.

c) Cuando el inmueble resulte necesario para dar cumplimiento a una función de servicio público o a la realización de un fin de interés general por persona distinta de las previstas en a y b.

d) Cuando fuera declarada desierta la subasta o concurso promovidos para la enajenación o éstos resultasen fallidos como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones por parte del adjudicatario, siempre que no hubiese transcurrido más de un año desde la celebración de los mismos. En este caso, las condiciones de la enajenación no podrán ser inferiores de las anunciadas previamente o de aquellas en las que se hubiese producido la adjudicación.

e) Cuando se trate de solares que por su forma o pequeña extensión resulten inedificables y la venta se realice a un propietario colindante.

f) Cuando se trate de fincas rústicas que no lleguen a constituir una superficie económicamente explotable o no sean susceptibles de prestar una utilidad acorde con su naturaleza, y la venta se efectúe a un propietario colindante.

g) Cuando la titularidad del bien o derecho corresponda a dos o más propietarios y la venta se efectúe a favor de uno o más copropietarios.

h) Cuando la venta se efectúe a favor de quien ostente un derecho de adquisición preferente reconocido por disposición legal.

i) Cuando por razones excepcionales se considere conveniente efectuar la venta a favor del ocupante del inmueble.

Quando varios interesados se encontraran en un mismo supuesto de adjudicación directa, se la resolverá atendiendo al interés general concurrente en el caso concreto.

La participación en procedimientos de adjudicación requerirá el ingreso de un 25% del precio de venta en concepto de fianza.

El procedimiento de enajenación se indica en el art. 138.

14) *Cesión gratuita.* La cesión gratuita de bienes o derechos se regula en el art. 145 en los siguientes términos.

a) Los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General del Estado cuya afectación o explotación no se juzgue previsible podrán ser cedidos gratuitamente, para la realización de fines de utilidad pública o interés social de su competencia, a comunidades autónomas, entidades locales, fundaciones públicas o asociaciones declaradas de utilidad pública.

b) Igualmente, estos bienes y derechos podrán ser cedidos a Estados extranjeros y organizaciones internacionales, cuando la cesión se efectúe en el marco de operaciones de mantenimiento de la paz, cooperación policial o ayuda humanitaria y para la realización de fines propios de estas actuaciones.

c) La cesión podrá tener por objeto la propiedad del bien o derecho o sólo su uso. En ambos casos, la cesión llevará aparejada para el cesionario la obligación de destinar los bienes al fin expresado en el correspondiente acuerdo. Adicionalmente, esta transmisión podrá sujetarse a condición, término o modo, que se regirán por lo dispuesto en el Código Civil.

d) Cuando la cesión tenga por objeto la propiedad del bien o derecho sólo podrán ser cesionarios las comunidades autónomas, entidades locales o fundaciones públicas.

Se determina que serán competentes para acordar la cesión de los bienes los órganos que lo fueran para su enajenación, previo informe favorable de la Dirección General del Patrimonio del Estado o, en los casos previstos en el art. 146, apdo. 2, previa autorización del Consejo de Ministros (art. 147). Además, se aclara que los bienes y derechos objeto de la cesión sólo podrán destinarse a los fines que la justifican, y en la forma y con las condiciones que, en su caso, se hubiesen establecido en el correspondiente acuerdo (art. 148).

En los arts. 149 y 150 se regula sobre el procedimiento de la solicitud de cesión gratuita y sobre la resolución y sus consecuencias.

Respecto de cargas y gravámenes, se prevé que no se los podrá imponer sobre los bienes o derechos del patrimonio del Estado sino con los requisitos exigidos para su enajenación (art. 152).

15) *Permuta*. La ley también contempla la posibilidad de la permuta de bienes y derechos del patrimonio del Estado, siempre y cuando, por razones debidamente justificadas en el expediente, resulte conveniente para el interés público, y la diferencia de valor entre los bienes o derechos que se trate de permutar, según tasación, no sea superior al 50% del que sea mayor. Si la diferencia fuese más grande, el expediente se tramitará como enajenación con pago de parte del precio en especie.

La permuta podrá tener por objeto edificios a construir (art. 153). Respecto del procedimiento para la permuta de bienes y derechos se determina que: a) serán de aplicación a la permuta las normas previstas para la enajenación de bienes y derechos, salvo lo dispuesto en cuanto a la necesidad de convocar concurso o subasta pública para la adjudicación; b) no obstante, el órgano competente para la permuta podrá instar la presentación de ofertas de inmuebles o derechos para permutar, mediante un acto de invitación al público, al que se dará difusión por el Boletín Oficial del Estado y de cualesquiera otros medios que se consideren adecuados; c) en el caso de presentación de ofertas mediante dicho procedimiento, la selección de la adjudicataria se realizará de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones previamente elaborado, y d) la diferencia de valor entre los bienes a permutar podrá ser abonada en metálico o mediante la entrega de otros bienes o derechos de naturaleza distinta (art. 154).

16) *Optimización y coordinación*. En el título VI de la ley resultan interesantes las normas sobre la optimización de la utilización de los edificios administrativos (arts. 155 y 156), como también las de coordinación de la gestión de los edificios administrativos entre distintos órganos (arts. 157 a 159). El título VII regula el patrimonio empresarial de la Administración General del Estado y el título VIII las relaciones interadministrativas. Al respecto merece destacarse la posibilidad de celebrar convenios patrimoniales y urbanísticos entre la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados a o dependientes de ella y otras Administraciones públicas, o con personas jurídicas de derecho público o de derecho privado pertenecientes al sector público, con el fin de ordenar las relaciones de carácter patrimonial y urbanístico entre ellas, en un determinado ámbito, o realizar actuaciones comprendidas en la ley, en relación con los bienes y derechos de sus respectivos patrimonios (art. 186).

La ley se refiere también al régimen urbanístico y gestión de los bienes públicos en los arts. 189 a 191.

17) *Régimen sancionador*. En el título IX se tipifican las infracciones (art. 192) y se establecen las sanciones (art. 193). En

el art. 195 se determinan cuáles son los órganos competentes para imponer tales sanciones —en todos los casos, autoridades administrativas— y en el art. 196 se aclara que para la imposición de aquéllas se seguirá el procedimiento previsto en el reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por real decr. 1398/1993, de 4 de agosto de 1993.

18) *El patrimonio nacional*. Por último, cabe destacar que se determina que el régimen jurídico del patrimonio nacional será el establecido en la ley 23/1982, de 16 de junio de 1982, y en su reglamento de aplicación, aprobado por real decr. 496/1987, de 18 de marzo de 1987, y disposiciones complementarias, aplicándose con carácter supletorio las disposiciones de la ley 33 y sus normas de desarrollo, a las que el Consejo de Administración del Patrimonio Nacional deberá ajustarse en el régimen de gestión de sus bienes propios (disposición adicional cuarta). Se trata de bienes de titularidad estatal, pero afectados al uso y servicio del rey y de los miembros de la familia real, para el ejercicio de la representación que la Constitución y las leyes les atribuyen (art. 2.1, ley 23/1982).

19) *Patrimonio de la vivienda*. También se dispone sobre la gestión del patrimonio de la vivienda, señalando que las viviendas y, en general, los bienes inmuebles de titularidad estatal que hubieran formado parte del patrimonio del extinguido Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda y de la Comisión Liquidadora de Regiones Devastadas, así como las que en cumplimiento de los programas anuales de promoción pública de viviendas sean construidas por el Estado, continuarán rigiéndose por sus normas específicas y, supletoriamente, por la ley 33.

En particular, corresponderán a la Dirección General de la Vivienda, la Arquitectura y el Urbanismo, con sujeción a las citadas normas, las facultades de gestión y disposición de dichos bienes, incluyendo las de enajenar, arrendar, establecer y cancelar hipotecas y otras cargas sobre ellos y, en general, todas aquellas que correspondieran al extinguido Instituto para la Promoción de la Vivienda, a excepción de la percepción de ingresos, que se regirá por las mismas normas que son de aplicación a los restantes ingresos del Estado (disposición adicional decimonovena).

d) *RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS BIENES PATRIMONIALES*. Si bien, en términos generales, se sostiene que el régimen jurídico de los bienes patrimoniales de las entidades públicas es el mismo que el Código Civil establece para la propiedad privada, como lo señala Garrido Falla, el interés general que preside toda la actuación administrativa impone, en relación con estos bienes, ciertas derogaciones al régimen de la propiedad privada, que se presentan bajo el doble as-

pecto de prerrogativas o de limitaciones de las entidades titulares en el ejercicio de su derecho de propiedad. Estas derogaciones al derecho común son evidentemente menos intensas que en el caso del dominio público, dado que, en otro caso, vendrían a determinar la aplicación de este régimen, pero ofrecen un relieve que, desde luego, no ha sido puesto debidamente de manifiesto por la doctrina tradicional, recordando también que la personalidad jurídica de la Administración es única y, por consecuencia, indivisible la titularidad del patrimonio administrativo.

Por otra parte, también recuerda Garrido Falla que, para quienes mantienen un concepto estricto de *demanio*, es posible distinguir entre los bienes patrimoniales "afectados" y "no afectados" a un servicio público, de modo que el dominio privado se subdivide en dominio privado afectado, que comprende los bienes puestos a disposición de los diversos servicios públicos, para el cumplimiento de su misión, y dominio privado no afectado, que comprende todos los otros bienes⁴.

En esta línea resulta interesante destacar las opiniones de COLOM PIAZUELO en cuanto a una nueva categoría de bienes patrimoniales, afectados materialmente a fines públicos, a partir de las consideraciones y expresiones del Tribunal Constitucional en su sentencia 166, del 15 de julio de 1998, sobre la inconstitucionalidad de la inembargabilidad de los bienes patrimoniales, salvo en el caso de los bienes patrimoniales "afectos materialmente" a un uso o servicio público. En efecto, este autor advierte que dentro de los bienes patrimoniales es preciso identificar un grupo que "sí está afecto a funciones o fines públicos", en los términos señalados por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia (p.ej., el patrimonio municipal del suelo, calificado como bien patrimonial y destinado al fin público determinado en la normativa urbanística). Sigue explicando este autor que, en relación con este grupo de bienes, no existe una regulación general y sistemática en la ley de patrimonio de las Administraciones públicas de 2003, ni en la legislación sectorial, pero que cabe deducir su régimen jurídico de un conjunto de preceptos dispersos contenidos en tales normas. Por un lado, el propio art. 30.3 de la ley 33 establece que dichos bienes son inembargables —en los términos ya indicados por el Tribunal Constitucional— y, por otro, el art. 30.2, al indicar que los bienes patrimoniales podrán ser enajenados siguiendo el procedimiento y previo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, pudiendo ser objeto de prescripción de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil y en las leyes especiales, remite precisamente a la legisla-

⁴ GARRIDO FALLA, *Tratado. Parte general*, vol. 2, p. 544 y 545.

ción sectorial que, con fundamento en la importancia del fin público que cumplan estos bienes, determinará si han de tenerse por inalienables o imprescriptibles. No obstante, concluye este autor, si en la ley sectorial no se establece una previsión específica, su régimen jurídico dependerá de la compatibilidad de la enajenación con el fin público⁵.

Al respecto, PAREJO ALFONSO también recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional español 166 del 15 de julio de 1998, relativa a la supuesta inembargabilidad de los bienes patrimoniales, en la cual el tribunal, refiriéndose a los bienes del dominio público y a los patrimoniales, reconoce "un cierto carácter mítico a la distinción entre ambos tipos de bienes en tanto que las propiedades privadas de la Administración no son asimilables a las propiedades de los particulares porque la Administración no tiene la misma libertad que un particular y porque los bienes privados de la Administración están sujetos a un régimen jurídico absolutamente publicado"⁶.

Para GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, en la ley del patrimonio de las Administraciones públicas 33, reguladora de la propiedad o patrimonio privado de la Administración, se utilizan predominantemente técnicas de derecho privado, pero junto a ellas los elementos de naturaleza pública son constantes.

También estos autores destacan que la facultad de la Administración de reivindicar por sí misma sus propios bienes patrimoniales o de dominio público está igualmente sometida a límites estrictos, más allá de los cuales la Administración está obligada a acudir a los tribunales ordinarios como cualquier particular, según lo dispone el art. 41.1 de la ley 33 y el art. 348 del Cód. Civil.

Recuerdan que en toda clase de contratos de la Administración es patente la mezcla de derecho administrativo y de derecho privado. Hay, pues, que estar a las reglas específicas de cada contrato, porque son esas reglas, y no una genérica calificación de él como administrativo o como privado, las que definen su concreto régimen jurídico.

Con relación al desahucio administrativo, que consiste en el lanzamiento por los propios agentes de la Administración de quienes ocupan sin título bastante los bienes del dominio público (art. 41, ley 33), no está prevista en el ordenamiento jurídico español

⁵ COLOM PIAZUELO, *Las cosas públicas y su régimen jurídico*, en DE REINA TARTIÈRE (coord.), "Dominio público", p. 178 a 180.

⁶ PAREJO ALFONSO, *Los bienes públicos en el derecho español, con especial referencia al régimen de los de carácter demanial*, en DE REINA TARTIÈRE (coord.), *Dominio público*, p. 19.

una regulación semejante para los bienes del dominio privado, dado que ésta sólo se aplica a los bienes demaniales.

Otra manifestación de la coacción administrativa de autodefensa es la defensa posesoria. Se ejerce por medio del *interdictum proprium*, término que acierta a expresar que la coacción administrativa se limita aquí a la protección posesoria, por lo que es un interdicto, aunque no un interdicto judicial, sino propio de la Administración, utilizable por ella misma, sin asistencia judicial, en virtud de su poder de autotutela. Ello quiere decir que esta técnica coactiva no podrá ser utilizada para recuperar o reivindicar una propiedad de la Administración, porque ello no será recobrar una posesión, sino declarar un derecho, pretensión que, dada la naturaleza civil del derecho de que se trata —el de propiedad—, la Administración deberá someter precisamente a los tribunales ordinarios, según lo dispuesto en el art. 55.3 de la ley de procedimientos administrativos⁷.

e) **CONCLUSIONES.** En síntesis, el régimen jurídico de los bienes patrimoniales del Estado en España presenta las características que se detallan a continuación.

1) Se encuentra establecido en la ley del patrimonio de las Administraciones públicas 33, de 2003.

2) Se denominan bienes del dominio privado o patrimoniales y se definen de modo residual los que, siendo de titularidad de las Administraciones públicas, no tengan el carácter de demaniales (art. 7º, inc. 1), estableciéndose como demaniales, en términos generales, los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley les otorgue expresamente ese carácter (art. 5º, inc. 1).

3) El régimen de adquisición, administración, defensa y enajenación de los bienes y derechos patrimoniales es el previsto en la ley y en las disposiciones que la complementen. Supletoriamente, se aplicarán las normas del derecho administrativo, en todas las cuestiones relativas a la competencia para adoptar los correspondientes actos y al procedimiento que ha de seguirse para ello, y las normas del derecho privado en lo que se refiere a los restantes aspectos de su régimen jurídico (art. 7º).

4) Se establece que los bienes y derechos patrimoniales podrán ser enajenados siguiendo el procedimiento y previo el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos. De igual modo, estos bienes y derechos podrán ser objeto de prescripción adquisitiva por terceros, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil y

en las leyes especiales. Por otra parte, ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines determinados, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

5) Además de la obligación expresa de las Administraciones públicas, de los titulares de órganos de la Administración y de concesionarios de proteger y custodiar el patrimonio estatal, se impone a las Administraciones públicas la obligación de llevar un inventario y efectuar el registro de los bienes y derechos, tanto demaniales como patrimoniales (arts. 28, 29, 32 y 36). Las Administraciones públicas podrán recuperar por sí mismas la posesión indebidamente perdida sobre los bienes y derechos de su patrimonio, en el caso de bienes demaniales, en cualquier tiempo, pero si se trata de bienes y derechos patrimoniales la recuperación de la posesión en vía administrativa requiere que la iniciación del procedimiento haya sido notificada antes de que transcurra el plazo de un año, contado desde el día siguiente al de la usurpación. Pasado dicho plazo, para recuperar la posesión de estos bienes deberán ejercerse las acciones correspondientes ante los órganos del orden jurisdiccional civil (art. 55). El procedimiento se indica en el art. 56.

6) La afectación procede por disposición legal o por acto expreso del órgano competente. Sin perjuicio de ello, surtirán los mismos efectos de la afectación expresa los siguientes hechos y actos: a) la utilización pública, notoria y continuada por la Administración General del Estado o sus organismos públicos de bienes y derechos de su titularidad para un servicio público o para un uso general; b) la adquisición de bienes o derechos por usucapión, cuando los actos posesorios que han determinado la prescripción adquisitiva hubiesen vinculado el bien o derecho al uso general o a un servicio público, sin perjuicio de los derechos adquiridos sobre ellos por terceras personas al amparo de las normas de derecho privado; c) la adquisición de bienes y derechos por expropiación forzosa, supuesto en el que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 24.2 de la ley 33, los bienes o derechos adquiridos se entenderán afectados al fin determinante de la declaración de utilidad pública o interés social; d) la aprobación por el Consejo de Ministros de programas o planes de actuación general, o proyectos de obras o servicios, cuando de ellos resulte la vinculación de bienes o derechos determinados a fines de uso o servicio público, y e) la adquisición de los bienes mue-

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA - FERNÁNDEZ, *Curso*, 2006, t. I, p. 61, 526, 527 y 709 a 805.

bles necesarios para el desenvolvimiento de los servicios públicos o para la decoración de dependencias oficiales (art. 66).

También pueden ser afectados los inmuebles en construcción, en los términos que establezca la resolución que acuerde dicha afectación.

7) En cambio, los bienes y derechos demaniales perderán esta condición, adquiriendo la de patrimoniales, en los casos en que se produzca su desafectación, por dejar de destinarse al uso general o al servicio público.

Salvo en los supuestos previstos en la ley, la desafectación deberá realizarse siempre de manera expresa (art. 69), según el procedimiento que la misma ley indica (art. 70).

8) En el art. 71 se dispone sobre las mutaciones demaniales y en el art. 72 sobre las adscripciones de bienes patrimoniales a otros organismos públicos.

9) La ley también establece que los bienes inmuebles y derechos reales de los organismos públicos vinculados a la Administración General del Estado, que no les sean necesarios para el cumplimiento de sus fines, se incorporarán, previa desafectación, en su caso, al patrimonio de ésta.

Quedan exceptuados y podrán ser enajenados por los organismos públicos, en consecuencia, los bienes adquiridos por ellos con el propósito de devolverlos al tráfico jurídico patrimonial de acuerdo con sus fines peculiares (art. 80).

10) La explotación de los bienes o derechos patrimoniales podrá efectuarse mediante cualquier negocio jurídico, típico o atípico.

Serán de aplicación a estos negocios las normas contenidas en el capítulo I del título V de la ley 33. Los contratos para la explotación de los bienes o derechos patrimoniales no podrán tener una duración superior a veinte años, incluidas las prórrogas, salvo causas excepcionales debidamente justificadas (art. 106). Los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales se adjudicarán por concurso, salvo que, por las peculiaridades del bien, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación, proceda la adjudicación directa. Las circunstancias determinantes de la adjudicación directa deberán justificarse suficientemente en el expediente (art. 107). Los contratos y demás negocios jurídicos para la explotación de bienes se formalizarán del modo previsto en el art. 113 y se regirán por las normas de derecho privado correspondientes a su naturaleza, con las especialidades previstas en la ley (art. 107).

11) En el capítulo I del título V de la ley se regula específicamente sobre el régimen jurídico de los negocios patrimoniales.

Se destaca que los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por la ley y sus disposiciones de desarrollo y, en lo no previsto en estas normas, por la legislación de contratos de las Administraciones públicas. Sus efectos y extinción se regirán por la ley 33 y las normas de derecho privado.

Asimismo se aclara que el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan sobre estos contratos entre las partes. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con su preparación y adjudicación y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, de acuerdo con su normativa reguladora (art. 110).

Para la gestión de bienes patrimoniales se consagra la libertad de pactos que sean convenientes al interés público y no resulten contrarios al ordenamiento jurídico

En cuanto a la cesión gratuita, se prevé que los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General del Estado cuya afectación o explotación no se juzgue previsible podrán ser cedidos gratuitamente, para la realización de fines de utilidad pública o interés social de su competencia, a comunidades autónomas, entidades locales, fundaciones públicas o asociaciones declaradas de utilidad pública.

Igualmente, estos bienes y derechos podrán ser cedidos a Estados extranjeros y organizaciones internacionales, cuando la cesión se efectúe en el marco de operaciones de mantenimiento de la paz, cooperación policial o ayuda humanitaria y para la realización de fines propios de estas actuaciones (art. 145).

No podrán imponerse cargas o gravámenes sobre los bienes o derechos del patrimonio del Estado sino con los requisitos exigidos para su enajenación (art. 152). Finalmente, los bienes y derechos del patrimonio del Estado podrán ser permutados cuando, por razones debidamente justificadas en el expediente, resulte conveniente para el interés público, y la diferencia de valor entre los bienes o derechos que se trate de permutar, según tasación, no sea superior al 50% del valor mayor. Si la diferencia fuese mayor, el expediente se tramitará como enajenación con pago de parte del precio en especie.

La permuta podrá tener por objeto edificios a construir (art. 153). Serán de aplicación a la permuta las normas previstas para la enajenación de bienes y derechos, salvo lo dispuesto en cuanto a

la necesidad de convocar concurso o subasta pública para la adjudicación (art. 154).

12) Se trata, en definitiva, de un régimen jurídico especial que contempla las características peculiares de los bienes patrimoniales del Estado, que otorga un grado menor de tutela que en el caso de los bienes del dominio público, pero que, de todos modos, no deja de demostrar que los bienes patrimoniales están sometidos a un régimen propio.

Así, España ha avanzado hacia una moderna legislación sobre bienes estatales, en la cual los bienes inmuebles del dominio privado han sido objeto de especial reglamentación. Incluso la remisión a normas del derecho privado queda como supletoria, rigiendo en primer lugar las disposiciones de la ley 33, lo cual confirma el régimen especial establecido para los bienes del dominio privado del Estado.

§ 34. **ITALIA.** - La Constitución italiana, según la reforma del año 1947, establece en su art. 42, inc. 1, que "la propiedad es pública o privada" y que "los bienes económicos pertenecen al Estado, a entidades o a privados", de conformidad con lo ya dispuesto en el Código Civil italiano. En efecto, el Libro III del Código Civil se titula "De la propiedad" y el Capítulo II, del Título I, "De los bienes que pertenecen al Estado, a las entidades públicas y a las entidades eclesiásticas".

Estas disposiciones no sólo dejan de lado la discusión sobre el derecho de propiedad del Estado sobre sus bienes en general, sino que constituyen el fundamento para una distinción de régimen jurídico de bienes privados y de bienes públicos, que se caracteriza porque, mientras los sujetos privados pueden gozar y disponer libremente de sus bienes, dentro del límite del ordenamiento jurídico, los sujetos estatales resultan titulares de bienes para la obtención de sus propios fines institucionales, establecidos por la ley⁸.

Así, el derecho de propiedad del Estado sobre sus bienes resulta reconocido tanto en la constitución italiana, como en el Código Civil, y es pacífico en la doctrina⁹.

a) **LOS BIENES EN EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO Y EN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA.** Este reconocimiento de la propiedad pública en la Constitución italiana ha llevado a los autores a definir una categoría de

⁸ POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, en SCOCA (dir.), "Diritto amministrativo", p. 621 y 622.

⁹ GIANNINI, *I beni pubblici*, p. 61 y ss.; ZANOBINI, *Il regime amministrativo dei beni*, en "Corso", vol. IV, p. 6 a 10; GUICCIARDI, *Il demanio*, p. 10 y 11.

"bienes públicos", que comprende los bienes que, según la clasificación del Código Civil italiano se corresponden a los bienes "demaniales"¹⁰ y a los bienes "patrimoniales".

Tradicionalmente, se definen los bienes públicos como los bienes pertenecientes a las organizaciones públicas (requisito subjetivo) y destinados en lo funcional, de modo mediato o inmediato, a la satisfacción de intereses públicos (requisito objetivo)¹¹.

Sin embargo, para autores como SANDULLI, los "bienes públicos" son los bienes de interés público de propiedad de las entidades públicas, que tienen un régimen jurídico especial, excluyendo los bienes que las Administraciones públicas poseen a título de propiedad privada¹², pero que, además, por tratarse de una especie de bienes de "interés público", pueden comprender, no sólo los bienes de propiedad pública, sino también los bienes de titularidad de particulares, sometidos al especial régimen de derecho público, en función del interés y destino de esos bienes, como los de carácter histórico o artístico.

Esta posición de SANDULLI ha cobrado actualidad en estos últimos tiempos, teniendo en cuenta que muchos bienes destinados a servicios públicos han pasado de la titularidad pública a manos de empresas privatizadas, como en el caso de la energía y de las redes ferroviarias, como también con motivo de la venta de bienes públicos a favor de privados, con la condición de la conservación del destino. Se trata de privilegiar el destino del bien y del régimen jurídico que lo garantiza, ampliándose de este modo la categoría de los bienes de interés público, en la cual pueden incluirse tanto bienes de propiedad pública como privada¹³.

¹⁰ El adjetivo *demaniale* significa "de la pública hacienda" (ver AMBRUZZI, *Nuovo dizionario italiano-spagnolo*), en tanto que *beni demaniali* también se traduce como "bienes de propiedad pública" (ver SANÉ - SCHEPISI, *Il dizionario di spagnolo*). En el texto se empleará el término "demanial", para mejor interpretación de la palabra original.

¹¹ POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, en SCOCA (dir.), "Diritto amministrativo", p. 621 y 622.

¹² SANDULLI, *Scritti giuridici*, vol. IV, p. 123 y 124, si bien para este autor los bienes públicos son sólo los bienes "demaniales" y los patrimoniales indisponibles, excluyendo los patrimoniales disponibles. En cambio, para otros, los bienes públicos comprenden tanto los demaniales como los patrimoniales sin distinciones (CENTOFANTI, *I beni pubblici*, p. 9). Para CASSESE, los bienes públicos son numerosos y diferenciados, siendo difícil una clasificación que incluya los diferentes tipos de bienes y por lo tanto propone una exposición de las principales categorías, con base en las diversas formas de uso, como uso colectivo, uso de las administraciones públicas, uso económico [*I beni*, en CASSESE (dir.), "Istituzioni", p. 209 a 213].

¹³ CAPUTI JAMBRENGHI, voz "*Beni pubblici*", en "Enciclopedia giuridica", p. 2.

1) *Los bienes del dominio público en el Código Civil.* Respecto de sus principales aspectos, corresponden las siguientes apreciaciones.

a) *Nociones.* De acuerdo con el art. 822, referido al *dominio público*¹⁴, pertenecen al Estado y forman parte de aquél "la costa del mar, las playas, las radas y puertos, los ríos, torrentes, los lagos y las demás aguas definidas públicas en las leyes pertinentes [arts. 28, 692, Cód. Navegación]; las obras destinadas a la defensa nacional.

Igualmente forman parte del dominio público, si pertenecen al Estado, los caminos, las autopistas y las vías férreas; los aeródromos [art. 692, a, Cód. Navegación]; los acueductos; los inmuebles considerados de interés histórico, arqueológico y artístico, según las leyes respectivas; las colecciones de los museos, de las pinacotecas, de los archivos, de las bibliotecas; y finalmente los otros bienes que se encuentran sujetos por ley al régimen propio del dominio público [art. 824, Cód. Civil]".

En cuanto a los bienes de las provincias y de los municipios sujetos al régimen de los bienes "demaniales", los que se mencionan en el segundo párrafo del art. 822, si pertenecen a las provincias o a los municipios, están sujetos al régimen del dominio público. Al mismo régimen están sujetos los cementerios y los mercados municipales (art. 824).

Del mismo modo están sujetos al régimen del dominio público los derechos reales que le corresponden al Estado, a las provincias y a los municipios sobre bienes que pertenecen a otros sujetos, cuando estos derechos se constituyen para la utilidad de algunos de los bienes mencionados en los artículos precedentes o para obtener los fines de interés público que se corresponden a los que sirven esos mismos bienes (art. 825).

Los bienes "demaniales" son los bienes de propiedad de las entidades públicas que se mencionan en los arts. 822 y 824 del Cód. Civil. Además, a partir de lo dispuesto en la ley 281/1970, también están comprendidas las regiones. A éstas se transfirieron, por la misma ley, los puertos lacustres y los acueductos de interés regional.

¹⁴ La palabra en el Código Civil italiano es *demanio*, que se traduce literalmente como "patrimonio público" (ver SANÉ - SCHEPISI, *Il dizionario di spagnolo*). Aquí se traduce con la expresión "dominio público", en el significado de "propiedad pública". Esta traducción coincide con lo expuesto por CASSESE, en cuanto a que "la palabra *demanio* deriva de *dominium-domaine*, por lo tanto dominio y *demanio* serían equivalentes" (*I beni pubblici*, p. 294, nota 82).

En primer lugar, una característica de los bienes "demaniales" es que éstos son siempre bienes inmuebles o universalidades de muebles, pero nunca bienes muebles, y otra es que pertenecen necesariamente a las entidades públicas territoriales¹⁵.

Pero, además, se consideran bienes "demaniales" los demás bienes que las leyes especiales sujetan al régimen propio de dominio público. Por lo tanto, dado que la indicación de las figuras típicas efectuada por el legislador tiene carácter taxativo, sólo pueden aceptarse otras figuras, si fueron previstas en los textos legislativos¹⁶.

Se ha criticado que el Código Civil no ha dado una definición de estos bienes y se ha limitado a efectuar una enumeración de tales bienes, lo cual ha llevado a considerar que la "dominialidad" derive sólo del derecho positivo y de los criterios de la política legislativa¹⁷.

Al respecto, ha sido GUICCIARDI quien dio una noción de bienes demaniales, diciendo que "es demanial, y por lo tanto objeto de propiedad pública, cada bien inmueble, que pertenece a una entidad pública territorial, necesario a una función exclusiva de la misma entidad, a la que lo haya destinado"¹⁸.

Por otra parte, la doctrina ha efectuado una distinción entre bienes del dominio público necesario y bienes del dominio público eventual o accidental¹⁹.

Se comprenden en el dominio público necesario a los bienes que, por su naturaleza, no pueden sino pertenecer al Estado y son preexistentes a la calificación legislativa; tal es el dominio público marítimo (playas, costas de mar, puertos, lagunas), el dominio público hídrico (ríos, lagos, torrentes) o el dominio público militar (obras de defensa, fortalezas, puertos y aeropuertos militares). En esta categoría también se incluye a los puertos lacustres, que pertenecen a las regiones.

¹⁵ POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, en SCOCA (dir.), "Diritto amministrativo", p. 623.

¹⁶ SANDULLI, *Scritti giuridici*, vol. IV, p. 124.

¹⁷ ARSI, *I beni immobiliari nella teoria dei beni pubblici*, en MARI, "I luoghi delle Amministrazione", p. 21. Este autor indica que parte de la doctrina sostiene que la enumeración de la norma es taxativa (v.gr., SANDULLI, *Manuale*, p. 526; ALESSI, *Sistema di diritto amministrativo*, p. 450), mientras que otros autores opinan en contra (p.ej., GUICCIARDI, *Il concetto di demanio pubblico nel nuovo Codice Civile*, in "Studi in onore della CEDAM", p. 506; GIANNINI, *I beni pubblici*, p. 29; ZANOBINI, *Corso*, vol. IV, p. 10).

¹⁸ GUICCIARDI, *Il demanio*, p. 74.

¹⁹ SANDULLI, *Scritti giuridici*, vol. IV, p. 125; POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, en SCOCA (dir.), "Diritto amministrativo", p. 623; CENTOFANTI, *I beni pubblici*, p. 33 a 36.

A su vez, el dominio público necesario, puede ser natural o artificial, según que el bien sea del dominio público por naturaleza (playas, ríos, lagunas) o por obra del hombre (v.gr., puertos, cuarteles).

El dominio público accidental o eventual se refiere a aquellos bienes que son demaniales sólo si pertenecen al Estado, como en los casos del dominio público vial, ferroviario, aeronáutico, de los acueductos, los bienes de interés histórico y artístico y arqueológico. Es decir que estos bienes pueden pertenecer tanto a las entidades públicas territoriales, como a distintos sujetos, públicos o privados, pero si pertenecen a una entidad pública territorial, adquieren la condición de bienes del dominio público.

Sin perjuicio de esta clasificación basada en el sujeto, la condición de los bienes del dominio público se ha ampliado en los últimos años, configurándose bienes "objetivamente demaniales" en atención a la aplicación a éstos del mismo régimen jurídico, si bien la titularidad ha sido transferida a sujetos privados, en especial con motivo del proceso de privatizaciones italiano²⁰.

Por último, en el art. 825 del Cód. Civil se extiende el régimen del dominio público a los derechos reales sobre bienes de otros sujetos tanto para utilidad de alguno de los bienes públicos mencionados en los arts. 822 y 824 (lo que configura las "servidumbres públicas") como para el logro de los mismos fines de interés público que se persiguen con los bienes del dominio público "artificial" (lo cual configura las denominadas "servidumbres personales" o "derechos de uso cívicos"). Estos últimos son derechos a favor de una comunidad indeterminada de sujetos, considerados *uti cives*, sobre bienes de propiedad pública o privada, en vista de conseguir los fines de interés público que se corresponden a los mismos fines de los bienes "demaniales". Es decir que el bien debe tener las características intrínsecas idénticas a las de un bien "demanal", dado que, de lo contrario, no sería idóneo para producir el mismo beneficio a los ciudadanos²¹.

b) *El régimen jurídico de los bienes del dominio público.* Está previsto en el art. 823 del Cód. Civil, según el cual "los bienes que forman parte del dominio público son inalienables y no pueden ser objeto de derechos a favor de terceras personas [art. 1145, inc. 2, Cód. Civil] sino en los modos y dentro de los límites es-

²⁰ CASTORINA - CHIARA, *I beni pubblici*, en CENDON, "Commentario al Codice Civile", p. 114 y 115; POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, en SCOCA (dir.), "Diritto amministrativo", p. 631.

²¹ CASTORINA - CHIARA, *I beni pubblici*, en CENDON, "Commentario al Codice Civile", p. 217 a 226; CCass, Sez. II, 19/11/95, 9903.

tablecidos en las leyes pertinentes [arts. 30 y ss., y 694 y ss., Cód. Navegación].

Le corresponde a la autoridad administrativa la tutela de los bienes que forman parte del dominio público. Ella está facultada para actuar ya sea por la vía administrativa, ya sea valiéndose de los medios ordinarios para la defensa de la propiedad [arts. 948 a 951] y de la posesión [arts. 1168 a 1170] regulados en el presente Código".

De esta norma se deduce claramente el régimen jurídico de los bienes del dominio público, que se caracteriza, en primer lugar, por su inalienabilidad, establecida expresamente.

La inalienabilidad implica que estos bienes, en consideración del interés que reviste para la colectividad su conservación y destino de uso, no pueden ser transferidos a otros sujetos.

Por lo tanto, la posesión de estos bienes por parte de terceros no tiene ningún efecto, en los términos previstos por el art. 1145 del Cód. Civil, que en su inc. 1 establece que "la posesión de las cosas de las cuales no se puede adquirir la propiedad no tiene efectos" y, en consecuencia, no puede dar lugar a la usucapión, por aplicación del art. 2934.

Tampoco es posible la ejecución forzosa de tales bienes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2810 del Cód. Civil, que sólo permite constituir hipotecas sobre los bienes inmuebles que están en el comercio.

La última parte del art. 823 del Cód. Civil aclara que no pueden constituirse derechos a favor de terceros "sino en los modos y en los límites establecidos por las leyes pertinentes". Ello significa que, por tratarse de bienes fuera del comercio, sólo pueden ser objeto de derechos a favor de terceros mediante actos administrativos de carácter concesional y según la regulación de las leyes administrativas. Se admite, sin embargo, que pueden ser transferidos los bienes demaniales, que pueden pertenecer a cualquier ente territorial, entre estos mismos entes y sin modificar la condición de "demanal"²².

Por último, en cuanto a la posibilidad de expropiación de tales bienes, si bien existe debate en la doctrina, el art. 4, inc. 1, de la ley de expropiaciones (decr. presidencial 327/01) determina que los bienes del dominio público, sin distinguir si se refiere al dominio público necesario o al dominio público accidental, no pueden ser expropiados sin que antes se declare la desafectación (*demanializzazione*).

²² SANDULLI, *Scritti giuridici*, vol. IV, p. 134 y 135.

Fuera de estos casos, cualquier acto de disposición de estos bienes se considera nulo por imposibilidad en el objeto, en los términos del art. 1418, inc. 2, del Código Civil.

También se destaca que la norma prevé, en cuanto a la tutela de estos bienes, que la autoridad administrativa puede actuar no sólo por los medios ordinarios de defensa de la propiedad, sino también en "vía administrativa". Según la opinión de la doctrina y de la jurisprudencia mayoritaria, esta norma le permite a las autoridades administrativas competentes ejercer, aun en ausencia de una específica previsión legislativa, para el caso concreto, aquellos poderes de "policía demanial" genéricamente previstos por las legislaciones del sector, con la posibilidad, de adoptar disposiciones incluso de desalojo y de proceder en forma directa a su ejecución²³.

2) *Los bienes patrimoniales en el Código Civil.* Analizaremos a continuación su tratamiento en el ordenamiento civil italiano.

a) *Nociones.* El Código Civil se refiere a los denominados "bienes patrimoniales", a los que a su vez la doctrina ha clasificado en bienes patrimoniales indisponibles y bienes patrimoniales disponibles²⁴.

En tal sentido, "los bienes que pertenecen al Estado, a las provincias y a los municipios, que no estén comprendidos en los tipos indicados en los artículos precedentes, constituyen el patrimonio del Estado o, respectivamente, de las provincias y de los municipios.

Forman parte del patrimonio indisponible del Estado, los bosques que según las leyes pertinentes constituyen el *demanio* forestal del Estado, las minas, las canteras y turberas, cuando el propietario ha sido privado de disponer de ellas [art. 840, Cód. Civil], las cosas de interés histórico, arqueológico, paleontológico y artístico, que hayan sido encontradas en el subsuelo por cualquiera y de cualquier manera, los bienes que constituyen la dotación de la Presidencia de la República [art. 84, inc. 3, Const. italiana], los cuarteles, los armamentos, los aeromóviles militares [art. 745, Cód. Navegación] y las naves de guerra.

Forman parte del patrimonio indisponible del Estado o, respectivamente de las provincias o de los municipios, según su perte-

²³ POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, en SCOCA (dir.), "Diritto amministrativo", p. 624 y 625.

²⁴ CASSESE, *I beni*, en CASSESE (dir.), "Istituzioni", p. 214; GIANNINI, *I beni pubblici*, p. 61; POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, en SCOCA (dir.), "Diritto amministrativo", p. 627; ARSI, *I beni immobiliari nella teoria dei beni pubblici*, en MARI, "I luoghi delle Amministrazione", p. 21; CENTOFANTI, *I beni pubblici*, p. 188 y ss.; CASTORINA - CHIARA, *I beni pubblici*, en CENDON, "Commentario al Codice Civile", p. 274 y siguientes.

nencia, los edificios destinados a sede de oficinas públicas, con sus decoraciones, y los demás bienes destinados a un servicio público" (art. 826).

En esta norma se clasifican de modo residual, como bienes del patrimonio del Estado, provincias o municipios, los demás bienes que no están comprendidos en la categoría de bienes demaniales y se determina cuáles de estos bienes son "indisponibles".

b) *Bienes indisponibles. Clasificación. Destino.* Cabe destacar que, dentro de esta segunda categoría, el Código Civil menciona cuáles bienes se consideran indisponibles; es decir, formando parte del patrimonio indisponible, que queda sujeto a determinado régimen jurídico.

Este patrimonio indisponible se compone de los bienes que se mencionan en el segundo párrafo del artículo en comentario, en una enumeración taxativa.

1) Los bosques que, según las leyes pertinentes, forman parte del *demanio* forestal. Se ha criticado esta expresión, porque parece contradictorio definir estos bienes como patrimoniales y decir que pertenecen al *demanio* forestal. De todos modos esta norma fue modificada por la ley 281/70, que en su art. 11, inc. 5, estableció que los bosques, que según las leyes vigentes pertenecen al Estado, sean transferidos a las regiones y pasen a formar parte del patrimonio indisponible regional²⁵.

2) Las minas, canteras, turberas, cuando el dueño haya sido privado de disponer de ellas. Cabe destacar que las minas se rigen por el real decr. 1443/1927 y que en general pertenecen al patrimonio indisponible del Estado. Las canteras y las turberas pueden ser explotadas por el propietario del fundo, pero pasan a las regiones en caso de que no sean explotadas o sean mal explotadas, siendo que quedan sometidas al mismo régimen que las minas. Rige el art. 62 del decr. presidencial 616/1977²⁶.

3) Las cosas de interés histórico, arqueológico, paleontológico y artístico, que hayan sido encontradas en el subsuelo por cualquiera y de cualquier manera. Estos bienes son denominados bienes culturales y se rigen por el decr. leg. 42/2004.

4) Los bienes que constituyen la dotación de la Presidencia de la República. Se trata de la dotación de los bienes que se le

²⁵ CASSESE, *I beni*, en CASSESE (dir.), "Istituzioni", p. 215; POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, en SCOCA (dir.), "Diritto amministrativo", p. 628.

²⁶ POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, en SCOCA (dir.), "Diritto amministrativo", p. 628.

asignan en los términos del art. 84, inc. 3, de la Constitución italiana, según la cual "se determinarán por ley la asignación y la dotación del presidente".

5) Los cuarteles, los armamentos, los aeromóviles militares y las naves de guerra. Se trata de los bienes de uso militar.

A esta enumeración debe agregarse la fauna selvática, que ha sido considerada patrimonio indisponible del Estado en los términos del art. 1º de la ley 157/1992.

Separadamente, en el último párrafo de la norma en comentario se mencionan, en cambio, otro tipo de bienes del patrimonio indisponible, que son los que están destinados a un servicio público; esto es, los edificios destinados a sede de oficinas públicas, con sus decoraciones, y los demás bienes destinados a un servicio público. Estos bienes pueden pertenecer al Estado, a las provincias o a los municipios y últimamente a las regiones, en atención a lo dispuesto por el decr. presidencial 617/77.

Se puede decir que entre estos bienes indisponibles también están los subgrupos de los bienes indisponibles por un destino dado por su naturaleza, que la norma protege por distintos intereses públicos²⁷, y de los bienes indisponibles por destinarse a un servicio público²⁸.

La característica principal de estos bienes indisponibles es el vínculo del destino; la entidad pública propietaria tiene la obligación de utilizarlos sólo de conformidad con su destino, y no puede realizar ningún acto de disposición que implique modificación de éste. Para los terceros también existe la prohibición de realizar actos que lo impidan²⁹. Es decir que la norma acentúa el destino de fin público del bien, de modo que algunos autores prefieren hablar de "bienes con destino público"³⁰.

Los bienes del patrimonio indisponibles pueden ser tanto bienes inmuebles, como muebles (p.ej., objetos de interés histórico, artístico, arqueológico).

²⁷ GIANNINI, *I beni pubblici*, p. 66 a 68.

²⁸ CAMMEO explica que hay que atribuir a la fórmula "servicio público" el significado de "cualquier actividad de los entes públicos" que constituyan prestaciones directamente útiles a los ciudadanos, a menos que "estén simplemente destinados a la producción de una renta" (*Corso*, p. 483).

²⁹ GIANNINI, *I beni pubblici*, p. 66.

³⁰ ARSI, *I beni pubblici*, en CASSESE (dir.), "Diritto amministrativo speciale", t. II, p. 1763. Ver para ampliar, en general, LOLLI, *I beni pubblici per destinazione: formazione ed estinzione della fattispecie*, "Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile", 1997-III-629; CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*; CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica*.

Por otra parte, entre estos bienes, también pueden distinguirse bienes indisponibles por su naturaleza (como las minas, canteras y turberas), por pertenencia (es decir, por pertenecer a una determinada entidad estatal -p.ej., las cosas de interés artístico o histórico-) y por pertenencia y por destino (o sea, por pertenecer a una entidad pública y haber sido destinados a un específico fin público -v.gr., los bienes destinados a oficinas públicas-).

c) *Régimen jurídico de los bienes patrimoniales*. Cabe destacar que el art. 828 del Cód. Civil se refiere a la condición jurídica de los bienes patrimoniales, indicándose, en el primer párrafo, el régimen jurídico sobre estos bienes en general y en el segundo párrafo, específicamente, sobre los bienes indisponibles. En tal sentido, "los bienes que constituyen el patrimonio del Estado, de las provincias y de los municipios están sujetos a las reglas especiales pertinentes y, en cuanto no se disponga diferentemente, a las disposiciones de este Código.

Los bienes que forman parte del patrimonio indisponible no pueden perder su destino sino en los modos que establecen las leyes pertinentes".

En primer lugar hay que advertir que el primer párrafo de este artículo se refiere a los bienes patrimoniales en general, y se dispone que éstos se rigen por sus reglas especiales y por las del Código Civil, en tanto no se haya dispuesto de otro modo.

Ello significa, por lo tanto, que estos bienes están sometidos a su propio régimen jurídico y que sólo se aplica el Código Civil si no hay normas que se le opongan; es decir que estos bienes se rigen por las normas propias de derecho público y, de modo complementario, por el Código Civil, compatibilizando con los principios de derecho público³¹.

Se aclara que la particular naturaleza de los entes territoriales, como propietarios de los bienes, influye de tal modo en el régimen jurídico que modifica los criterios normales que regulan el derecho de propiedad según el Código Civil.

El segundo párrafo de esta norma, en cambio, se refiere al régimen jurídico de los bienes indisponibles y también hace un reenvío a las leyes especiales, las que indicarán el modo en que los bienes indisponibles pueden perder su destino.

Lo establecido en esta norma determina el régimen jurídico de los bienes indisponibles, imponiendo que sólo una ley especial po-

³¹ RESTA - IARICCI, *I beni pubblici*, en SCIALOJA - BRANCA (dirs.) "Commentario", p. 135.

drá cambiar su destino, dado que éste ha sido la razón de ser de la categoría del bien.

Por lo tanto, el régimen jurídico a que están sometidos estos bienes es diferente del de derecho común. Se encuentran sometidos a un régimen jurídico de derecho público atenuado³², si bien no existe un régimen jurídico uniforme al respecto.

La doctrina parte de la interpretación de que estos bienes están fuera del comercio, dado el vínculo de destino, y por lo tanto no pueden ser vendidos, mientras se mantenga dicho vínculo.

Por otro lado, se aclara que, a diferencia de los bienes "demaniales" -cuya inalienabilidad se justifica porque están destinados a un uso directo de la colectividad-, en el caso de los bienes indisponibles el uso directo es el de la Administración, mientras que la colectividad tiene un uso de modo indirecto.

La indisponibilidad de estos bienes implica que éstos no son usucapibles, son inexpropiables (salvo que se compruebe un interés público superior, como lo especifica la ley de expropiaciones -art. 42, de cr. presidencial 327/2001-) y no pueden ser objeto de ejecución o embargo. Además, resultan nulos los actos administrativos o los negocios privados que se opongan al destino del bien³³.

La jurisprudencia se inclina por extender a los bienes del patrimonio indisponible el mismo régimen jurídico que a los bienes "demaniales", en particular en cuanto a la "no comerciabilidad"³⁴, a la "no usucapición"³⁵ y al poder de autotutela³⁶.

Una parte de la doctrina ha criticado la distinción entre "demanio" y patrimonio indisponible, pues es una distinción formal más que sustancial, debido a que los parámetros utilizados para incluir los bienes en una categoría u otra responden a criterios opinables que pueden variar con el tiempo. Se trata de dos categorías de bienes públicos sujetos a dos regímenes jurídicos diferentes, que se caracterizan por normas de protección de distinta intensidad, mayor en el de los bienes "demaniales" que en el de los bienes "patrimoniales indisponibles"³⁷.

³² POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, en SCOCA (dir.), "Diritto amministrativo", p. 628.

³³ ARSI, *I beni pubblici*, en CASSESE (dir.), "Diritto amministrativo speciale", t. II, p. 1794.

³⁴ CCass, Sez. unica, 14/11/03, 17.295.

³⁵ CCass, Sez. II, 28/6/02, 12.608.

³⁶ Consejo de Estado, Sez. V, 1/10/99, 1224.

³⁷ RENNA, *I beni pubblici*, en CASSESE (dir.), "Dizionario", p. 715; ZANOBINI, *Dei beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici*, en D'AMELIO (dir.), "Codice Civile", p. 81 y siguientes.

En definitiva, si bien la intención del legislador del Código Civil era evitar la modificación del destino de estos bienes, pero no su comercio, y por lo tanto su régimen jurídico debió ser más flexible que el régimen de los bienes del dominio público, estas disciplinas se asimilaron, tanto por la labor de la jurisprudencia como por las disposiciones de la legislación local³⁸.

En cuanto a la adquisición y pérdida del carácter de indisponibilidad, ambas circunstancias dependen del tipo de bienes indisponibles.

1) Los bienes indisponibles "por naturaleza" adquieren o pierden su condición de indisponibles simplemente por la existencia o desaparición del bien en sí.

2) Los bienes indisponibles por "pertenencia" adquieren dicha condición en el momento en el que resultan de propiedad de una entidad pública y la pierden con el acto de transferencia a terceros (se entiende "del modo en que las leyes lo permitan", en los términos del art. 828, Cód. Civil).

3) Los bienes indisponibles "por pertenencia y por destino" adquieren el carácter de indisponibles cuando, una vez de propiedad de una entidad pública, reciben un específico destino. Inversamente ocurre la pérdida del destino³⁹.

De todos modos, en este caso, al igual que para los bienes "demaniales", la jurisprudencia sostiene que, además del acto administrativo que dispone el destino, éste debe darse efectivamente⁴⁰, y que, en cuanto a la pérdida del destino por actos tácitos o implícitos de la administración, tales manifestaciones deben ser "inequívocas" y "permanentes"⁴¹.

El régimen de uso de los bienes indisponibles está estrechamente vinculado al régimen jurídico. Al respecto, se ha afirmado que las relaciones entre la Administración y los particulares, a fin de permitirle a un particular la utilización de un bien de esta naturaleza para finalidades compatibles con su especial destino público, están sujetas a la disciplina de los negocios jurídicos de derecho público; es decir, al régimen de las concesiones administrativas⁴².

d) *Bienes disponibles. Criterio residual.* La doctrina sostiene que los bienes disponibles son todos aquellos que pertenecen

³⁸ RENNA, *I beni pubblici*, en CASSESE (dir.), "Dizionario", p. 724.

³⁹ Al igual que para los bienes "demaniales" (CCass, Sez. II, 7/4/06, 8204).

⁴⁰ CCass, Sez. unica, 28/6/06, 14.865.

⁴¹ CCass, Sez. unica, 11/1/02; id., Sez. II, 19/2/07, 374. v.

⁴² CCass, 9/3/79, 1461, citado, entre otros, por CASTORINA - CIARA, *I beni pubblici*, en CENDON, "Commentario al Codice Civile", p. 354.

a sujetos públicos, pero distintos de los bienes "demaniales" y de los bienes patrimoniales indisponibles. Se trata de bienes públicos sólo porque pertenecen a sujetos públicos, pero su régimen jurídico, en principio, es el mismo que el de los bienes que pertenecen a los particulares⁴³.

Estos bienes están regulados por el derecho común, con excepción de las derogaciones previstas en las "disposiciones de leyes especiales", según lo dispuesto en el art. 830, inc. 1, del Cód. Civil, que —cada vez en mayor medida— se vinculan a objetivos de política económica, mediante un régimen jurídico especial aplicado a los bienes privados de propiedad de los poderes públicos⁴⁴.

Se trata de bienes para los cuales debe excluirse el actual y efectivo destino a un servicio público y se utilizan como bienes económicos, dados por la Administración a los particulares, con la única finalidad de obtener una renta⁴⁵.

La Administración es titular de los bienes del patrimonio disponible, a título de propiedad privada⁴⁶, y por lo tanto, para algunos autores, estos bienes no están comprendidos en la categoría de bienes públicos⁴⁷, si bien para otros la categoría de bienes públicos comprende también la del llamado *patrimonio disponible*⁴⁸.

Se sostiene que todos los bienes de propiedad pública, según el reconocimiento de esta categoría que hace la Constitución italiana en su art. 42, inc. 1, están destinados en su utilización a un fin de interés público y que es ello lo que justifica su régimen jurídico público. Sin embargo, se aclara también que no todos los bienes están "en concreto" y "en todas sus partes" destinados a una función o servicio público. El régimen público "se activa" en el momento en que se manifiesta el destino; de no ser así, están regulados por el derecho común⁴⁹.

La jurisprudencia también ha sostenido que forman parte del patrimonio disponible los bienes que están excluidos de un actual y efectivo destino a un servicio público y, viceversa, que son utiliza-

⁴³ POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, en SCOCA (dir.), "Diritto amministrativo", p. 629; GIANNINI, *I beni pubblici*, p. 61.

⁴⁴ CAPUTI JAMBRENGHI, voz "*Beni pubblici*", en "Enciclopedia giuridica", p. 20.

⁴⁵ CCass, Sez. III, 5/10/94, 8123.

⁴⁶ GIANNINI, *I beni pubblici*, p. 61.

⁴⁷ SANDULLI, *Scritti giuridici*, p. 124.

⁴⁸ COLOMBINI, *Demanio e patrimonio dello Stato e degli enti pubblici*, "Digesto delle Discipline Pubblicistiche", vol. V, p. 1, citado por ARSI, *I beni pubblici*, en CASSESE (dir.), "Diritto amministrativo speciale", t. II, p. 1759; POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, en SCOCA (dir.), "Diritto amministrativo", p. 627.

⁴⁹ CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica*, p. 58.

dos por la Administración propietaria como bienes económicos que se otorgan en uso a particulares sólo para obtener recursos patrimoniales⁵⁰.

Estos bienes comprenden bienes corporales, como los inmuebles; bienes incorporeales, como derechos reales sobre bienes ajenos; créditos, por uso, usufructo, cánones enfitéuticos o de concesiones; títulos de crédito, como bonos del Tesoro o acciones de sociedades de las cuales la entidad pública sea accionista; recursos tributarios o patrimoniales⁵¹.

Asimismo, constituyen bienes disponibles los alojamientos destinados por el Estado para satisfacer exigencias de determinadas personas necesitadas⁵², si bien algunas normativas locales los incluyen entre los bienes indisponibles (p.ej., Reglamento para la Gestión de los Bienes Inmuebles del Municipio de Venecia —res. Concejo Municipal 231/94—, art. 4°).

En igual sentido, se considera que el dinero de una Administración pública es un bien disponible que resulta embargable, siempre que, en función de las normas de contabilidad pública, no se le haya dado un preciso destino a fines especiales⁵³.

e) *Régimen jurídico del patrimonio disponible*. En principio, el régimen jurídico de los bienes del patrimonio disponible es de derecho privado. Por lo tanto, estos bienes son comerciables, alienables, usucapibles y sujetos a ejecución forzada⁵⁴.

Sin embargo, cabe destacar que, en el caso del patrimonio inmobiliario público, la cesión de tales bienes debe efectuarse según las formas que dispone el derecho público especial, y la elección del cocontratante se realiza mediante los procedimientos de licitaciones, según lo ya establecido en las disposiciones de contabilidad del Estado. Se gestionan mediante contratos de alquiler y comodato.

Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido que no basta la concesión de un bien del patrimonio disponible, para alojamiento de un empleado público, para transformar al bien en indisponible, dado que resulta necesario un específico acto de destino, a menos

⁵⁰ CCass, Sez. III, 5/10/94, 8123.

⁵¹ ARSI, *I beni pubblici*, en CASSESE (dir.), "Diritto amministrativo speciale", t. II, p. 1760.

⁵² Tribunal Administrativo Regional del Lazio, 10/3/95, 276.

⁵³ POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, en SCOCA (dir.), "Diritto amministrativo", p. 629.

⁵⁴ ARSI, *I beni pubblici*, en CASSESE (dir.), "Diritto amministrativo speciale", t. II, p. 1761.

que la indisponibilidad resulte de ser un bien incluido en las categorías del art. 826 del Cód. Civil, pues tales bienes sólo pueden ser asignados por negocios de derecho privado⁵⁵.

Finalmente, en cuanto a la tutela de estos bienes, se utilizan los instrumentos de derecho privado en defensa de la propiedad y de la posesión, regulados en el Código Civil y con la intervención del juez común⁵⁶. La jurisprudencia ha sostenido que estos bienes están sometidos al régimen privado y pueden ser objeto de autotutela sólo en los casos de expresa previsión legislativa⁵⁷.

En definitiva, se sostiene que los bienes que constituyen el patrimonio disponible de las entidades públicas están, en general, sujetos a las reglas del derecho civil —sea en lo que respecta al contenido del derecho de propiedad y las relativas limitaciones, sea en lo que respecta a negocios y relaciones jurídicas, de las cuales puedan ser objeto— y que las leyes administrativas, si bien establecen reglas particulares, se interpretan —como normas de *ius singulare*— restrictivamente y, por lo tanto, cualquier caso no regulado de manera expresa queda sometido a las normas comunes del derecho privado⁵⁸.

Sin embargo, con relación al régimen jurídico de estos bienes patrimoniales disponibles se destaca que, si bien los autores y la jurisprudencia italiana coinciden en que estos bienes se rigen por las normas del derecho privado, ello no surge claramente del propio art. 828 del Cód. Civil italiano, que precisamente se refiere a los bienes que constituyen el patrimonio del Estado, de las provincias y de los municipios, estableciendo que están sujetos a las reglas especiales pertinentes y, en cuanto no se disponga de otro modo, por el Código Civil.

Al respecto, el Código Civil, en su art. 11, establece que “las provincias y los municipios, como también las entidades públicas reconocidas como personas jurídicas gozan de los derechos, según las leyes y usos observados como derecho público”.

Se comenta de esta norma, en primer lugar, que se refiere también al Estado y a las regiones, siendo ello pacífico en la doctrina, y en segundo lugar que de esta norma se deriva la existencia de una suerte de régimen especial para todas las personas jurídicas públicas, frente a las personas jurídicas privadas, siendo ello ade-

⁵⁵ Consejo de Estado, Sez. contr., 26/1/98, 10.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sez. IV, 30/7/74, 561.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sez. V, 12/10/73, 670.

⁵⁸ CCass, Sez. unica, 15/7/99, 391, citado por CASTORINA - CHIARA, *I beni pubblici*, en CENDON, “Commentario al Codice Civile”, p. 276.

más determinante de la categoría. Este régimen especial se basa en que, mientras las personas jurídicas privadas se rigen sólo por el derecho común, las personas jurídicas públicas utilizan el derecho común en los límites que está permitido por la normativa especial respectiva. Significa, en síntesis, que las entidades públicas aplican instrumentos del derecho civil siempre que esté previsto en la ley y con el límite de las específicas disposiciones de las leyes administrativas, que regulan el goce de tales derechos civiles⁵⁹.

Cabe destacar que, según el art. 1º de la ley de procedimiento administrativo 241/90, “la Administración pública italiana, cuando no adopta actos de autoridad, actúa según normas del derecho privado, a menos que la ley disponga de otro modo”⁶⁰.

Es decir que en el derecho italiano se le aplica a la Administración pública tanto el derecho privado como el administrativo, según los casos, y en consecuencia, con relación a los bienes disponibles, predomina la regulación del derecho privado, si bien —para todo lo que se refiere a la elección del contratante— estos bienes se rigen por normas administrativas, que imponen la selección pública⁶¹.

f) *Bienes vacantes*. Otros bienes que forman parte del patrimonio disponible son los bienes inmuebles que carecen de propietarios. Al respecto dice el art. 827 del Cód. Civil que “los bienes inmuebles que carecen de dueño corresponden al patrimonio del Estado”.

⁵⁹ CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica*, p. 42.

⁶⁰ SORACE aclara que en Italia se define como “derecho administrativo” a esa parte del derecho de las Administraciones públicas formada por el derecho, que es diferente del derecho común y que se aplica a los actos de autoridad y a otros actos, si está previsto en la ley, y que consiste en reglas, principios generales y principios más específicos, en gran parte elaborados por la jurisprudencia, que se refieren a la actividad y a la organización administrativa, como también a la tutela judicial. A su vez, los actos a los cuales se les aplica este “régimen de derecho administrativo” se llaman “actos administrativos” y a veces son actos de otros sujetos diferentes de las administraciones públicas. Aclara este autor, sin embargo, que actualmente es frecuente someter al derecho administrativo actos de “no autoridad” y que muchas veces se entiende como si existiera una regla inversa a la enunciada; es decir, como si a cualquier actividad de las administraciones públicas se les debiera aplicar el derecho administrativo, a menos que la ley lo disponga de otro modo (*Diritto delle Amministrazioni pubbliche*, p. 35).

⁶¹ El real decr. 2440, del 18 de noviembre de 1923, estableció las normas sobre la administración y la contabilidad general del Estado y el real decr. 827, del 23 de mayo de 1924, aprobó el reglamento para la administración del patrimonio y sobre la contabilidad general del Estado. Según este último, “los bienes patrimoniales del Estado se distinguen en inmuebles y muebles, y en disponibles y no disponibles” (art. 6º). Además, dispuso que “todos los contratos de los cuales se deriven ingresos o gastos del Estado deben ser precedidos de licitaciones públicas, excepto en los casos indicados en las leyes especiales y en los artículos siguientes” (art. 37).

Al respecto la jurisprudencia ha aclarado que los bienes que carecen de dueño no son "demaniales", sino que pertenecen al patrimonio (disponible) del Estado⁶².

Por otro lado, en los territorios de las regiones que tienen estatuto especial, como Trentino-Alto Adigio, Sicilia y Cerdeña, los inmuebles que carecen de dueño no pertenecen al Estado sino a las regiones.

En cuanto a la naturaleza del título de la adquisición, se ha precisado que, mientras la adquisición de los bienes del difunto por parte del Estado en ausencia de otros sucesores, en virtud del art. 586 del Cód. Civil, se produce *iure successionis* y, por lo tanto, a título derivado, la adquisición de los bienes inmuebles "que carecen de dueño", previsto en el art. 827 del Cód. Civil se produce a título originario⁶³.

3) *Bienes de las entidades públicas no territoriales.* El Código Civil se refiere también a estos bienes. Así, "los bienes que pertenecen a las entidades públicas no territoriales están sujetos a las reglas del presente Código, salvo lo que establezcan las disposiciones de las leyes especiales.

A los bienes de tales entidades que están destinados a un servicio público se aplican las disposiciones del segundo inciso del art. 828" (art. 380).

Las entidades públicas no territoriales tienen capacidad jurídica para poseer un patrimonio, dado que son sujetos de derecho, en los términos del art. 11 del Cód. Civil y, en principio, sus bienes se rigen por las normas de dicho ordenamiento, si no existen normas especiales.

Sin embargo, la naturaleza pública incide en las facultades que la ley común les otorga a estas entidades, dado que, cuando los bienes que ellas poseen están destinados a un servicio público—caso en el que se consideran, según el Código Civil, bienes indisponibles—, están sujetas a las normas dictadas para el patrimonio indisponible del Estado y de los demás entes territoriales⁶⁴.

La jurisprudencia ha sostenido que, tal como en el caso de los bienes patrimoniales del Estado y de los entes territoriales, la indisponibilidad del patrimonio de una entidad pública no territorial puede surgir, según lo dispuesto por el art. 830 del Cód. Civil, del concreto destino de sus bienes al servicio público y éste, a su vez,

⁶² CCass, 14/4/66, 942.

⁶³ CASTORINA - CHIARA, *I beni pubblici*, en CENDON, "Commentario al Codice Civile", p. 339.

⁶⁴ CASTORINA - CHIARA, *I beni pubblici*, en CENDON, "Commentario al Codice Civile", p. 391.

de una ley o de un acto administrativo. La locución "servicio público" expresa el concepto, genérico y amplio, de fines del ente al cual los bienes patrimoniales sirven; o sea, de relación instrumental entre tales bienes y la misma entidad⁶⁵.

Con respecto a la noción de entidad pública, se destaca que se la define como sujeto creado según normas de derecho público para la obtención de determinados fines públicos⁶⁶.

4) *Inicio y pérdida de la condición de dominio público.* En nuestra doctrina, cada uno de estos momentos se identifica respectivamente con los términos "afectación" y "desafectación".

a) *Afectación.* Los bienes del dominio público necesario natural, en los términos del art. 822, inc. 1, del Cód. Civil italiano, adquieren dicha condición por la mera existencia de las características físicas propias que se corresponden a las descriptas en la ley. En efecto, no se presentan problemas para aquellos bienes que, por su condición natural, tienen siempre y necesariamente los elementos de los bienes públicos, como ríos, lagos y minas⁶⁷.

En cambio, los bienes del dominio público necesario artificial adquieren tal condición con dos requisitos. Primero, tienen que ser creados por el hombre con las características objetivas establecidas en la ley. En segundo lugar, deben ser destinados efectivamente a la satisfacción de exigencias de interés público previstas por la ley, mediante una manifestación de voluntad de la Administración pública que no necesariamente debe ser expresa, sino que también puede ser implícita, como sería la decisión de construir un puerto⁶⁸.

⁶⁵ CCass, 20/7/57, 3061.

⁶⁶ Ver GIANI, *L'organizzazione amministrativa*, en SCOCCA (dir.), "Diritto amministrativo", p. 98. La autora citada señala que estas entidades se caracterizan por una constante mutación, en especial a partir de la segunda mitad del siglo pasado, ya sea para lograr una mejor gestión o por razones económicas del gasto. Se llega, así también, a un proceso de privatizaciones que crea nuevos sujetos de naturaleza jurídica privada, para el desempeño de determinadas actividades y fines de interés público. Al respecto, se ha generado un gran debate sobre el carácter público o privado de estos sujetos, que fue cerrado por la Corte Constitucional, que les reconoció una "instrumentalidad pública", sin necesidad de definir su naturaleza jurídica (CConst, 28/12/93, 446). A ello contribuyó la directiva 89/440 de la CCE, que introdujo la figura del "organismo de derecho público", que comprende a todos los sujetos nacionales, independientemente de su naturaleza jurídica, que presentan características tales que operan según los criterios de cualquier empresario privado y que, desde un punto de vista sustancial, justifican la aplicación del régimen de licitaciones públicas.

⁶⁷ SANDULLI, *Scritti giuridici*, vol. IV, p. 139.

⁶⁸ POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, en SCOCCA (dir.), "Diritto amministrativo", p. 626; CASSESE (dir.), *Istituzioni*, p. 217; SANDULLI, *Scritti giuridici*, vol. IV, p. 140.

Sin embargo, las clasificaciones efectuadas por la Administración, como la inclusión en listas o inventarios, tienen valor meramente declarativo y no constitutivo⁶⁹.

Aunque se sostiene que para la constitución de un bien del dominio público es necesario el concurso de los elementos subjetivo (es decir, la voluntad administrativa de destinar el bien a una finalidad de interés público) y objetivo (o sea, el uso concreto del bien al destino público), no bastando el mero acto de destinación, no debe olvidarse que, aunque el acto de destinación no produzca efectos directos en sí, obliga a un comportamiento de la Administración, seguramente productor de efectos jurídicos externos⁷⁰.

Iguales soluciones se aplican con relación a los bienes del dominio público eventual. Sin embargo, para estos bienes debe también darse la condición de pertenecer a una entidad pública territorial⁷¹.

Cabe concluir con SANDULLI, entonces, que los arts. 822 y 826 del Cód. Civil reconocen respectivamente, tanto para los bienes artificiales como para los naturales, el carácter de la "dominialidad" y de la indisponibilidad, sólo si los bienes encuadran en alguna tipología (puertos, fortalezas, bosques, vías de comunicación, bienes de interés artístico e histórico) allí indicada. La adquisición de la condición de bien "público" se vincula, por lo tanto, a una situación de hecho y no a un acto jurídico.

Se destaca que el bien, además de encuadrar en el tipo legal de los bienes públicos, tiene que pertenecer a una entidad pública. Sin embargo, si se trata de bienes que configuran el tipo legal, pero que aún no pertenecen a las entidades públicas (p.ej., una biblioteca), su condición de bien de dominio público se adquiere con el acto mismo de su transferencia a la entidad pública.

Por último, otra modo por el cual se adquiere la condición de bien del dominio público es por creación legal de un nuevo tipo de bienes, que ya se encuentre en poder de los entes públicos. Por ejemplo, con la vigencia del Código Civil de 1942 adquirieron la condición de bienes del dominio público las bibliotecas de los entes públicos territoriales⁷².

b) *Desafectación*. Con relación a este tema, el art. 829 del Cód. Civil dice que "el pasaje de los bienes del dominio público al

⁶⁹ Ver SANDULLI, *Scritti giuridici*, vol. IV, p. 139.

⁷⁰ LOLLU, *I beni pubblici per destinazione: formazione ed estinzione della fattispecie*, "Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile", 1997-III-629.

⁷¹ CCass, Sez. II, 7/4/06, 8204.

⁷² SANDULLI, *Scritti giuridici*, vol. IV, p. 140.

patrimonio del Estado debe ser declarado por la autoridad administrativa" y determina que el acto "debe ser publicado en el Boletín Oficial de la República".

A su vez agrega que, "con respecto a los bienes de las provincias o de los municipios, la disposición que declara el pasaje al patrimonio debe ser publicada en los modos establecidos en las reglamentaciones municipales o provinciales".

Si bien, según esta norma, el pasaje de los bienes del dominio público a la condición de bienes patrimoniales debe ser declarado por la autoridad administrativa, la doctrina ha sostenido que dicho acto administrativo tiene sólo carácter declarativo, siendo necesario que se configure la pérdida de las características fácticas del bien como de dominio público⁷³.

Sin embargo, la jurisprudencia ha sido estricta en la interpretación de la pérdida de la condición de dominio público efectuada de modo tácito y se requiere que los hechos constituyan una manifestación inequívoca de la voluntad de la Administración, de modo que estos supuestos son más bien teóricos que prácticos⁷⁴.

Por último, cabe señalar que la pérdida del carácter del bien como del dominio público no significa automáticamente la pérdida de la propiedad sobre tal bien por parte de la Administración pública, sino simplemente el pasaje a la categoría de los bienes del patrimonio disponible y, por lo tanto, a la sujeción al régimen jurídico de estos bienes.

Se aclara que también puede existir el pasaje de un bien del dominio público a la categoría de bien patrimonial indisponible, que se produce, por ejemplo, cuando una biblioteca que pertenece a una entidad pública territorial se transfiere a una entidad pública institucional⁷⁵.

Al respecto, CASSESE comenta que los hechos y los actos jurídicos tanto pueden hacer adquirir como modificar o extinguir la condición de bienes del dominio público, pero que, mientras en el ordenamiento jurídico francés es necesario el dictado de un acto expreso, en el ordenamiento italiano no rige el principio del acto formal, y que la pérdida de tal carácter ocurre por la desnaturalización del objeto (como cuando un edificio resulta inservible a los fines militares) o se modifica el destino del bien (como cuando una es-

⁷³ SANDULLI, *Scritti giuridici*, vol. IV, p. 141, quien destaca que configura una excepción a este criterio lo dispuesto por el art. 35 del Cód. de la Navegación que establece indispensable, para la desafectación del dominio público marítimo, un decreto del ministro de la marina mercante.

⁷⁴ CCass, Sez. unica, 26/7/02, 11101.

⁷⁵ SANDULLI, *Scritti giuridici*, vol. IV, p. 141.

cuela se traslada a otro lugar). Sin embargo, también destaca este autor que la jurisprudencia admite la extinción del carácter "dominial" sólo en presencia de actos o hechos que demuestren de modo inequívoco la voluntad de la Administración de excluir el bien del destino público de modo permanente. No es suficiente que el bien no se haya usado por mucho tiempo⁷⁶.

Un caso especial de modificación del destino de un bien del dominio público se presenta cuando éste está destinado a "usos cívicos". Como se mencionó al comentar el art. 825 del Cód. Civil, estos usos son derechos de utilización ejercidos por parte de algunas comunidades sobre terrenos de propiedad de los municipios y aun de terceros. Se refieren al derecho a pastar, a cazar, a sembrar, a sacar leña. Estos derechos tienen cierta afinidad con el uso público de un bien, pero se caracterizan por la perpetuidad del vínculo de la comunidad. Por lo tanto, ha sido reglamentado el reordenamiento de los usos cívicos en la ley del 1766, del 16 de junio de 1927, que establece que los municipios y las asociaciones no pueden vender tales bienes ni modificar su destino sin la autorización del Ministerio de Economía nacional y ahora también de las regiones. La jurisprudencia sostuvo que la evaluación del nuevo destino de los terrenos asignados a usos cívicos debe representar un beneficio para la generalidad de los habitantes y puede referirse a cualquier tipo de interés colectivo, de naturaleza agrícola o de otro tipo (v.gr., industrial, comercial, higiénico, sanitario, turístico, ambiental)⁷⁷.

b) *EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS BIENES INMUEBLES. NORMAS ESPECIALES.* Las disposiciones del Código Civil italiano no agotan en absoluto el complejo régimen jurídico de los bienes públicos. En particular, y dado el objeto de este trabajo, se investigará la normativa específica referida a los bienes inmuebles.

Es en el Reglamento para la Administración y Contabilidad del Estado de 1885 que se realiza la primera clasificación de los bienes patrimoniales en disponibles e indisponibles. Su art. 7º aclara que se consideran disponibles aquellos bienes del Estado, cualquiera que sea su origen, de los que puede efectuarse venta, permuta, cesión, saneamiento y con los cuales se pueden hacer operaciones financieras según especiales leyes que las autoricen⁷⁸.

⁷⁶ CASSESE, *I beni*, en CASSESE (dir.), "Istituzioni", p. 218, con cita de CCass, Sez. unica, 11/1/02.

⁷⁷ CENTOFANTI, *I beni pubblici*, p. 183, con cita de CCassCiv, Sez. II, 30/1/01, 1307.

⁷⁸ Real decr. del 5 de mayo de 1885, citado por GRECO - GHELARDUCCI, *I beni pubblici in Italia*, p. 116.

Posteriormente, resulta importante mencionar la ley 783, del 24 de diciembre de 1908 y su decr. regl. 454, del 17 de junio de 1909, que establecen normas para la venta de bienes inmuebles donde se dispone que la venta de inmuebles se realiza por subasta pública (art. 3º).

Si bien están normas ya no están vigentes, señalan los criterios que se seguirán manteniendo en las leyes posteriores.

Se llega así al real decr. del 18 de noviembre 1923 y al reglamento del 23 de mayo de 1924, referido a nuevas disposiciones sobre la administración del patrimonio y sobre la contabilidad del Estado, normas aún vigentes, si bien con sucesivas modificaciones⁷⁹.

En estas disposiciones se establece que los bienes inmuebles del Estado, tanto los públicos cuanto los poseídos a título de propiedad privada, son administrados por el ministro del Tesoro, con las excepciones establecidas por la ley (real decr. del 18 de noviembre del 1923, art. 1º). También se indica que los contratos que generen ingresos para el Estado deben ser precedidos de licitaciones públicas, salvo los casos que se determinen y cuyas razones deberán motivarse en el decreto de aprobación del contrato (art. 3º).

En materia de venta de inmuebles, además del procedimiento tradicional del pasaje de un bien inmueble al patrimonio disponible, y de la posibilidad de efectuar las operaciones de venta y de gestión según las normas del derecho privado, se ha ido elaborando una nueva normativa, impulsada por las necesidades de saneamiento de la economía y mejora de la gestión administrativa, tendientes a la venta de los bienes inmuebles en el marco de programas de privatizaciones.

En la doctrina italiana se habla de un nuevo período, iniciado a partir de los años noventa, en el cual se promueven las privatizaciones de las actividades del Estado y la "dismisión" (cese o enajenación) de los bienes que poseen los sujetos públicos⁸⁰.

Se trata de dos situaciones que se refieren tanto a los sujetos públicos como al objeto. En efecto, se puede hablar de privatizaciones tanto de los entes como de los bienes.

Con relación a los bienes, aparece un nuevo tipo de privatización, denominada "formal", por cuanto la propiedad de los bienes se transforma sólo formalmente en privada y, por lo tanto, tales bienes son comerciables mediante estructuras privadas, pero man-

⁷⁹ Conf. CHIEPPA, *Codice*, p. 577.

⁸⁰ CASSESE, *I beni*, en CASSESE (dir.), "Istituzioni", p. 220 a 222; POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, en SCOCA (dir.), "Diritto amministrativo", p. 632 a 646; CASTORINA - CHIARA, *I beni pubblici*, en CENDON, "Commentario al Codice Civile", p. 395 a 400.

tienen su destino público y quedan bajo el control de los poderes de reglamentación y tutela pública, que corresponde a las administraciones competentes.

Las privatizaciones formales de los bienes comenzaron con las privatizaciones de las mismas entidades públicas. En efecto, los bienes del patrimonio indisponible de las entidades nacionales, transformadas en sociedades por acciones (p.ej., los bienes de la entidad de energía eléctrica -Enel- o de los ferrocarriles -Ferrovie dello Stato-), han sido privatizados junto con las mismas entidades, pero quedaron vinculados a su destino institucional y sometidos a los poderes públicos de regulación y tutela⁸¹.

Igual situación se produjo para los bienes patrimoniales indisponibles de las entidades públicas, formalmente transformadas en fundaciones o asociaciones de derecho privado, en cuyo caso se dispuso un régimen riguroso que permite que estos bienes sean alienables o comerciables de modo excepcional y con previa autorización ministerial (decr. leg. 419/1999, art. 3°).

En esta etapa, asume un rol protagónico la Agencia del Demanio, a la cual el art. 65 del decr. leg. 300/1999 le encarga la gestión de los programas de venta de los bienes inmuebles del Estado, con criterios empresarios.

Si bien esta etapa se inicia con el decr. leg. 386, del 5 de diciembre 1991, convertido en ley 35/1992, cuyo art. 2° preveía la enajenación y la gestión económico-productiva del patrimonio inmobiliario estatal, y con otras normas que también regularon la venta de los bienes inmuebles bajo distintas modalidades⁸², es a partir del año 2000 que se adoptan las medidas más novedosas en este sentido⁸³.

1) El decr. leg. 351/2001, convertido en ley 410/2001, en primer lugar estableció que la Agencia del Demanio debía individualizar los bienes del Estado, según constancias de archivo, distinguiendo los bienes "demaniales", los bienes patrimoniales disponibles e indisponibles. Asimismo, previó la constitución de sociedades de capital público, con el objeto exclusivo de realizar operaciones de "cartularización" del rédito derivado de la enajenación del patrimonio inmobiliario del Estado y de las demás entidades públicas,

⁸¹ RENNA, *I beni pubblici*, en CASSESE (dir.), "Dizionario", p. 720 y 721.

⁸² Entre las normas más importantes de esta etapa, el decr. leg. 104, del 16 de febrero de 1996, encargó la gestión de los bienes a sociedades especializadas (la enajenación de bienes y la asignación de los inmuebles a fondos comunes de inversión inmobiliaria).

⁸³ Conf. CAPUTI JAMBRENGHI, voz "*Beni pubblici*", en "Enciclopedia giuridica", p. 11 a 13.

denominadas SCIP (sociedades de cartularización de los inmuebles públicos), que gozan de innumerables exenciones y facilidades fiscales. Según esta modalidad, se constituye un patrimonio separado para cada operación de "cartularización", patrimonio que constituye garantía exclusivamente para los acreedores que financian cada una de las operaciones contractuales (art. 2°). Además, se establece que la simple inclusión de un bien del dominio público en un decreto del ministro de la Economía y de las Finanzas "produce" el pasaje de los bienes al patrimonio disponible (art. 3°, inc. 11). Esta norma fue modificada en parte por el decr. leg. 63/2002, convertido en ley 112/2002, que creó las nuevas sociedades Patrimonio dello Stato SpA, para la valorización, gestión y enajenación del patrimonio del Estado, e Infrastrutture SpA, para las operaciones de financiación de las infraestructuras. También previó una forma especial de enajenación de bienes del Estado, que consiste en un doble pasaje del bien; del Ministerio de Economía y Finanzas a Patrimonio dello Stato SpA y de ésta a Infrastrutture SpA.

Posteriormente, con la ley financiera de 2003 se extendió el régimen de la ley 410/2001 a las regiones y a las entidades locales.

2) Además de esta modalidad de enajenación mediante la "cartularización", se implementó otro procedimiento que reglamentó la transferencia de la propiedad de los inmuebles no residenciales del Estado y de las entidades no territoriales, identificados por decreto, a favor de fondos comunes de inversión inmobiliaria, según decr. leg. 168/2004, convertido en ley 191/2004.

3) La tercera modalidad, aún más novedosa, establecida en la referida ley, contempló la enajenación por tratativas privadas de inmuebles públicos, previa búsqueda de un oferente en el mercado mediante un concurso público por Internet, en los casos de valores no superiores a 100.000 euros, y en tanto no se hubiesen obtenido ofertas convenientes por este medio.

4) Otra disposición importante que generó un debate constitucional fue el art. 58 del decr. leg. 112/2008, convertido en ley 133/2008, el cual establece que: "1. Para proceder al reordenamiento, gestión y valorización del patrimonio inmobiliario de las regiones, provincias, municipios y otros entes locales, cada entidad con la actuación del órgano de Gobierno individualiza, redactando la pertinente lista según la documentación existente en los propios archivos y oficinas, los bienes inmuebles ubicados en el territorio de su competencia, que no sean funcionales a los propios cometidos institucionales, susceptibles de valorización o de enajenación. Así se confecciona el plan de enajenaciones y valorizaciones inmobiliarias que se adjunta al balance presupuestario. 2. La inclusión de los inmuebles en el plan implica la consiguiente clasificac-

ción como patrimonio disponible y determina expresamente el destino de uso urbanístico; el acta del consejo municipal de aprobación del plan de enajenación y valorización implica la modificación del ordenamiento urbanístico general. Tal modificación, con relación a los inmuebles, no requiere verificación de la adecuación a los eventuales actos de planificación, de competencia de las provincias o de las regiones. La verificación de la conformidad, en cambio, se requiere y debe ser realizada dentro del plazo perentorio de treinta días a contar desde la recepción del pedido, en los casos de modificaciones relacionadas con terrenos clasificados como agrícolas en el ordenamiento urbanístico general vigente, o en los casos que impliquen variaciones volumétricas superiores al 10% de los volúmenes previstos en el mismo ordenamiento urbanístico vigente”.

Esta disposición impone a las entidades locales la formación de listas de inmuebles que sean susceptibles de una valorización o de enajenación, a fin de lograr mejores recursos económicos. A tal fin posibilita también cambiar el destino de uso urbanístico de los inmuebles, sin necesidad de intervención de las provincias o regiones. La Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del inciso 2 de este artículo 58, del decr. leg. 112/2008, convertido en ley 133/2008, teniendo en cuenta que, en atención a las competencias constitucionales que tienen las regiones, según el art. 117, inc. 3, de la Constitución italiana, el Estado no puede disponer normas específicas que alteren el ordenamiento urbanístico general, sin intervención de las regiones competentes.

Sin embargo, la Corte excluyó de dicha declaración la primera parte de la norma que dice que “la inclusión de los inmuebles en el plan implica la consiguiente clasificación como patrimonio disponible y determina expresamente el destino de uso urbanístico”⁸⁴.

Es decir que puede determinarse el destino de uso del inmueble, pero, si este nuevo destino implica una modificación del ordenamiento urbanístico general, requiere de la aprobación de las regiones. Por otro lado, cabe destacar que, en estos casos, la inclusión del bien inmueble en las listas constituye un acto declarativo del pasaje del bien demanial al patrimonio disponible y tiene carácter constitutivo⁸⁵.

5) Se llega, de este modo, al decr. leg. 85/2010, que dispone el “federalismo demanial”. El “federalismo demanial” y el “federalismo fiscal” se articulan en Italia como consecuencia de lo estableci-

⁸⁴ CConst Italia, 16/12/09, sent. 340.

⁸⁵ BARTOLINI, *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, conferencia en Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica, Bolonia, 24/2/12.

do en el art. 119 de su Constitución, y en especial de lo dispuesto en la ley 42/2009, que precisamente se denomina “Delegación al gobierno en materia de federalismo fiscal, en virtud del art. 119 de la Constitución”.

Según lo establecido en el art. 2° de esta norma, el Estado individualiza los bienes que se transfieren a título no oneroso a los municipios, provincias, ciudades metropolitanas y regiones, sobre la base de determinados principios que se mencionan.

El inc. 4 indica que “el ente territorial, una vez efectuada la transferencia, dispone del bien en interés de la colectividad que representa y deberá favorecer la máxima valorización funcional del bien en beneficio directo o indirecto de la misma colectividad territorial”.

Sin embargo, este beneficio de la colectividad parece vincularse más bien a la posibilidad de vender aquellos bienes que las entidades territoriales han recibido a título gratuito.

En efecto, según el art. 4°, incs. 1 y 3, los bienes transferidos pasan a formar parte del patrimonio disponible de estas entidades, que pueden por lo tanto enajenarlos, previa valorización, según diferentes procedimientos, incluso privatizaciones, por medio de fondos comunes de inversión inmobiliaria.

Se excluyen de la transferencia, entre otros bienes que se mencionaban en el art. 5°, los inmuebles “en uso de las Administraciones del Estado, según verificadas y efectivas finalidades institucionales”. A tal fin, las administraciones estatales deberán comunicar a la Agencia del Demanio, dentro de los noventa días de entrada en vigencia de la norma en comentario, las listas de los bienes que requieren que se excluyan de la transferencia, con las razones motivadas. Esta Agencia, a su vez, publica estas listas en su sitio de Internet, comenzando de este modo un procedimiento de censo y registro de bienes inmuebles.

Este decreto tiene como finalidad organizar de una manera más eficiente la gestión de los bienes inmuebles del Estado, posibilitando que sean las Administraciones locales las que deciden sobre la venta de los bienes innecesarios. Adviértase que la transferencia de estos bienes inmuebles, de los cuales se desprende el Estado por considerarlos no necesarios a sus fines institucionales, pasan a formar parte del patrimonio disponible de las entidades locales y, por lo tanto, con la posibilidad de su enajenación.

Esta norma, sin embargo ha recibido alguna crítica de la doctrina, que teme que las entidades locales vean en esta reforma, más que una histórica ocasión para asumir directas responsabilidades en la gestión de los bienes públicos ubicados en sus respectivos te-

territorios, una ocasión inesperada para mejorar su "caja" en un momento de gran escasez de recursos y de aumento de las exigencias sociales, lo cual se considera una nueva tragedia para los bienes públicos⁸⁶.

Según los comentarios de la doctrina, esta última etapa se caracteriza por el interés del Estado en la valorización y enajenación de los bienes públicos, entendida aquélla como el conjunto de actos destinados a producir el aumento del valor del bien y ésta como el conjunto de actos que persiguen la liquidación de los bienes⁸⁷.

Se vincula a una nueva concepción del rol del Estado, que —si bien no persigue institucionalmente intereses económicos, sino intereses públicos— se va transformando en sentido económico. Es decir que el modelo económico-empresario no se aplica sólo para perseguir fines de lucro, sino que resulta un modelo neutro, y en particular se aplica para perseguir fines de interés público. Resultan evidentes, en este sentido, los intentos del legislador de modificar el aparato burocrático, transformándolo en una estructura más ágil, caracterizada por cánones de eficiencia empresarial⁸⁸.

Al comienzo de esta etapa algunos creyeron ver en los procedimientos de enajenación de bienes públicos el objetivo de facilitar el acceso a la vivienda para las personas en situación más vulnerable, en atención al derecho constitucional, previsto en su art. 47; sin embargo, para otros críticos, la tendencia legislativa de la última etapa no deja lugar a duda de que la intención no sólo es mejorar la gestión del patrimonio público, sino enajenar los bienes con fines financieros, tendientes a cubrir el déficit presupuestario. A partir del año 2000, los beneficiarios de los inmuebles del Estado y de las entidades territoriales ya no son los destinatarios de las enajenaciones patrimoniales del Estado, sino que aparecen distintos mecanismos financieros novedosos, para satisfacer la mayor rentabilidad inmediata, como los que fueron arriba comentados⁸⁹.

Todas estas nuevas normas, que han creado diferentes regímenes jurídicos —en particular, para los bienes inmuebles del Estado—, ponen en crisis la clasificación tradicional de los bienes públicos

⁸⁶ POLICE, *Il federalismo demaniale, valorizzazione nei territori o dismissio-ni locali?*, "Giornale de Diritto Amministrativo", n° 12, 2010, p. 1233, con cita de Napolitano, *I beni pubblici e "le tragedie dell' interesse comune"*, "Anuario AIPDA", 2006, p. 125.

⁸⁷ MERCATI, *Pubblico e privato nella valorizzazione del patrimonio immobiliare*, p. 233.

⁸⁸ LOLLI, *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni di interesse pubblico*, "Diritto Amministrativo", n° 1, 1996, p. 57.

⁸⁹ CIOCIA, *La dismissio-ni*, p. 10 a 13.

prevista en el Código Civil, dado que ahora se puede hablar de bienes del dominio público, tanto inalienables, como alienables (redes e instalaciones de servicios públicos locales, bienes del dominio público transferidos a la Patrimonio SpA y de ésta a la Infrastrutture SpA); también de enajenaciones complejas (como algunos bienes del dominio público cultural) y de bienes del dominio público que pertenecen a sujetos privados, como la Patrimonio SpA. Asimismo, existen bienes patrimoniales indisponibles, alienables e inalienables, y bienes privados, con vínculo de inalienabilidad o cuyo uso es admitido por acto administrativo.

Según DUGATO, la obra de sistematización tiene que tener en cuenta, en primer lugar, que el paradigma de la titularidad pública ha sido sustituido por el del destino público, que pueden combinarse o no, y que el régimen jurídico no se orienta tanto hacia la inalienabilidad como al vínculo de destino y a la adecuación al interés público.

En segundo lugar, cabe entender que actualmente los bienes públicos tienden, por un lado, a la satisfacción de un interés público específico, de modo directo, cuando el interés consiste en el uso del mismo bien, o de modo indirecto, cuando el bien es instrumental con relación al desarrollo de un servicio público, de una función pública o de una actividad de interés público. En este último caso, los bienes pueden servir de instrumento financiero, ya sea por necesidades de caja o como garantía patrimonial para la actividad o para el servicio público⁹⁰.

Frente a este panorama, el ministro de Justicia le encargó a una Comisión, bajo la presidencia de STEFANO RODOTÁ, la elaboración de un proyecto de ley para la reforma de las normas del Código Civil sobre los bienes públicos, que concluyó su misión en febrero de 2008, presentando una propuesta muy novedosa.

No sólo desde la sanción del Código en 1942 no se había efectuado, a este respecto, ninguna modificación, a pesar de la reforma constitucional del año 1947, y los cambios tecnológicos y transformaciones sociales ocurridas posteriormente, sino que nunca fue clara tampoco la distinción del Código entre bienes del dominio público y bienes indisponibles, de modo que la jurisprudencia y la práctica administrativa fueron asimilando su régimen jurídico. Ello determinó un régimen poco flexible a una gestión económicamente más eficaz, si bien aseguró la integridad y la función pública de los bienes en cuestión.

⁹⁰ DUGATO, *Il regime dei beni pubblici: dall'appartenenza al fine*, en POLICE (dir.), "I beni pubblici", p. 44 a 46.

Por otra parte, teniendo en cuenta una reacción hacia ese régimen rígido del dominio público, y que, según el mismo art. 828, inc. 2, del Cód. Civil, el destino público de un bien puede asegurarse independientemente de su titularidad, el legislador fue determinando no sólo los procedimientos de venta de los bienes disponibles, sino también la enajenación de bienes del patrimonio indisponible y del dominio público a favor de sujetos privados, sin siquiera determinar previamente la pérdida del carácter de indisponible o "demanial" del bien, dentro del llamado proceso "privatizador".

En consecuencia, las distintas normas derogatorias del Código Civil que se fueron sancionando han reducido su aplicación y han modificado el régimen mismo de los bienes públicos, lo cual tornó imperioso actualizar la disciplina referida a tales bienes.

Así, la Comisión Rodotà –integrada por los iusprivatistas STEFANO RODOTÀ, ANTONIO GAMBARO, UGO MATTEI y LUCA NAVARRA, los administrativistas MARCO D'ALBERTI y MAURO RENNA, y el economista GIACOMO VACIAGO– presentó su proyecto, entre cuyas modificaciones más importantes puede mencionarse que se ha previsto eliminar la categoría de bienes del dominio público y crear una macrocategoría de "bienes públicos". También propuso establecer distintas especies de bienes basadas en sus caracteres y su funcionalidad, a fin de seleccionar cuáles deben quedar necesariamente en la propiedad pública y cuáles, en cambio, pueden pertenecer a sujetos privados, si bien manteniendo la finalidad de destino colectivo o administrativo, recogiendo un nuevo concepto objetivo de bien público. Este esquema también modificó la actual categoría de bienes patrimoniales disponibles, por la de "bienes públicos fructíficos", que no tienen vínculos de destino y son en principio enajenables, "siempre que se demuestre la innecesidad de la utilización pública del bien y la imposibilidad de continuar con el goce de la propiedad con criterios económicos", aclarando que su producido no puede imputarse a gastos corrientes. En particular se estableció que los resultados económicos tienen que ser rigurosamente proporcionales a las ventajas que se pueden obtener por la utilización de los bienes, que los usuarios de éstos deben siempre individualizarse por medio de la comparación de varias ofertas que deben evaluarse en todos los casos, teniendo en cuenta el impacto social y ambiental de la utilización prevista y que "la gestión de los bienes debe asegurar una adecuada conservación y un idóneo desarrollo también con relación a los cambios de las exigencias del servicio"⁹¹.

⁹¹ Ver REVIGLIO, *Per una riforma del regime giuridico dei beni pubblici. Le proposte della Commissione Rodotà*, "Politica del Diritto", n° 3, 2008, p. 531.

6) Por último, cabe destacar que, en relación con la gestión de los bienes inmuebles, existen –además de las normas estatales– leyes regionales y normas municipales que reglamentan los modos de administración y disposición.

a) El decr. 153/98 del ministro de las Finanzas, dictado por delegación de la ley 549/1995, regula las modalidades de los contratos de concesión y alquiler de los inmuebles del dominio público o patrimoniales del Estado, destinados a alojamiento tanto del personal de la Administración pública como de otras personas.

b) A título de ejemplo, se destaca el Régimen de los Bienes Regionales 10/2000, aprobado por la Asamblea Legislativa de la región Emilia-Romaña el 25 de febrero de 2000⁹².

En su capítulo primero se refiere a la clasificación de los bienes de la región –siguiendo las normas del Código Civil– en demaniales, patrimoniales indisponibles y patrimoniales disponibles (art. 1°), indicando la necesidad de realizar y mantener un inventario, con determinadas especificaciones (art. 3°).

En el capítulo segundo se establecen las formas de uso particular de los bienes demaniales y patrimoniales indisponibles (art. 6°), como también de los bienes disponibles (art. 7°).

Respecto de estos últimos, se aclara que pueden ser dados en alquiler, locación o en uso a título oneroso. Pueden celebrarse los contratos mediante tratativas privadas, siempre que se hayan efectuado publicaciones, pero si hay más oferentes debe seguirse un concurso público; también pueden ser dados a título gratuito en comodato o en uso a entidades públicas o a otras personas jurídicas públicas o privadas, que no tengan fines de lucro y persigan estatutariamente fines de interés general, mediante resolución de la Junta Regional (art. 7°)⁹³.

Tanto para la adquisición de bienes inmuebles como para la venta o permuta de dichos bienes deben seguirse procedimientos que garanticen la publicidad y la concurrencia. En los casos de venta de un inmueble, el inquilino tiene derecho de preferencia para la compra (arts. 8° y 10 a 13).

Finalmente se establece que el valor de los bienes inmuebles y muebles de la región y el valor estimado de los bienes cedidos en permuta, como también sus variaciones, deben evidenciarse en la

⁹² Respecto de estas normas regionales, ver <http://demetra.regione.emilia-romagna.it>.

⁹³ Se aclara que el Código Civil italiano distingue el contrato de locación, que se refiere al disfrute de cosas muebles o inmuebles en general (art. 1571), del contrato de alquiler, que se refiere al disfrute de cosas muebles o inmuebles productivas (art. 1615), como un campo.

cuenta general del patrimonio, según el ordenamiento contable de la región (art. 14).

c) Sin perjuicio del régimen general de bienes antes descrito, también hay un régimen general para el sector habitacional, destinado a los alojamientos denominados ERP (edilicia residencial pública), que a su vez delega en el reglamento municipal la implementación de las modalidades de gestión. En el caso de la región Emilia-Romaña, la ley regional 24/2001 es la que dispone sobre el programa regional para las políticas habitacionales, sobre la definición del régimen jurídico y sobre las modalidades de gestión de los alojamientos de ERP (art. 1º), con la finalidad, básicamente, de responder a las necesidades habitacionales de las familias y grupos sociales más necesitados, como también con el fin de aumentar la oferta habitacional en alquiler con canon reducido con relación a valores de mercado, y dar ayudas económicas, entre otros fines (art. 2º).

Se determina que, dada la función social, este patrimonio está sometido a un especial régimen jurídico previsto en el reglamento y en las demás normas municipales sobre el uso de alojamientos, y en lo no previsto se rigen por las normas de los contratos de locación (art. 21).

Las normas del reglamento establecen los procedimientos de selección de los beneficiarios, según un orden de prioridad en las listas efectuadas en función de especiales parámetros, como también establecen las modalidades de la contratación (arts. 24, 25, 28, 30, 31 y 34).

En cambio, el art. 35 se refiere al canon locativo, que se fija con intervención de la Junta Regional. También se prevé un fondo de ayuda para el acceso a la vivienda (art. 38).

Por último, se disponen nuevas normas de organización de las entidades públicas que operan estos programas (arts. 40 a 50).

d) Por otra parte, el municipio de la ciudad de Reggio Emilia ha previsto el Reglamento para la Asignación y Permanencia en los Alojamientos de Edilicia Residencial Pública, aprobado por res. 9568/186, del Concejo Municipal, cuyas disposiciones más importantes se refieren a los requisitos para acceder a los alojamientos (art. 2º) y los modos de asignación (art. 3º); el puntaje para la selección del pedido (art. 5º); los alojamientos disponibles que no podrán superar el 30% de los inmuebles disponibles indicados anualmente (art. 10); procedimiento de asignación, según prioridades definidas en el orden de mérito (arts. 11 y 12); tipos de contratos de locación y concesiones administrativas (art. 14), e incumplimientos y sanciones (art. 16)⁹⁴.

⁹⁴ Respecto de estas normas municipales, ver www.municipio.re.it.

c) *CONCLUSIONES*. En síntesis, el régimen jurídico de los bienes privados del Estado en Italia presenta las siguientes características.

1) Se encuentra establecido, en parte, en el Código Civil, en las demás leyes estatales y regionales y en normas municipales. No existe una ley especial que establezca el régimen jurídico de los bienes del Estado como en España o Francia.

2) El Código Civil no define, sino que clasifica los bienes en bienes "demaniales" y bienes "patrimoniales".

3) El art. 826 del Cód. Civil se refiere a los denominados "bienes patrimoniales", indicando que son aquellos que pertenecen al Estado, a las provincias y a los municipios, que no estén comprendidos en los tipos mencionados en los artículos precedentes, referidos a los bienes del dominio público.

Como estos bienes patrimoniales también se distinguen de los del dominio público, por exclusión, cabe destacar que los bienes del dominio público son los que se mencionan taxativamente en la norma (arts. 822 y 824, Cód. Civil), aclarándose que, además, se consideran bienes "demaniales" los otros bienes que las leyes especiales sujetan al régimen propio de dominio público. Una característica de los bienes "demaniales" es que éstos son siempre bienes inmuebles o universalidades de muebles, pero nunca bienes muebles, y la otra es que pertenecen necesariamente a las entidades públicas territoriales.

Los bienes patrimoniales se clasifican, a su vez, en "indisponibles" y bienes patrimoniales "disponibles".

En el art. 826 del Cód. Civil se establece que son bienes patrimoniales indisponibles del Estado, de las provincias y de los municipios los siguientes.

a) Los bosques que según las leyes pertinentes constituyen el "demanio" forestal del Estado.

b) Las minas, las canteras y turberas, cuando el propietario ha sido privado de disponer de ellas.

c) Las cosas de interés histórico, arqueológico, paleontológico y artístico que hayan sido encontradas en el subsuelo por cualquiera y de cualquier manera.

d) Los bienes que constituyen la dotación de la presidencia de la República.

e) Los cuarteles, los armamentos, los aeromóviles militares y las naves de guerra.

f) Los edificios destinados a sede de oficinas públicas, con sus decoraciones, y los demás bienes destinados a un servicio público.

En esta norma se clasifican como bienes del patrimonio del Estado, provincias o municipios, de modo residual, los demás bienes que no están comprendidos en la categoría de bienes demaniales y se determina cuáles bienes son "indisponibles".

La característica principal de estos bienes indisponibles es el vínculo del destino. Es decir que la norma acentúa el destino de fin público del bien, de modo que algunos autores prefieren hablar de "bienes destinados".

4) El art. 828 del Cód. Civil se refiere a la condición jurídica de los bienes patrimoniales en general, indicándose en el primer párrafo que los bienes que constituyen el patrimonio del Estado, de las provincias y de los municipios están sujetos a las reglas especiales pertinentes y, en cuanto no se disponga diferentemente, a las disposiciones del Código. En cambio, en el segundo párrafo se aclara que los bienes que forman parte del patrimonio indisponible no pueden perder su destino sino en los modos que establecen las leyes pertinentes. Lo expresado en esta norma determina el régimen jurídico de los bienes indisponibles, imponiendo que sólo una ley especial puede cambiar su destino, pues éste ha sido la razón de ser de la categoría del bien. Se encuentran sometidos a un régimen jurídico de derecho público atenuado, si bien no existe un régimen jurídico uniforme al respecto.

Se interpreta que estos bienes están fuera del comercio, dado el vínculo de destino, y por lo tanto no pueden ser vendidos, mientras se mantenga dicho vínculo.

La jurisprudencia se inclina por extender a los bienes del patrimonio indisponible el mismo régimen jurídico que el de los bienes "demaniales", en particular en cuanto a la "no comerciabilidad", a la "no usucapión" y al poder de autotutela.

En cuanto a la adquisición y pérdida del carácter de indisponibilidad, ambas circunstancias dependen del tipo de bienes indisponibles: a) los bienes indisponibles "por naturaleza" adquieren o pierden su condición de indisponibles simplemente por la existencia o desaparición del bien en sí; b) los bienes indisponibles por "pertenencia" adquieren dicha condición en el momento en el que resultan de propiedad de una entidad pública y la pierden con el acto de transferencia a terceros, y c) los bienes indisponibles "por pertenencia y por destino" adquieren el carácter de indisponibles cuando, una vez de propiedad de una entidad pública, reciben un específico destino. Lo contrario ocurre para perder dicho destino.

5) Como criterio residual, la doctrina sostiene que los bienes disponibles son todos aquellos bienes que pertenecen a sujetos públicos, pero distintos de los bienes "demaniales" y de los bienes pa-

trimoniales indisponibles. Se trata de bienes públicos sólo porque pertenecen a sujetos públicos, pero su régimen jurídico, en principio, es el mismo que el de los bienes que pertenecen a los particulares.

Estos bienes están regulados por el derecho común, con excepción de las derogaciones previstas en las "disposiciones de leyes especiales", según lo dispuesto en el art. 830, inc. 1, del Cód. Civil, que cada vez en mayor medida se vinculan a objetivos de política económica, mediante un régimen jurídico especial aplicado a los bienes privados de propiedad de los poderes públicos. Se trata de bienes para los cuales debe excluirse el actual y efectivo destino a un servicio público y se utilizan como bienes económicos dados por la Administración a los particulares, con la única finalidad de obtener una renta.

6) El régimen jurídico de los bienes del patrimonio disponible es, en principio, de derecho privado. Por lo tanto, estos bienes, son comerciables, alienables, usucapibles y sujetos a ejecución forzada.

Sin embargo, cabe destacar que en el caso del patrimonio inmobiliario público, la cesión de tales bienes debe efectuarse según las formas que dispone el derecho público especial, y la elección del cocontratante se realiza mediante los procedimientos de licitaciones. Se gestionan mediante contratos de alquiler y comodato.

Finalmente, en cuanto a la tutela de estos bienes se utilizan los instrumentos de derecho privado en defensa de la propiedad y de la posesión regulados en el Código Civil y con la intervención del juez común. La jurisprudencia ha sostenido que estos bienes están sometidos al régimen privado y pueden ser objeto de autotutela sólo en los casos de expresa previsión legislativa.

7) Otros bienes que forman parte del patrimonio disponible son los bienes inmuebles que carecen de propietarios (bienes vacantes), según lo dispuesto en el art. 827 del Cód. Civil.

8) El Código Civil también se refiere a los bienes de las entidades públicas no territoriales y establece en su art. 830 que los bienes que pertenecen a las entidades públicas no territoriales están sujetos a las reglas del Código, salvo lo que establezcan las disposiciones de las leyes especiales y que, cuando están destinados a un servicio público, se aplican las disposiciones del segundo inciso del art. 828; es decir, se considera que los bienes son indisponibles.

9) Respecto del inicio de la condición de dominio público, en términos del art. 822, inc. 1, del Cód. Civil, los bienes del dominio público necesario natural la adquieren por la mera existencia de las características físicas propias que se corresponden a las descritas en la ley. En efecto, no se presentan problemas para aquellos bie-

nes que, por su condición natural, tienen siempre y necesariamente los elementos de los bienes públicos (p.ej., mares, ríos, lagos).

En cambio, los bienes del dominio público necesario artificial adquieren tal condición con dos requisitos. Primero, tienen que ser creados por el hombre con las características objetivas establecidas en la ley. En segundo lugar, deben ser destinados efectivamente a la satisfacción de exigencias de interés público previstas por la ley, mediante una manifestación de voluntad de la Administración pública, que no necesariamente debe ser expresa, sino que también puede ser implícita, como sería la decisión de construir un puerto.

Sin embargo, se sostiene que las clasificaciones efectuadas por la Administración, como la inclusión en listas o inventarios, tienen valor meramente declarativo y no constitutivo.

Iguales soluciones se aplican con relación a los bienes del dominio público eventual. Sin embargo, para estos bienes debe también darse la condición de pertenecer a una entidad pública territorial.

10) En cuanto a la modificación y pérdida de la condición de dominio público, el art. 829 del Cód. Civil establece que el pasaje de los bienes del dominio público al patrimonio del Estado debe ser declarado por la autoridad administrativa y que el acto debe ser publicado en el Boletín Oficial de la República. Además, con respecto a los bienes de las provincias o de los municipios, la disposición que declara el pasaje al patrimonio debe ser publicada en los modos establecidos en las reglamentaciones municipales o provinciales.

A pesar de esta norma, la doctrina ha sostenido que dicho acto administrativo tiene sólo carácter declarativo, siendo necesario que se configure la pérdida de las características fácticas del bien como de dominio público, aclarando la jurisprudencia que, para la pérdida de tal condición, efectuada de modo tácito, se requiere que los hechos constituyan una manifestación inequívoca de la voluntad de la Administración.

11) Respecto de las normas especiales estatales, el real decr. 2240/1923, y el regl. 827/1924 son normas aún vigentes sobre "la administración del patrimonio y sobre la contabilidad del Estado" que mantienen la clasificación de los bienes patrimoniales en disponibles e indisponibles, como también establecen el principio de la contratación por licitación pública, aspectos ya previstos en anteriores leyes.

En materia de venta de inmuebles, además del procedimiento tradicional del pasaje de un bien inmueble al patrimonio disponible, para posibilitar su venta, a partir de los años noventa se promue-

ven las privatizaciones de las actividades del Estado y la "dimisión" (desactivación) de los bienes que poseen los sujetos públicos.

En esta etapa, asume un rol protagónico la Agencia del Demanio, a la cual el art. 65 del decr. leg. 300/1999 le encarga la gestión, con criterios empresarios, de los programas de venta de los bienes inmuebles del Estado.

Si bien esta etapa se inicia con el decr. leg. 386/1991, convertido en ley 35/1992, que en su art. 2º preveía la enajenación y la gestión económico-productiva del patrimonio inmobiliario estatal, y con otras normas que también regularon la venta de los bienes inmuebles bajo distintas modalidades, es a partir del año 2000 que se adoptan las medidas más novedosas en este sentido.

Con el decr. leg. 351/2001, convertido en ley 410/2001, se previó la constitución de sociedades de capital público con el objeto exclusivo de realizar operaciones de "cartularización" del rédito derivado de la enajenación del patrimonio inmobiliario del Estado y de las demás entidades públicas, denominadas SCIP.

Esta norma fue modificada, en parte, por el decr. leg. 63/2002, convertido en ley 112/2002, que creó las sociedades Patrimonio dello Stato SpA, para la valorización, gestión y enajenación del patrimonio del Estado, e Infrastrutture SpA, para las operaciones de financiación de las infraestructuras.

Además de esta modalidad de enajenación, se implementó otro procedimiento que reglamentó la transferencia de la propiedad de los inmuebles no residenciales del Estado y de las entidades no territoriales, identificados por decreto, a favor de fondos comunes de inversión inmobiliaria, según decr. leg. 168/2004, convertido en ley 191/2004.

La tercera modalidad, aún más novedosa, establecida en la referida ley, contempló la enajenación por tratativas privadas de inmuebles públicos, previa búsqueda de un oferente en el mercado por medio de un concurso público por Internet, en los casos de valores no superiores a 100.000 euros, y siempre que no se hubiese obtenido ninguna oferta conveniente.

Otra disposición importante que generó un debate constitucional fue el art. 58 del decr. leg. 112/2008, convertido en ley 133/2008, mediante el cual las entidades territoriales deben confeccionar una lista de los bienes en su territorio, no funcionales a sus fines, para proceder a su valorización y enajenación, que se debe adjuntar al balance presupuestario. La norma también prevé que la inclusión de los inmuebles en el plan determina la consiguiente clasificación como patrimonio disponible, asignando también el destino de uso urbanístico. En este sentido la Corte Constitucional declaró in-

constitucional la parte de la norma que permite a las entidades locales cambiar el destino de uso urbanístico de los inmuebles, sin intervención de las provincias o regiones⁹⁵.

Por último, el decr. leg. 85/2010 dispuso el "federalismo demanial". Según lo establecido en su art. 2º, el Estado individualiza los bienes que se transfieren a título no oneroso a los municipios, provincias, ciudades metropolitanas y regiones, basándose en determinados principios que se mencionan.

Según el art. 4º, incs. 1 y 3, los bienes transferidos pasan a formar parte del patrimonio disponible de estas entidades que pueden, por lo tanto, enajenarlos, previa valorización, según diferentes procedimientos, incluso privatizaciones, mediante fondos comunes de inversión inmobiliaria.

12) Por otra parte, con relación a la gestión de los bienes inmuebles, se aplican las leyes regionales y normas municipales que reglamentan los modos de administración y disposición. Así, a título de ejemplo, se destaca el régimen de los bienes regionales 10/2000, aprobado por la Asamblea Legislativa de la región Emilia-Romaña el 25 de febrero de 2000, y el régimen regional para el sector habitacional. Sin perjuicio de este régimen general de bienes, también se establece un régimen general para el sector habitacional, destinado a los alojamientos ERR (edilicia residencial rúbrica), que a su vez delega en el reglamento municipal la implementación de las modalidades de gestión.

13) De la investigación efectuada sobre el régimen jurídico de los bienes inmuebles en Italia puede decirse, en primer lugar, que la legislación de estos últimos veinte años se presenta como un régimen jurídico especial, derogatorio de las normas civiles, a punto tal que en 2008 se constituyó la Comisión Rodotà, que presentó un proyecto de modificación de todo el régimen de bienes públicos previsto en el Código Civil. La tendencia actual es la de no privilegiar la titularidad estatal del bien sino su destino y, por lo tanto, establecer un régimen jurídico en función del destino del bien. La interpretación de las normas del Código Civil produjo en Italia una onda expansiva del régimen del dominio público que encontró su freno en las nuevas normas dictadas a partir de los años noventa con motivo de otras formas de gestión de bienes y privatización de empresas, que debían compatibilizar con nuevos criterios de interés público.

Cabe destacar que, si bien el Código Civil italiano clasifica a los bienes estatales en bienes "demaniales" (o del "dominio públi-

co") y bienes patrimoniales, estos últimos no se identifican con los bienes del dominio privado de Código Civil argentino; más bien puede decirse que el Código Civil italiano selecciona cuáles de estos bienes patrimoniales son indisponibles y los sujeta a un régimen similar al del dominio público. Entre estos bienes patrimoniales indisponibles se encuentran los bienes inmuebles destinados a oficinas de un servicio público, como también las ruinas arqueológicas, que en nuestra legislación son bienes del dominio público.

En cambio, la clasificación de los denominados bienes patrimoniales disponibles no surge, en realidad, del Código Civil italiano, sino de las primeras leyes de administración y contabilidad, de los años 1885 y 1909 y se identifican con los bienes que no son necesarios a los fines institucionales y, por lo tanto, pueden venderse o alquilarse. Por otra parte, si bien en Italia no existe la categoría de los contratos administrativos, y por lo tanto los contratos sobre bienes se rigen por el derecho privado, aun así estos contratos tienen un régimen mixto, dado que en toda la etapa de selección del cocontratante, para todos los contratos de la Administración, rige el procedimiento de selección pública, aplicándose las normas especiales de administración y contabilidad pública ya mencionadas; en cambio, la etapa de celebración y ejecución del contrato se rige por las normas del Código Civil, lo que permite hablar de contratos públicos, pero sin un régimen propio⁹⁶.

Los bienes disponibles son precisamente los bienes innecesarios, que pueden venderse y, por tal razón, la identificación de estos bienes tiende a ser cada vez más precisa en la normativa italiana, justamente por los efectos que genera su condición de disponibles.

Entre las leyes específicas más relevantes cabe recordar la ley 133/2008, según la cual las entidades territoriales deben confeccionar una lista de los bienes en su territorio, no funcionales a sus fines, para proceder a su valorización y enajenación, que se deben adjuntar al balance presupuestario para su aprobación.

Es decir que los bienes disponibles se rigen por diferentes normas, incluso con relación a la venta, según las complejas normas sobre enajenación de bienes inmuebles sancionadas en los últimos años, como también para los alquileres de inmuebles, según surge de las normas regionales específicas que disponen al respecto. Falta, sin embargo, un régimen jurídico uniforme, previsto legislativamente, que contribuya a una mayor claridad del régimen, para una gestión más eficiente y con mayor seguridad jurídica.

⁹⁶ Para ampliar; ver IMMORDINO, *I contratti della pubblica Amministrazione*, en SCOCA (dir.), "Diritto amministrativo", p. 406 y siguientes.

⁹⁵ CConst Italia, 16/12/09, sent. 340.

En este sentido, el trabajo de la Comisión Rodotà, con la propuesta de reforma del Código Civil en materia de bienes públicos, abrirá seguramente un debate legislativo enriquecedor que permitirá avanzar en un régimen jurídico especial de bienes estatales.

§ 35. **FRANCIA.** – Dentro de la normativa francesa cabe tener especialmente en cuenta tanto el Código Civil y el Código General de la Propiedad de las Personas Públicas, así como el Código de Dominio.

El capítulo III, del título primero, del libro XII del Código Civil francés, se refiere a los bienes en su relación con las personas que los poseen y en el art. 537 se establece que “los particulares tienen la libre disposición de los bienes que les pertenecen, sujetos a las modificaciones establecidas por la ley. Los bienes que no pertenecen a los particulares son administrados y sólo pueden ser enajenados en las formas y siguiendo las reglas especiales que les son pertinentes”. Esta norma se aplica con relación a los bienes de los particulares y a los bienes del Estado, que se clasifican, clásicamente, en bienes del “dominio público” y bienes del “dominio privado”⁹⁷.

Las normas del Código Civil francés referidas a los bienes del Estado han sido derogadas y reemplazadas por el Código General de la Propiedad de las Personas Públicas (CGPPP), aprobado por ord. 2006-460, del 21 de abril de 2006, vigente a partir del 1º de julio de ese año, y ratificada por la ley 2009-526, del 12 de mayo de 2009 (art. 138-1), que también derogó en parte el Código de Dominio del Estado, oportunamente aprobado por decrs. 62-298, 62-299 y 62-300, del 14 de marzo de 1962.

En efecto, el régimen general de los bienes del Estado por mucho tiempo estuvo contenido en el citado Código de Dominio, que fue sometido a revisión a partir de los años ochenta, contribuyendo a esta revisión un informe del Consejo de Estado, presentado el 31 de octubre de 1986, como también la labor de un grupo de trabajo, bajo la presidencia del consejero de Estado MAX QUERRIEN, quien elaboró entre 1991 y 1999 un proyecto de Código de la Propiedad Pública. Por último, el art. 48 de la ley 2005-842, del 26 de julio de 2005, autorizó al Gobierno a adoptar por ordenanza las medidas necesarias para completar y modificar el régimen de los bienes del Estado y así se sancionó la citada ord. 2006-460, que reemplazó la parte legislativa del Código de Dominio del Estado, manteniendo vigente, sin embargo, la segunda parte, de contenido reglamentario.

⁹⁷ BATSELÉ - MORTIER - SCARGEZ, *Manuel de droit administratif*, p. 429.

a) **EL CÓDIGO GENERAL DE LA PROPIEDAD DE LAS PERSONAS PÚBLICAS.** El Código General de la Propiedad de las Personas Públicas. El CGPPP (también conocido como CG3P) se compone de cinco partes (Adquisición; Gestión; Cesión; Otras operaciones inmobiliarias de las personas públicas; Disposiciones relativas a ultramar)⁹⁸.

En su art. L.1 establece que se aplica a los “bienes y derechos, de carácter mobiliario o inmobiliario, pertenecientes al Estado, a las entidades territoriales y sus comunidades, como también a los establecimientos públicos” y, en su art. L.2, que se aplica “igualmente a bienes y derechos, de carácter mobiliario o inmobiliario, pertenecientes a otras personas públicas en las condiciones fijadas en los textos que las regulan”.

La primera parte del Código se refiere a la adquisición de bienes o derechos, indicándose, en primer lugar los modos de adquisición a título oneroso, por medios acordados, como compra, permuta, dación en pago, o por métodos de coacción, como la nacionalización, expropiación, derecho de preferencia, o de forma gratuita como donaciones, bienes vacantes y otras.

La segunda parte del Código está dedicada a la gestión de los bienes y derechos, comprendiendo tres libros. El primero con relación a los bienes del dominio público y los bienes que lo componen, sus formas de uso y gestión, los modos de tutela y los modos de desafectación del dominio público; el libro segundo comprende las disposiciones generales sobre los bienes del dominio privado, su utilización, como la locación y concesiones, y el libro tercero disposiciones generales comunes referidas a la inembargabilidad, y a medidas de cobros de rentas.

La tercera parte del Código se refiere a la transferencia de bienes, estableciéndose expresamente los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad del dominio público. Asimismo, se refiere a las formas de enajenación de los bienes del dominio privado.

En la cuarta parte del Código se regulan los procedimientos de operaciones inmobiliarias aplicables al Estado y a los sujetos públicos, y en la quinta parte se incluyen disposiciones relativas a territorios de ultramar, como Guadalupe, Guayana y Martinica.

⁹⁸ Las novedades más importantes que introdujo el CGPPP en opinión de Sabino Cassese, son las siguientes: reducción del alcance de la dominialidad; separación entre destino a uso común directo y destino a un servicio público; exclusión de los edificios destinados a oficinas del ámbito de la dominialidad; simplificación de los procedimientos de cesión y de locación de bienes; fomento a las locaciones de bienes pertenecientes al Estado; facilitación del pasaje de los bienes públicos desde una entidad pública a otra; quiebre de la frontera hermética entre propiedad pública y privada y apertura a la constitución de servidumbres a favor de la segunda sobre la primera (CASSESE, *Titolarità e tutela del patrimonio pubblico*, en POUCE (dir.), “I beni pubblici”, p. 5).

Sin perjuicio de este régimen general de bienes del Estado, se aplican y son complementarios al CGPPP el *Code du Domaine Public Fluvial et de la Navigation Intérieure*; el *Code du Patrimoine*, sobre bienes culturales; el *Code de l'Environnement*; el *Code de la Defense*; el *Code General de Collectivites Territoriales*, que regula en particular los bienes de las entidades territoriales, de sus entidades institucionales y de sus comunidades; el *Code Minier*; el *Code de Ports Maritimes*, y el *Code de la Voirie Routiere*.

Las disposiciones del Código General de la Propiedad de las Personas Públicas más relevantes son las siguientes.

1) *Adquisiciones*. Las personas públicas mencionadas en el artículo L.1 adquieren por acuerdo los bienes y derechos de carácter mobiliario o inmobiliario. Las adquisiciones de bienes y derechos de carácter inmobiliario se operan siguiendo las normas del derecho civil (art. L.1111-1).

2) *Permutas*. La permuta de bienes y derechos de carácter inmobiliario que pertenecen al Estado se permite en las condiciones fijadas por decreto, con acuerdo del Consejo de Estado. La permuta de bienes y derechos de carácter inmobiliario que pertenecen a los establecimientos públicos del Estado se opera en las condiciones fijadas en los textos que los rigen (art. L.1111-2).

3) *Dominio público inmobiliario. Reglas generales*. Con sujeción a las disposiciones legislativas especiales, el dominio público de una persona pública mencionada en el art. L.1 está formado por los bienes que le pertenecen que están afectados al uso directo del público o a un servicio público, siempre que en este caso tales bienes constituyan una instalación indispensable para lograr la finalidad de ese servicio público (art. L.2111-1).

Igualmente forman parte del dominio público los bienes de las personas públicas mencionadas en el art. L.1 que contribuyan al uso de un bien del dominio público, conformando un accesorio inseparable (art. L.2111-2).

4) *Incorporación al dominio público*. Si la ley no lo dispone de otra manera, todo acto de clasificación o de incorporación de un bien al dominio público no tiene otro efecto que el de constatar la pertenencia de ese bien al dominio público. La incorporación al dominio público artificial se opera según los procedimientos establecidos por las autoridades competentes (art. L.2111-3).

5) *Disposiciones sobre los distintos bienes del dominio público*. Entre los arts. 2111-4 y 2111-17 se dispone sobre el dominio público marítimo, fluvial, de los caminos, ferroviario, de las frecuen-

cias radioeléctricas y en el art. 2112-1 sobre el dominio público mobiliario.

6) *Reglas generales de uso del dominio público*. Los bienes del dominio público son utilizados de conformidad con su afectación a la utilidad pública. No se admite ningún derecho de cualquier naturaleza que constituya un obstáculo a dicha afectación (art. L.2121-1). Nadie puede, sin un título que lo habilite, ocupar un bien del dominio público de alguna de las personas públicas mencionadas en el art. L.1 o utilizarlo sobrepasando los límites del derecho de uso que es de todos (art. L.2122-1).

7) *Reglas generales de gestión del dominio público*. Las personas públicas mencionadas en el art. L.1 administran o hacen administrar su dominio público en las condiciones fijadas por las leyes y los reglamentos vigentes (art. L.2123-1).

8) *Contravenciones de las vías de comunicación estatales*. Ellas son establecidas por la ley o por decreto, según el monto de la multa. Son constatadas, investigadas y sancionadas por la vía administrativa (art. L.2132-2).

9) *Salida de un bien del dominio público. Regla general*. Un bien de una persona pública mencionada en el art. L.1 que ya no está más afectado a un servicio, o al uso directo del público, deja de formar parte del dominio público a partir del acto administrativo que acredita tal desafectación (art. L.2141-1). La desclasificación de un inmueble perteneciente al dominio público artificial del Estado o de sus entidades públicas y afectado a un servicio público puede ser declarada desde que su desafectación ha sido decidida, aun cuando las necesidades del servicio justifiquen que dicha desafectación no tenga efectos sino dentro de un plazo fijado en el acto de desclasificación. Ese plazo no puede ser inferior al tiempo que se fije por decreto y no puede exceder de tres años. En caso de venta del inmueble, el acto de venta estipula que ésta será rescindida de pleno derecho si la desafectación no se produce en dicho plazo (art. L.2141-2).

La desafectación de un bien afectado a un servicio público, a fin de mejorar las condiciones de ejercicio de ese servicio público, puede ser declarada para permitir una permuta con un bien de una persona privada o incluida en el dominio privado de una persona pública. Esta permuta se opera en las condiciones fijadas en el art. L.3112-3 (art. L.2141-3).

10) *Bienes sometidos al dominio privado. Disposiciones generales*. Forman parte del dominio privado los bienes de las perso-

nas públicas mencionadas en el artículo L.1 que no están más sometidas al dominio público por aplicación de las disposiciones del Título I del Libro I. Particularmente también las reservas inmobiliarias y los bienes inmobiliarios en uso de oficinas, con exclusión de aquellos que forman un conjunto indivisible con los bienes inmuebles que pertenecen al dominio público (art. L.2211-1). Igualmente forman parte del dominio privado los caminos rurales, así como los bosques y parques forestales de las personas públicas sometidos al régimen forestal (art. L.2212-1).

11) *Uso del dominio privado. Disposiciones generales.* Tal como lo establecen las disposiciones del segundo párrafo del art. 537 del Cód. Civil francés, las personas públicas mencionadas en el art. L.1 gestionan libremente su dominio privado según las normas que les son aplicables (art. L.2221-1).

12) *Dominio privado. Disposiciones particulares del dominio inmobiliario.* Los prefectos mantienen los contratos de arrendamiento hechos según la forma administrativa por el Estado y aseguran su conservación. Ellos confieren a estos actos autenticidad en vista de su publicación en el registro inmobiliario, cuando es requerido por las disposiciones que les son aplicables (art. L.2222-1). Las autoridades de los establecimientos públicos del Estado que están habilitadas por los estatutos de sus entidades a suscribir los contratos de arrendamiento hechos según las formas administrativas por esos establecimientos los mantienen y aseguran su conservación. Estas autoridades confieren a estos actos la autenticidad en vista de su publicación en el registro inmobiliario cuando ello es requerido por las disposiciones que le son aplicables (art. L.2222-2). La emisión y la autenticación de los contratos de arrendamiento hechos según la forma administrativa por las entidades territoriales, sus comunidades y sus establecimientos públicos se realiza según las condiciones establecidas en el art. L.1311-13 del Cód. Gral. de las Entidades Territoriales (art. L.2222-3).

13) *Dominio privado mobiliario.* Los bienes muebles del dominio privado del Estado pueden ser puestos a disposición de un servicio del Estado o dados en locación por la autoridad competente (art. L.2222-6). Las condiciones de aplicación de esta norma deben determinarse por un decreto con acuerdo del Consejo de Estado.

14) *Locación de bienes del dominio privado.* Las operaciones de puesta a disposición o de locación no pueden ser realizadas ni a título gratuito ni a un precio inferior al valor locativo (art. L.2222-7).

15) *Gestión de inmuebles del dominio privado dada a terceros.* A fin de asegurar la conservación, la protección, o la valorización del patrimonio nacional, ella puede ser confiada a entidades territoriales o a establecimientos públicos, a sociedades de desarrollos inmobiliarios y de establecimientos rurales, así como a asociaciones o fundaciones reconocidas de utilidad pública cuyos estatutos habiliten a cumplir esta función.

Las condiciones y el plazo de la gestión están determinados por un acuerdo estipulado por el Estado. Este acuerdo puede habilitar al gestor a acordar autorizaciones de ocupación o a permitir locaciones por un plazo que no exceda de dieciocho años. Éste puede ser autorizado a cobrar directamente en su provecho las rentas del inmueble, a condición de soportar las cargas correspondientes, de cualquier naturaleza que sean. No se exige un canon dominiar, pero puede preverse la transferencia periódica al Estado de una parte de las rentas de la gestión.

Al final de ella, el gestor no puede pretender ninguna indemnización por las mejoras aportadas al inmueble (art. L.2222-10). Un decreto con acuerdo del Consejo de Estado determina las condiciones de aplicación de este artículo. Dicho decreto define particularmente las categorías de inmuebles patrimoniales a los que pueden aplicarse esas disposiciones, las reglas aplicables a la recuperación de las rentas patrimoniales y las obligaciones de los gestores del dominio, particularmente en lo referido a las relaciones financieras entre el Estado y el gestor, así como las modalidades del control técnico y financiero.

16) *Concesión de alojamientos.* Las condiciones de entrega de un alojamiento de oficina para las entidades territoriales, sus comunidades o sus establecimientos públicos, se rigen por las disposiciones del art. 21 de la ley 90-1067 (art. L.2222-11).

17) *Disposiciones comunes.* Los bienes de las personas públicas mencionadas en el art. 1 son inembargables (art. L.2311-1).

18) *Bienes sometidos al dominio público. Inalienabilidad e imprescriptibilidad.* Los bienes de las personas públicas mencionadas en el art. L.1 que están sometidos al dominio público son inalienables e imprescriptibles (art. L.3111-1). El dominio público marítimo y el dominio público fluvial son inalienables con sujeción a los derechos y a las concesiones regularmente acordadas antes del edicto de Moulins de febrero 1566 y a las ventas legalmente realizadas de los bienes nacionales (art. L.3111-2).

Los bienes de las personas públicas mencionadas en el art. L.1 que están sometidos a su dominio público, pueden ser cedidas vo-

luntariamente, sin previa desafectación, entre estas personas públicas, cuando son destinados al ejercicio de competencias de las personas públicas que los adquieren y someten a su dominio público (art. L.3112-1). A fin de permitir la mejora de las condiciones del ejercicio de una función de servicio público, los bienes mencionados en el art. L.3112-1 pueden igualmente ser permutados entre personas públicas en las condiciones mencionadas en dicho artículo. El acto de permuta debe incluir las cláusulas que permitan preservar la existencia y la continuidad del servicio público (art. L.3112-2). También pueden ser permutados, después de la desafectación, con los bienes pertenecientes a las personas privadas o sometidas al dominio privado de una persona pública. El acto de permuta debe incluir las cláusulas que permitan preservar la existencia y la continuidad del servicio público (art. L.3112-3).

19) *Bienes sometidos al dominio privado. Venta dominio inmobiliario.* Cuando no son más utilizados para un servicio civil o militar del Estado o para un establecimiento público del Estado, los inmuebles del dominio privado del Estado pueden ser vendidos en las condiciones fijadas por decreto con acuerdo del Consejo de Estado (art. L.3211-1).

Los bienes inmobiliarios usados como oficinas mencionados en el art. L.2211-1 que son de propiedad del Estado pueden ser vendidos aun cuando continúen siendo utilizados para los servicios del Estado. En este caso, el acto de enajenación incluye las cláusulas que permitan preservar la continuidad del servicio público (art. L.3211-2).

Los inmuebles de cualquier naturaleza de los cuales el Estado es propietario en indivisión con otras personas físicas o jurídicas, y que no son susceptibles de partición, se venden en su totalidad en las formas y condiciones fijadas por sus propietarios sin la otra parte. Los condóminos reciben su parte del precio a la fecha en que se realizan los pagos (art. L.3211-3). Pueden igualmente venderse en las mismas condiciones del art. 3211-3, con acuerdo de los propietarios interesados, los inmuebles pertenecientes separadamente al Estado y a las personas físicas o jurídicas, siempre que la parte de cada propietario no pueda ser fácilmente separada (art. L.3211-4).

Los bosques y los parques forestales del Estado no pueden ser enajenados sino en virtud de una ley (art. L.3211-5). Este artículo también determina que, no obstante la disposición del art. L.3211-4, el Estado puede proceder a la venta según reglas fijadas por decreto, con acuerdo del Consejo de Estado, en los casos de los artículos siguientes.

Así, los inmuebles construidos y no construidos que forman parte del dominio privado del Estado pueden ser cedidos voluntariamente a fin de realizar operaciones de remodelación o construcción. El decreto con acuerdo del Consejo de Estado fijará particularmente las reglas aplicables a la utilización del bien cedido (art. L.3211-6).

El Estado también puede proceder a la enajenación de terrenos de su dominio privado a un precio inferior al valor venal cuando los terrenos son destinados a la realización de programas de construcción que impliquen esencialmente alojamientos, de los cuales una parte, por lo menos, es realizada para alojamiento social. La diferencia entre el valor venal y el precio de cesión no puede superar una base fijada por decreto con acuerdo del Consejo de Estado, que precisará las condiciones de aplicación de la norma (art. L.3211-7).

Los inmuebles con destino agrario que pasaron a ser propiedad del Estado, según las condiciones fijadas en el último párrafo del artículo L.1123-3, pueden ser cedidos voluntariamente en las condiciones fijadas por decreto con acuerdo del Consejo de Estado (art. L.3211-8).

El Estado está autorizado a enajenar, según la forma común de ventas de bienes del Estado, los bienes inmuebles originados en sucesiones sin herederos, de los cuales la toma de posesión definitiva ha sido declarada por el tribunal de superior instancia. Esta disposición no podrá atentar contra el derecho de terceros y especialmente contra los derechos de los herederos y legatarios eventuales, que están admitidos a ejercer su acción sobre el precio neto de los bienes vendidos, en las mismas condiciones y plazo que tienen para ejercerla sobre los mismos bienes (art. L.3211-9).

No pueden participar de las licitaciones públicas las personas notoriamente insolventes o que fueron inhibidas de efectuar ventas patrimoniales (art. L.3211-11). El comprador que no haya pagado el precio en plazo puede ser eliminado de la venta en las condiciones fijadas por decreto con acuerdo del Consejo de Estado. Cuando es eliminado de la venta debe pagar a título de daños e intereses, sin perjuicio de la restitución de los frutos, una reparación igual al 10% de la suma exigible, sin que esta reparación pueda ser inferior al 20% del precio de venta. En este caso de venta por licitación, no se considera la oferta inadmisibles (art. L.3211-12).

Cuando un establecimiento público, o también un establecimiento público de carácter industrial o comercial, entiende ceder un inmueble mencionado en el artículo L.2211-1, que continúa a ser utilizado para sus servicios, debe obtener el acuerdo previo de

la autoridad administrativa competente. En ese caso el acto de enajenación, incluye las cláusulas que permitan preservar la continuidad del servicio (art. L.3211-13).

Las entidades territoriales, sus comunidades y sus establecimientos públicos ceden sus inmuebles y sus derechos reales inmobiliarios, en las condiciones fijadas por el Código General de las Entidades Territoriales (art. L.3211-14).

20) *Permuta*. Se permita la de bienes y derechos de carácter inmobiliario que pertenecen al Estado, en las condiciones fijadas por decreto con acuerdo del Consejo de Estado (art. L.3211-21).

21) *Aporte*. Las disposiciones del art. L.3211-6 se aplican a los aportes de inmuebles construidos o no construidos que forman parte del dominio privado del Estado, en vista de la realización de operación de remodelación o de construcción (art. L.3211-24).

22) *Cesión gratuita*. Cuando los monumentos conmemorativos estén edificados sobre terrenos que hacen parte del dominio privado del Estado, la autoridad competente puede autorizar, en el interés común, la cesión gratuita para el emplazamiento considerado necesario para su erección (art. L.3212-1).

23) *Conflictos*. Los relativos a las cesiones de bienes inmuebles del Estado son llevados ante la jurisdicción administrativa (art. L.3231-1).

24) *Emisión de actos*. Las personas públicas mencionadas en el art. L.1 están facultadas para emitir administrativamente sus actos de toma en locación de inmuebles y de derechos reales inmobiliarios o de fondos de comercio. Estas personas públicas pueden igualmente proceder a efectuar estas locaciones por acta notarial (art. L.4111-2).

25) *Bienes que el Estado posee en uso*. Los inmuebles de los cuales el Estado tiene un uso o que detenta según algún título sin tener la propiedad, excepto los que gerencia por cuenta de terceros o que resultan de patrimonio embargado o en liquidación, están sometidos a las disposiciones legislativas o reglamentarias que rigen las locaciones de inmuebles que pertenecen al Estado, las entregas de inmuebles patrimoniales y las concesiones de alojamiento en estos inmuebles (art. L.4121-1).

b) *DISPOSICIONES DE CONTENIDO REGLAMENTARIO DEL CÓDIGO DE DOMINIO*. Se destacan las normas más relevantes referidas a los bienes del dominio privado.

1) *Locaciones*. Las de inmuebles patrimoniales son autorizadas por el prefecto, una vez que el director de los servicios fiscales estableció las condiciones financieras del contrato (art. R. 66).

Los terrenos pertenecientes al Estado pueden ser alquilados por un plazo superior a dieciocho años con base en la propuesta del ministro interesado y después de la opinión favorable del ministro de la construcción con motivo de la realización de operaciones de urbanismo o de construcción (art. R. 69).

La locación de inmuebles adquiridos o readecuados por el fondo nacional de arreglos inmobiliarios y de urbanismo, "por los fondos para los arreglos de la Ile-de-France" o por el Ministerio de Infraestructura y Alojamiento sobre la base de créditos presupuestarios para la realización de nuevos barrios o de nuevos centros urbanos, pueden ser aprobados por un plazo superior a dieciocho años. Los actos de locación deben pasar por las oficinas de la propiedad en las formas comunes (rt. R. 70).

El personal civil de las Administraciones públicas no puede ocupar un alojamiento en un inmueble que pertenece al Estado o que detenta bajo cualquier título, a excepción de los que gestiona por cuenta de terceros o que derivan de patrimonios embargados o en liquidación, sino siendo beneficiario de una concesión de alojamiento o de un acto de locación pasado por las oficinas de la propiedad (art. R. 92). No puede otorgarse un alojamiento por necesidad absoluta o por utilidad de servicio sino por disposición firmada por el ministro bajo cuya autoridad se encuentra el agente beneficiario y por el ministro de las finanzas (art. R. 95).

Las concesiones de alojamiento por necesidad o utilidad del servicio son precarias y revocables en cualquier momento en las formas previstas en el artículo R. 95; su plazo de duración está estrictamente limitado al plazo en el cual los interesados detentan los empleos que las justifiquen. Se concluyen, en todas las hipótesis, en caso de venta o de cambio de destino del inmueble. No pueden renovarse sino en las mismas formas y condiciones. En todos los casos en que la concesión concluye por cualquier otro motivo que los ya expresados, los interesados deben desalojar los lugares sin demora, bajo pena de las sanciones previstas en el artículo R. 102 (art. R. 99).

2) *Enajenaciones*. La enajenación de un inmueble del dominio privado del Estado se efectúa con publicidad y puesta en concurrencia, ya sea por adjudicación pública, ya sea por acuerdo. La cesión por acuerdo está precedida de una publicidad que permita la puesta en concurrencia. Estos procedimientos no son aplicables en las cesiones de inmuebles mencionadas en el art. R. 129-5 (art.

R. 129). Los criterios de selección de los oferentes tienen particularmente en cuenta las condiciones financieras propuestas como las garantías y solvencia presentadas (art. R. 129-3).

La cesión es autorizada por el prefecto, bajo las condiciones fijadas por el director de las oficinas fiscales. Cuando el valor venal del inmueble excede el importe fijado por disposición del ministro encargado de la propiedad, la cesión es autorizada por el ministro encargado de la propiedad (art. R. 129-4).

La cesión de un inmueble puede igualmente hacerse por acuerdo, sin recurrir a la concurrencia: *a*) cuando las disposiciones legislativas o reglamentarias especiales incluyan la cesión del inmueble en beneficio de un adquirente o de una categoría de adquirentes determinados, caso en el que el precio es fijado por el director de los asuntos fiscales y la enajenación es aprobada por el prefecto, cualquiera sea el valor de los inmuebles cedidos; *a* falta de acuerdo, el precio se fija como en materia de expropiación por causa de utilidad pública; *b*) cuando las disposiciones legislativas o reglamentarias especiales permitan la cesión del inmueble en beneficio de un adquirente o de una categoría de adquirentes determinada; *c*) cuando la adjudicación pública ha fracasado; *d*) cuando el inmueble es necesario para complementar una función de servicio público o para la realización de una operación de interés general para una persona excluida del beneficio (decr. 2008-1248) o para un establecimiento público de carácter industrial o comercial; *e*) cuando las condiciones particulares de uso del inmueble lo justifiquen, y *f*) cuando un inmueble forma parte de un acuerdo de utilización mencionado en el art. 128-12 o está destinado en gestión a un establecimiento público de carácter industrial o comercial que desea adquirirlo. En los casos previstos en los puntos *b* a *f*, la cesión es aprobada según las modalidades previstas en el art. 129-4 (art. R. 129-5).

Los inmuebles construidos o no construidos pertenecientes al Estado pueden ser cedidos por acuerdo (decr. 88-408), en las condiciones previstas (decr. 2004-1175, art. 2) en el art. R. 129-4, bajo las instrucciones del ministro interesado y después de la opinión favorable del ministro encargado de los alojamientos, cuando son destinados a ser utilizados para realización de obras de urbanismo o de construcción. Las condiciones de la utilización de los inmuebles por parte de los cesionarios están definidas en los pliegos de condiciones establecidos por las oficinas de la propiedad con la participación de las oficinas del Ministerio encargado de los alojamientos. Estos pliegos de condiciones fijan las modalidades de rescisión de las cesiones en caso de incumplimiento de las obligaciones del concesionario (art. R. 139).

Se puede aplicar un descuento cuando un terreno es enajenado en vista de recibir al menos el 75% de la superficie neta destinada a alojamientos y que incluya alojamientos sociales de alquiler mencionados en los puntos 3 y 5 del art. L. 351-2 del Cód. de la Edificación y de Habilitaciones. La ventaja financiera que resulta del descuento incide exclusivamente y completamente en el precio de costo de alquiler de los alojamientos sociales realizados sobre los terrenos vendidos (art. R. 148-6).

Siguiendo el estudio realizado por MAUGUÉ y BACHELIER, puede concluirse que este nuevo Código se propuso una reforma unitaria del derecho de la propiedad pública, que constituyó en primer lugar una innovación radical para las entidades territoriales, dado que, al dotar a todas las personas públicas de un conjunto de reglas unificadas, marcó la unidad fundamental que caracteriza la gestión de las personas públicas.

Por otro lado, cabe destacar que el esquema del Código significa el abandono del criterio tradicional, familiar a la práctica y a la doctrina, fundado en la distinción entre el dominio público y el dominio privado de las personas públicas. Este criterio, basado en el concepto de "dominialidad", exponía de manera impropia el régimen de los bienes de las personas públicas, teniendo en cuenta que el conjunto de bienes que pertenecen a una persona pública constituyen bienes públicos por el solo motivo de que una persona pública es su propietaria. Los diferentes regímenes de la "dominialidad", de los cuales evidentemente el de "dominialidad pública" es el más importante, son regímenes de "afectación"; afectación a utilidad pública o no. La destacada tesis del profesor Yolka dedicada a la propiedad pública ha demostrado de manera luminosa que el régimen de la "dominialidad" pública constituye una reglamentación suplementaria que se une a los derechos y obligaciones que las personas públicas tienen por su condición de ser propietarias de un bien. El Código, en las tres primeras partes, trata de la adquisición, de la gestión y de la cesión de los bienes que pertenecen a las personas públicas, admitiendo un derecho de propiedad similar al de la propiedad privada, si bien la propiedad de las personas públicas está sometida a principios y reglas especiales⁹⁹.

En cuanto a la noción de dominio público contenida en el art. L.2111-1, se advierte que ahora es la ley y no la jurisprudencia la que fija los criterios que deberán tenerse en cuenta para definir el dominio público inmobiliario. Por otra parte, el Código, al estable-

⁹⁹ MAUGUÉ - BACHELIER, *Le Code Général de la Propriété de Personnes Publiques et les collectivités territoriales*, "Bulletin Juridique des Collectivités Locales", n° 8, p. 546 a 555.

cer que para formar parte del dominio público el bien inmueble tiene que constituir una instalación indispensable para el funcionamiento del servicio, ha efectuado una reducción del perímetro del dominio público y conduce a un reexamen de la jurisprudencia anterior.

En efecto, esta definición reemplaza, con una apreciación objetiva basada en el hecho de una afectación cierta al servicio, aquella otra apreciación subjetiva que resultaba de la aplicación de la teoría de la "dominialidad" pública virtual, que fue consagrada por dos opiniones de carácter administrativo del Consejo de Estado, según las cuales el hecho de prever una afectación de cierta apariencia al uso directo de público o a un servicio público, con tal de que el bien fuera una instalación especial, implicaba que estaba sometido desde ese momento a los principios del dominio público. La nueva definición de dominio público vuelve a una regla simple basada en un criterio binario; un bien está o no está en el dominio público. El bien no forma parte del dominio público hasta que la afectación no pueda ser objetivamente verificada.

Con relación al dominio privado, se destaca que en el CGPPP aparece definido como una categoría residual, pero que agrupa, sin embargo, una parte muy importante de las propiedades públicas. El art. L.2211-1 se refiere a dos casos de pertenencia al dominio privado en función de dicha definición; esto es, las reservas inmobiliarias y los inmuebles usados para oficinas, excepto aquellos que forman un conjunto indivisible con los bienes inmuebles que pertenecen al dominio público.

Sobre las reservas inmobiliarias no existe ninguna disposición legislativa anterior. Se trata de reservas de inmuebles cuyo objeto es constituir reservas estratégicas de las cuales no se conoce aún su uso, si hay algún apuro para ello y si, llegado el momento, será afectado a un servicio público, al uso público o a una persona privada.

En cuanto a los inmuebles de oficinas del Estado, cabe recordar que éstos estaban ya mencionados en el art. 2 del Cód. del Estado y en la ord. 2004-825, del 19 de agosto de 2004, que lo modificó. El CG3P ha retomado esta disposición a título de explicación de la definición general de bienes del dominio del Estado, pero no constituye un nuevo bien que forme el dominio privado por disposición legal.

En cambio, el CGPPP incluye en el dominio privado, por definición legal, dos tipos de bienes (los caminos rurales y los bosques y parques forestales de personas públicas sometidos al régimen forestal).

Con relación a los caminos rurales, el Código retoma una clasificación ya existente en la ord. 59-115 y en el art. L 161-1 del Cód. Rural. En cambio, la clasificación de los bosques y parques forestales sujetos al régimen forestal responde a una preocupación de la Administración que se originó en la interpretación del art. L 380-1 del Cód. Forestal, en cuanto allí podía entenderse que los parques forestales eran de dominio público, pues dicha norma establecía que "la apertura de los parques forestales al público debe favorecerse lo más ampliamente posible", cuando en realidad no debía confundirse "apertura al público" con "afectación al uso directo del público", siendo que en el mismo Código Forestal estos bienes son considerados del dominio privado, y por ello se lo aclaró expresamente en el CGPPP.

En materia de gestión de inmuebles, la novedad consiste en la posibilidad de todas las personas públicas de ponerlos a disposición de otras personas públicas para administrarlos según su destino, en los términos del art. L.2123-3.

También la regla de la inalienabilidad del dominio público admite varias excepciones. En efecto, según los arts. L.3112-1 y 3112-2 se admite la transferencia de la propiedad de un bien del dominio público o la permuta con otro bien, cuando se opera un cambio del servicio público, pero manteniendo el bien dentro del mismo régimen. En estos casos no es necesaria la previa desafectación preventiva del bien. Estas transferencias tienden a facilitar las operaciones inmobiliarias entre el Estado y las entidades territoriales y están condicionadas a que se asegure la continuidad del servicio público mediante cláusulas contractuales ad hoc. Por otro lado, según el art. L.3112-3, se permite la permuta con bienes pertenecientes a personas privadas o del dominio privado de personas públicas con el fin de mejorar el funcionamiento de un servicio público, pero —a diferencia de los casos anteriores— en éste se requiere una previa desafectación del bien, lo cual se explica por cuanto el bien que se transfiere no queda afectado a la función del servicio público.

c) *RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS BIENES INMUEBLES DEL DOMINIO PRIVADO.* La diferencia entre el dominio público y el dominio privado del Estado, que justificaría el régimen distinto, ha nacido en Francia por obra de la doctrina. Ya explicaba DE LAUBADERE que la distinción del dominio público y del dominio privado es relativamente moderna, pues no existía en el antiguo derecho francés.

En efecto, recuerda que en el Antiguo Régimen los bienes pertenecían a la Corona. Eran heterogéneos pero la condición jurídica de todos era la misma; eran propiedad del rey, si bien luego de la ordenanza de Moulins de 1566 fueron progresivamente sometidos a la regla de la inalienabilidad.

Con posterioridad a la Revolución francesa, el Código de Dominio de 1790 introdujo un importante cambio en la concepción del dominio de la Corona, que pasó a denominarse "dominio de la Nación", y se descartó la inalienabilidad. Se proclamó que la facultad de enajenar, como atributo esencial del derecho de propiedad, reside en la Nación y, en consecuencia, que los bienes son inalienables sin la intervención de la Nación, pero que pueden ser vendidos y enajenados en virtud de un formal decreto del cuerpo legislativo, aprobado por el rey¹⁰⁰. Más tarde, el acta adicional a las constituciones del Imperio, del 22 de abril de 1815, dispuso que ningún dominio puede ser vendido ni permutado sino en virtud de una ley.

Por otro lado, en el Código Civil de 1804 no existió la distinción de dominio público y dominio privado, pues se usaron expresiones como "dominio público" o "bienes pertenecientes a la Nación", que actualmente se reconocen como sinónimas¹⁰¹.

Fue en cambio la doctrina, a partir del siglo XIX, la que efectuó la distinción de estos términos y en particular PROUDHON, profesor de la facultad de Dijon, quien elaboró su teoría con fundamento en la necesidad de someter ciertos bienes a un régimen exorbitante del derecho civil, en particular para conservar para ellos, bajo una nueva forma, el principio de la inalienabilidad. La doctrina y la jurisprudencia fueron aceptando la distinción y la terminología de "dominio público" y "dominio del Estado", cambiando rápidamente esta última expresión en "dominio privado"¹⁰².

La distinción está vinculada a la condición de ciertas cosas cuya propiedad no corresponde a nadie de manera exclusiva, por estar destinadas al uso de todos y, en cambio, deben ser protegidas por el poder público que tiene la obligación de garantizar su disfrute al conjunto de la sociedad. Por otro lado, el dominio privado del Estado incluye los bienes productivos, que generan las rentas

¹⁰⁰ Al respecto se destaca una resolución dictada por el Consejo de Estado el 10 de julio de 1970, donde se dijo que, "considerando que, si al poner fin a la regla de la inalienabilidad del 'dominio nacional', el decr. del 28 de noviembre-1 de diciembre de 1790, posibilitó, mientras estuvo en vigencia, la adquisición por prescripción de derechos reales sobre el dominio, resulta de las disposiciones de los arts. 8 y 36 de ese decreto que tal posibilidad se abre para los bienes, siempre que previamente se autorice la enajenación por 'un decreto formal del cuerpo legislativo aprobado por el rey', que ninguna autorización ha sido otorgada en esta forma para los terrenos objeto de litigio; que por lo tanto los titulares de la sociedad litigante no pudieron adquirir por prescripción por aplicación del citado decreto" (DE LAUBADERE - GAUDEMET, *Traité*, vol. 2, p. 123).

¹⁰¹ DE LAUBADERE - GAUDEMET, *Traité*, vol. 2, p. 19 a 21.

¹⁰² DE LAUBADERE destaca que, en realidad, PROUDHON divulgó en su *Tratado de dominio público* los elementos encontrados en las obras de los comentaristas del Código Civil como PARDESSUS, TOULLIER, DELVINCOURT y DURANTON (DE LAUBADERE - GAUDEMET, *Traité*, vol. 2, p. 21).

del Estado. Los primeros gozan de la protección de la inalienabilidad e imprescriptibilidad, mientras que los segundos no gozan de tal protección por estar dentro del tráfico comercial.

Esta teoría se mantuvo en la doctrina francesa hasta principios del siglo XX, cuando se planteó un interesante debate entre HAURIUO y DUGUIT sobre la existencia o no de un derecho de propiedad sobre los bienes del dominio público (ver § 4 y 10).

Al respecto, HAURIUO sostuvo que el Estado tiene un derecho de propiedad, dado que no existe ningún obstáculo para que pueda apropiarse de los bienes, si se tienen en cuenta no su conjunto, sino una porción (el metro cuadrado), si bien admite que este derecho presenta características particulares en atención al destino al que están afectados los bienes del dominio público.

Por otro lado, DUGUIT considera que, por su propia naturaleza, los bienes que integran el dominio público no son susceptibles de un derecho de propiedad y que con relación a estos bienes, el Estado sólo tiene un deber de protección y garantía. El autor citado extiende su teoría también a los bienes del dominio privado y propone una "escala de la demanialidad". Aclara que, en realidad, todos los bienes del Estado, de un modo u otro, están afectados a fines públicos, y por ello la diferencia entre los bienes del dominio público y los del dominio privado está determinada por la intensidad de tal afectación. En relación con los bienes del dominio público, la afectación es tan intensa que hace imposible la existencia de un vínculo de propiedad entre la Administración y los bienes que forman parte del dominio público. En el fondo —se sostiene—, Duguit está rechazando la distinción entre dominio público y privado del Estado y para él el régimen jurídico aplicable a los bienes públicos, en cualquier caso, es un régimen de derecho público, distinto del propio de las relaciones de propiedad de derecho privado¹⁰³.

Sin embargo, la tesis de Hauriou sobre la existencia de un derecho de propiedad del Estado, también respecto de sus bienes del dominio público, fue aceptada y seguida mayoritariamente por la doctrina y por la jurisprudencia, por obra de otros autores como WALLINE, BANNARD, ROLLAND y, actualmente, por la tesis de Yolka sobre la propiedad pública¹⁰⁴.

Así, en Francia, el reconocimiento de un derecho de propiedad pública, tanto sobre los bienes del dominio público como privado,

¹⁰³ SERNA VALLEJO, *Los bienes públicos: formación de su régimen jurídico*, en GONZÁLEZ GARCÍA (dir.), "Derecho de los bienes públicos", p. 35 y 36.

¹⁰⁴ DE LAUBADERE - GAUDEMET, *Traité*, vol. 2, p. 29 y 30.

conduce a reexaminar el alcance de su régimen jurídico y la distinción entre tales bienes.

En efecto, AUBY sostiene que existe una atenuación de la distinción, dado que no es exacto que los bienes que satisfacen el fin de interés general son bienes del dominio público y que el dominio privado se compone de bienes que presentan un interés financiero o patrimonial, dado que estos bienes del dominio privado también satisfacen incontestablemente el interés general y, además, aun en el caso en el que la gestión del dominio privado presenta un aspecto patrimonial o pecuniario, ello concurre no menos a la satisfacción del interés general. Por lo tanto, concluye que cada categoría de bien público está sometida a un régimen exorbitante, en la medida en que este régimen es necesario para asegurar la protección o la afectación. En efecto, la distinción que se establece entre las distintas categorías de bienes patrimoniales se debe a una distinción entre los diferentes atributos de la "dominialidad". Así el legislador o la jurisprudencia, para cada categoría de bienes públicos, apelan a las reglas exorbitantes que les parecen necesarias para asegurar la protección de estos bienes, dando lugar a una escala de reglas que comportan de un máximo a un mínimo de exorbitancia, si bien ella nunca está ausente. Por lo tanto, la distinción es profundamente relativa. Este autor sigue, en este aspecto, la posición de DUGUIT sobre la escala de la "dominialidad"¹⁰⁵.

Otros autores ponen de manifiesto que, si bien el principio general es que a los bienes del dominio privado les corresponden las normas del derecho privado, son numerosas las normas de derecho público que se les aplican y que son derogatorias de aquéllas, tanto en materia de adquisición de bienes como de enajenación y de gestión, en particular sobre las locaciones. También en cuestiones de competencia hay excepciones que la atribuyen al juez administrativo y no al juez ordinario¹⁰⁶.

En el mismo sentido, YOLKA sostiene que la división entre dominio privado y dominio público tiende a desaparecer, si bien aclara que en Francia uno de los motivos por los cuales se mantiene es por la existencia de la doble jurisdicción, a pesar de que no coincida la frontera entre los dos dominios con la línea divisoria entre derecho público y derecho privado, por un lado, o entre competencias respectivas del juez administrativo y del juez ordinario, por el otro. Al respecto, señala que la fragmentación de los regímenes que implicaría la supresión del marco bipartito lleva a plantearse la

¹⁰⁵ AUBY, *Contribution à l'étude du domaine privé*, p. 35, citado por DEBBASH - BOUDON - PONTIER - RICCI, *Droit administratif*, p. 53 y 54. Ver, en extenso, DUGUIT.

¹⁰⁶ DEBBASH - BOUDON - PONTIER - RICCI, *Droit administratif*, p. 56 a 66.

necesidad de adaptar medidas que acompañen, como el reconocimiento de reglas comunes al conjunto de bienes públicos y una definición extensiva de la propiedad pública. Considera este autor que la toma de conciencia de la sumisión parcial del dominio privado al derecho público ha preparado el terreno para una extensión de la teoría de la propiedad pública más allá del dominio público¹⁰⁷.

En realidad, este régimen unitario ha sido plasmado en el nuevo CGPPP, que constituye un régimen jurídico especial y propio para los bienes de las personas públicas, derogatorio de normas del Código Civil.

En el CGPPP la noción de propiedad engloba todos los bienes de todas las personas públicas, tanto del dominio público como privado. Los bienes públicos constituyen una unidad que, según los momentos y la decisión del legislador, se distribuyen en bienes del dominio público o bienes del dominio privado, pero la diferencia de "dominialidad" reside en el régimen jurídico que se aplica a la propiedad pública y no como a dos formas de propiedad¹⁰⁸.

Se sostiene que los bienes que pertenecen a las personas públicas están sometidos a un derecho exorbitante del derecho común, lo cual surge del mismo art. 537, párr. 2º, del Cód. Civil, en cuanto establece que "los bienes que no pertenecen a los particulares son administrados y sólo pueden ser enajenados en las formas y siguiendo las reglas especiales que les son pertinentes" y, del mismo modo, el art. 2º del CGPPP dispone su aplicación a los bienes y derechos de las personas públicas "en las condiciones fijadas por los textos que las rigen". Si bien este régimen exorbitante se refiere principalmente al dominio público, que se caracteriza por el principio de la inalienabilidad, para los bienes del dominio privado el régimen de derecho privado se aplica adecuándolo al derecho público y al funcionamiento del Estado y de las entidades territoriales que están ajenos al derecho común de los bienes¹⁰⁹.

Por lo tanto, se trata de normas de derecho administrativo que la doctrina francesa define como "esa parte del derecho público que rige en principio la actividad administrativa y las personas que la ejercen"¹¹⁰.

¹⁰⁷ YOLKA, *La propriété publique*, p. 529 a 558.

¹⁰⁸ GAUDEMET, *Droit administratif*, p. 32 a 35.

¹⁰⁹ BERGEL - BRUSCHI - CIMAMONTI, *Les biens*, en GHESTIN (dir.), "Traité", p. 9.

¹¹⁰ TRUCHET, *Droit administratif*, p. 49 a 61; COLIN, *L'essentiel du droit administratif*, p. 3.

d) *CONCLUSIONES.* El régimen jurídico de los bienes inmuebles privados del Estado en Francia presenta las siguientes características.

1) Se encuentra establecido en el Código General de las Propiedades de las Personas Públicas (CGPPP), sancionado en 2006, por ord. 2006-460.

En este Código las disposiciones sobre los inmuebles constituyen una regulación transversal, pues están referidas tanto a los inmuebles del dominio público como a los del dominio privado. En efecto, en la segunda parte de dicho Código, entre las disposiciones sobre los bienes del dominio público, un capítulo está dedicado al "dominio público inmobiliario", y en varios capítulos de las disposiciones sobre el dominio privado se regula sobre el "dominio privado inmobiliario".

2) Si bien la ley no da una definición de dominio público o privado, se reconoce la existencia de bienes sometidos a ellos; es decir, se establecen dos categorías de bienes y se indica cuáles son los bienes que las integran y el régimen jurídico de cada una¹¹¹.

Es necesario partir de la identificación de los bienes que conforman el dominio público para comprender la noción de los bienes del dominio privado, dado que para la individualización de estos bienes se utiliza un criterio residual.

En particular, se indica que forman parte del dominio público los bienes que pertenecen a las personas públicas y que están afectados tanto al uso directo del público como a un servicio público, siempre que el bien resulte ser una instalación indispensable para la ejecución del servicio (art. L.2111).

Para esta noción se combinan los requisitos de la titularidad y del destino del bien, ya sea al uso directo como indirecto, debiéndose destacar que, en este último supuesto, se limita el alcance de los bienes del dominio público, por cuanto no todos los bienes relacionados con un servicio público entran en la categoría, sino sólo los que resultan indispensables para la ejecución del servicio.

Por otra parte, se determina que forman parte del dominio privado los bienes de las personas públicas que no están sometidos al dominio público, y también, de modo taxativo, las reservas inmobiliarias y los bienes inmuebles para uso de oficinas, excluyendo los que forman un conjunto indivisible con bienes inmobiliarios pertenecientes al dominio público (art. L.2211-1).

¹¹¹ Cfr. TRUCHET, *Droit administratif*, p. 63, quien sostiene que se puede definir "la categoría" como una noción a la cual se vincula un estatuto; es decir, un conjunto de reglas.

Debe observarse que los inmuebles de oficinas, en principio, no se consideran bienes indispensables al servicio público y, por lo tanto, no están comprendidos en el dominio público, sino en el privado.

Además de los bienes del dominio privado mencionados en el art. L.2211-1, el art. L.2212-1 señala que igualmente forman parte del dominio privado los caminos rurales y los bosques y parques forestales de las personas públicas sometidos al régimen forestal.

3) En cuanto al principio general en materia de administración y disposición de los bienes del dominio privado, tanto el art. 537 del Cód. Civil francés, que aún quedó vigente, como el art. L.2221-1 determinan que, si bien las personas públicas gestionan libremente tales bienes, se entiende siempre "según las reglas que le son aplicables".

En este aspecto, cabe destacar que también en Francia se ha producido una proceso de modernización en relación con la gestión de los bienes del Estado, y en particular se ha creado un nuevo organismo -France Domaine- con *arrêt* del 23 de diciembre de 2006, que representa al Estado propietario, tanto en las relaciones internas del Estado, entre distintas Administraciones, como externas, con los ocupantes del dominio del Estado, con los candidatos a las adquisiciones de bienes o con los prestadores de cualquier naturaleza.

En particular, el art. L.2222-7, sobre las locaciones, establece que éstas no pueden realizarse a título gratuito ni a un precio inferior al valor locativo y, según el art. L.2222-10, se admite la gestión por terceros en determinadas condiciones, que se fijan por decreto con acuerdo del Consejo de Estado.

Con relación a las ventas de los bienes inmuebles del dominio privado, el art. L.3211-1 pone como requisitos, para que puedan ser vendidos, que no sean más utilizados para un servicio civil o militar del Estado y que se cumplan las condiciones fijadas para la venta en decreto con acuerdo del Consejo de Estado.

Es decir que la venta requiere siempre que el inmueble sea innecesario a los fines estatales y que se apliquen las normas administrativas fijadas para el procedimiento de venta.

También está previsto en el art. L.3211-2 que pueden venderse los bienes inmuebles del Estado, usados como oficinas, aun cuando continúen siendo utilizados para los servicios públicos, en cuyo caso el acto de enajenación debe contener las cláusulas que aseguren la continuidad del servicio.

Asimismo, la permuta se rige por las condiciones fijadas por decreto con acuerdo del Consejo de Estado, según art. L.3211-21.

4) En cuanto a los caracteres de los bienes de las personas públicas, en todos los casos son inembargables, tal como lo dispone el art. L.2311-1, mientras que la inalienabilidad e imprescriptibilidad sólo está prevista expresamente para los bienes sometidos al dominio público, tal como lo indica el art. L.3111-1.

5) En materia de solución de conflictos, se establece en el art. L.3331-1 que los conflictos relativos a las cesiones de bienes inmuebles del Estado son llevados ante la jurisdicción administrativa, sin hacer ninguna distinción sobre el tipo de dominio.

6) Con relación a la afectación, el art. L.2111- 3 aclara que, si no se dispone de otro modo por la ley, y excepto en los casos del dominio público artificial, que se rige según las normas fijadas por las autoridades competentes, los actos de clasificación o de incorporación de un bien dentro del dominio público no tienen otro efecto que el de constatar la pertenencia de ese bien al dominio público, o sea que tal acto sólo tiene carácter declarativo.

La afectación –es decir, la incorporación de un bien al dominio público– se produce en principio de hecho cuando se trata de bienes de carácter natural, pero en la mayoría de los casos se requiere de un elemento material, como la adquisición del bien, y un acto jurídico que determine el destino del bien. La autoridad competente, en el caso de los bienes del Estado, es el órgano legislativo o el ejecutivo. En cambio, para los bienes de una entidad territorial local, la afectación emana del órgano deliberante.

La afectación puede ser formal o material. En el primer caso se origina en un acto expreso dictado por el órgano competente; la afectación material se produce por el uso efectivo del bien en vista de un determinado destino. La afectación material sola es suficiente para incorporar el bien al dominio público; en cambio, la afectación formal requiere también que exista una afectación material¹¹².

7) En cuanto a la desafectación, el CGPPP establece en su art. 2141-1 que, cuando un bien de los indicados como del dominio público no está más afectado al servicio público, o al uso directo del público, deja de pertenecer al dominio público desde la aplicación del acto administrativo que acredita dicha desafectación. Es decir que, en este caso, no basta la desafectación material, sino que se requiere la existencia de un acto administrativo que acredite que han variado las condiciones fácticas del bien. Es decir, ambas condiciones deben darse.

¹¹² DEBBASH - BOUDON - PONTIER - RICCI, *Droit administratif*, p. 100 y 101.

Se utiliza también el término desclasificación (*déclassement*) como el acto formal y expreso por el cual se declara la salida de un bien del dominio público a otro al que se incorpora. La exigencia de la emisión de un acto expreso está justificada en particular para cuidar las reglas de la imprescriptibilidad del dominio público¹¹³.

En efecto, una de las consecuencias de la desafectación es que deja de aplicarse el régimen de los bienes del dominio público y, por lo tanto, respecto de un bien del dominio privado, no juegan más los principios de la inalienabilidad e imprescriptibilidad.

Sin perjuicio de lo expuesto, si bien se ha considerado que es necesaria la previa desafectación de un bien del dominio público antes de enajenarlo, en el caso de algunas privatizaciones –como la de France Telecom– los bienes no fueron desafectados y, por lo tanto, se ha extendido el régimen del dominio público a esos bienes¹¹⁴.

8) Por último, puede decirse que Francia también ha avanzado, al igual que España, con una ley especial que establece el régimen jurídico de los bienes estatales y, en particular, uno para los bienes inmuebles del Estado, sean de dominio público o privado. Los bienes inmuebles del dominio privado no quedan ajenos a estas y otras normas específicas y reglamentarias que regulan los actos de administración y de disposición de los bienes, a las cuales este Código remite permanentemente.

Así, en Francia, este Código de la Propiedad de las Personas Públicas pasa a formar parte de ese conjunto de normas especiales administrativas que integran el derecho que regula la actividad de la Administración pública: el derecho administrativo.

¹¹³ DEBBASH - BOUDON - PONTIER - RICCI, *Droit administratif*, p. 108, con cita del *arrêt "Marrot"*.

¹¹⁴ MELLERAY, *La recherche d'un critère réducteur de la dominiabilité publique*, "Actualité Juridique", n° 9, p. 490.

CAPÍTULO IX

EL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO

§ 36. *BIENES INMUEBLES PRIVADOS DEL ESTADO.* — La investigación realizada sobre los regímenes jurídicos de los bienes del Estado en España, Italia y Francia, con especial atención al de los bienes inmuebles del dominio privado, contribuye a sostener la necesidad de un régimen jurídico especial también en nuestro país, teniendo en cuenta el análisis y los comentarios de la situación actual expuestos en esta obra.

En los § 28 a 30 se han indicado las normas administrativas y civiles, de la legislación argentina, referidas al uso, administración y disposición de los bienes inmuebles privados del Estado.

Entre las normas administrativas se citó, en especial, el dect. 1023/01, que aprobó el régimen de contrataciones del Estado, y que también se aplica a los contratos para la venta, locación, permuta y concesión de uso de bienes privados estatales.

Sin embargo, si bien el régimen de contrataciones regula los procedimientos de la contratación, no existen normas que establezcan el régimen jurídico de los bienes del dominio privado ni tampoco las condiciones de los diferentes contratos que se puedan instrumentar para la administración de tales bienes, para lo cual corresponderá analizar la aplicación, no sólo de las normas administrativas existentes, sino también —como se dijo— de las normas del Código Civil, con las dudas que genera el alcance de su aplicación al Estado.

Por lo tanto, para estos casos es necesario efectuar una interpretación integradora de las normas civiles a las normas administrativas, como se explicó en los § 3 y 31 a 35.

Así, corresponde entender que, si bien el derecho administrativo se complementa con la aplicación analógica de otras normas del derecho privado, ello no modifica la noción de derecho admi-

nistrativo, como todo el derecho que regula la actividad de la Administración¹.

En consecuencia, a los bienes del dominio privado se les aplica tanto normas administrativas como civiles, configurando un régimen de derecho administrativo y no de derecho privado, ya que, como se está analizando, la existencia del sujeto estatal como titular del dominio y el fin al cual están destinados tales bienes impide sostener que se rigen por las normas del derecho privado, previstas esencialmente para regular las relaciones entre sujetos privados. Esta aplicación analógica del derecho civil no alcanza para superar la fuerza del derecho administrativo en la regulación de la función administrativa, a cuyo fin sirven los bienes estatales.

En efecto, de la interpretación de las normas civiles surge que los bienes del dominio público, por estar destinados al uso público, están fuera del comercio, y su venta está prohibida según lo disponen los arts. 2336, 2337 y 2341 Cód. Civil (ver § 19, 31 y 32), lo que implica que no pueden venderse ni ser objeto de actos jurídicos de disposición (arts. 953 y 1501 -ver § 31 y 32-).

Sin embargo, no sólo los bienes del dominio público están fuera del comercio, ya que los arts. 2336 y 2338 del Cód. Civil también establecen que están fuera del comercio aquellos bienes cuya enajenación dependiere de autorización pública, lo que ocurre en el caso de la venta de cualquier bien del Estado, si bien se ha entendido que esta norma está referida, en particular, a los bienes del dominio privado (ver § 19).

Del mismo modo, entonces, para todos los demás actos jurídicos de disposición de los bienes inmuebles del dominio privado corresponderá obtener la previa autorización pública, siendo aplicables en estos casos las normas de derecho administrativo (ver § 28 a 30).

Se observa que un bien del dominio público puede venderse, si el bien se desafecta y se dispone su venta y que, de igual manera,

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA - FERNÁNDEZ, *Curso*, 2006, t. I, p. 29 a 45. También ARIÑO ORTIZ destaca que el derecho administrativo, en España, se ha configurado en los últimos lustros como un *derecho común* -tan común como el civil-, con capacidad de autointegración por medio de la analogía y de sus propios principios generales [*Contrato y poder público. La figura del contrato administrativo en el derecho español y europeo*, en CASSAGNE (dir.), "Derecho administrativo", p. 901, con cita de CALVERO, *Consecuencias de la concepción del derecho administrativo como ordenamiento común y normal*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia, XXIV-544, que en 1952 ya escribía palabras definitivas sobre el tema]. En Francia, TRUCHET sostiene que las normas de derecho administrativo son "esa parte del derecho público que rige en principio la actividad administrativa y las personas que la ejercen" (*Droit administratif*, p. 49 a 61).

un bien del dominio privado puede venderse, si el Estado lo decide (ver § 22 a 25). En ambos casos se requiere la "autorización pública" para la enajenación.

En cuanto a los actos de administración, es el propio artículo 1502 del Cód. Civil, referido a la locación, que remite a las normas del derecho administrativo (ver § 31 a 35).

Por lo tanto, puede concluirse que los bienes del dominio privado del Estado se rigen por el derecho administrativo, al igual que los bienes del dominio público, no encontrando fundamento normativo alguno para sostener que los bienes del dominio privado se rigen por las normas del derecho civil.

Llegados hasta aquí, resta establecer cuál es el régimen jurídico de los bienes del dominio privado del Estado, teniendo en cuenta que estos bienes se diferencian de los bienes del dominio público, en razón de su destino: uso común o utilidad pública, en los bienes públicos; interés general y social en los bienes privados (ver § 16), lo cual impone distintos grados de protección y tutela que debe contemplarse en el régimen jurídico de estos bienes (ver § 17).

En consecuencia, respecto de los bienes inmuebles del dominio privado del Estado, objeto de este estudio, se propone un régimen legal que regule los siguientes aspectos: a) noción de bienes inmuebles privados del Estado; b) caracteres; c) formas de afectación y desafectación; d) medios de protección: la desocupación, y e) modos de uso, administración y disposición.

Este régimen especial, como se viene explicando, es de derecho administrativo, por ser el derecho que se aplica al Estado, aún adoptando y adaptando normas del derecho privado.

§ 37. **RÉGIMEN LEGAL.** - Analizaremos en detalle sus principales aspectos.

a) **NOCIÓN.** Son bienes privados del Estado todos aquellos destinados al cumplimiento de fines estatales, distintos de los fines de los bienes del dominio público, y que están sometidos a un régimen jurídico propio y de derecho administrativo.

1) Esta noción tiene en cuenta que la única diferencia significativa entre los bienes públicos y privados del Estado es el destino de los bienes, dado que -como se explicó- el Estado es titular del dominio, tanto de sus bienes públicos como privados, y el régimen jurídico en ambos casos es de derecho administrativo, si bien con diferente regulación en cada caso (§ 6 y 14 a 17).

2) Los bienes inmuebles del dominio privado son todos necesarios a los fines estatales, salvo los que se declaren innecesarios.

Al respecto, los bienes inmuebles del dominio privado no dejan de ser bienes que sirven o deben servir al logro de objetivos que tiendan a satisfacer las necesidades de la sociedad, ya que ello es propio de la función administrativa del Estado. ¿Para que otro fin puede el Estado ser propietario de bienes? Si no fuera para estos fines, y se entendiera que ciertos bienes no son necesarios para los fines específicos del Estado, podrá declarárselos innecesarios, lo cual determinará varias consecuencias, en especial en lo que se refiere a los actos de disposición (ley 22.423 y decr. 2045/80—ver § 16 y 28 a 30—).

3) La declaración de innecesiedad de un bien inmueble deberá ser efectuada por autoridad administrativa competente y con aprobación del órgano legislativo. Anualmente se confeccionará un listado de bienes innecesarios que se incluirá en la ley de presupuesto. La aprobación legislativa del presupuesto, implicará la aprobación de tal declaración y la disponibilidad del bien, ya que se entenderá acordada la autorización pública para estar en el comercio, según lo dispuesto en el art. 2336 del Cód. Civil.

En efecto, resulta importante la inclusión del listado de bienes innecesarios y disponibles en la ley de presupuesto, en atención a que ello significa una posible alteración de los activos del Estado y la obtención de recursos financieros. Ello de conformidad con lo indicado en el art. 21 de la ley 24.156 de administración financiera (conf. leyes 22.423 y 24.156) y art. 75, inc. 5°, de la Const. nacional.

b) *CARACTERES.* Son los que se detallan a continuación.

1) *Enajenación.* Los bienes inmuebles del dominio privado del Estado son cosas que están fuera del comercio, y son relativamente inenajenables, según lo dispuesto en el art. 2338 del Cód. Civil. Requieren de una autorización pública para su venta.

a) Se dispone de ellos en los términos de los arts. 2336 y 2338 del Cód. Civil, tal como se analizó en el § 19.

b) Para poder vender un inmueble del dominio privado, previamente deberá ser declarado innecesario, con intervención de los órganos ejecutivo y legislativo. La aprobación legislativa del presupuesto configura la autorización pública que determina que el bien inmueble pasa a estar en el comercio y, en consecuencia pueda ser enajenado. Mientras ello no ocurra, los bienes inmuebles privados del Estado están fuera del comercio, en los términos del art. 2336 del Cód. Civil.

Lo expuesto se deriva de aplicar los arts. 2336 a 2338 del Cód. Civil. En efecto, siempre es necesaria la autorización pública para enajenar los bienes y para efectuar los demás actos jurídicos que

requieran que los bienes estén en el comercio (ver § 19). Por otra parte, le corresponde al Congreso de la Nación disponer del uso y de la enajenación de las tierras de propiedad nacional (art. 75, inc. 5°, Const. nacional), como también fijar anualmente el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la Administración nacional (art. 75, inc. 8°, Const. nacional). Concordantemente con lo dispuesto en la ley de administración financiera 24.156, según lo comentado en los § 28 a 30.

c) Los bienes inmuebles del dominio privado que no son declarados innecesarios se consideran todos necesarios a los fines de interés general del Estado y, por lo tanto, no son disponibles.

Ello es así, porque están fuera del comercio y no tienen autorización pública para su venta. Aquí se contempla que los bienes privados del Estado deben tener especial tutela teniendo en cuenta que están destinados a cumplir fines estatales que se vinculan con los intereses de la sociedad. Se evitan de este modo los actos de disposición de los inmuebles, sin suficiente tutela. Se desarrollaron estas ideas en los § 16, 19 y 28 a 32.

2) *Prescripción adquisitiva.* Los bienes inmuebles del dominio privado del Estado son imprescriptibles.

a) Según lo expuesto en el § 20 y, en particular, en los proyectos legislativos comentados, se advierte una preocupación y una necesidad de proteger el dominio del Estado sobre sus bienes inmuebles, tanto del dominio público como privado, teniendo en cuenta el mismo destino de interés público y social de tales bienes.

Por otra parte, según lo establecido en el art. 3952 del Cód. Civil, sólo pueden prescribirse las cosas cuyo dominio o posesión puede ser objeto de una adquisición y en consecuencia, no puede prescribirse un inmueble mientras se encuentre fuera del comercio.

b) Los inmuebles declarados innecesarios pueden ser objeto de la prescripción adquisitiva, según las disposiciones del Código Civil.

En efecto, una vez que el inmueble es declarado innecesario, se encuentra en el comercio y puede ser enajenado. También, por lo tanto, puede ser objeto de prescripción adquisitiva.

3) *Embargo.* Los inmuebles del dominio privado del Estado pueden embargarse, una vez vencidos los plazos de pago previstos judicialmente y aplicado el art. 20 de la ley 24.624.

Según análisis efectuado en el § 21, en estos casos el Estado es incumplidor de una deuda judicial, cuyo pago depende de las autorizaciones de gastos contenidas en el presupuesto general de la Administración nacional y que emanan del Congreso de la Nación. En consecuencia, la no autorización del gasto correspondiente a la

deuda implica, a contrario, soportar el embargo y la ejecución del inmueble.

c) *AFECTACIÓN Y DESAFECTACIÓN.* Corresponde analizar las formas que las caracterizan.

1) *Afectación.* Ésta es una decisión de la autoridad pública mediante la cual un bien pasa a integrar el dominio público del Estado.

a) La afectación de los bienes inmuebles estatales debe realizarse por ley o por acto administrativo de autoridad pública, o por hechos de ésta, competente en la jurisdicción en la cual se encuentre el inmueble.

Si bien se sostiene que la creación de un bien del dominio público natural es atribución del legislador nacional, tal como lo expuso MARIENHOFF, se trata de cambiar el destino de bienes inmuebles existentes dentro de un determinado territorio, habiéndose reconocido que es la autoridad local la que puede modificar el destino de un inmueble artificial ubicado en su jurisdicción, por no ser facultad delegada al Congreso de la Nación (ver § 23).

b) Los inmuebles de particulares destinados a la prestación de un servicio público, con motivo de un contrato con el Estado, si bien la titularidad del dominio es privada, quedan sujetos al régimen de los bienes del dominio público, mientras se mantenga en ejecución el contrato que vincula a las partes. Los inmuebles del dominio privado en construcción y los inmuebles expropiados, que están destinados al uso común o a un servicio de utilidad pública, quedan sujetos al régimen de los bienes del dominio público, hasta su efectiva incorporación al dominio público.

Se trata en estos casos de una afectación transitoria del bien inmueble al dominio público y se persigue, de este modo, dar una mayor protección y resguardo a los inmuebles destinados a un servicio público, aunque sean de titularidad privada o bienes privados del Estado en construcción (§ 21 y 23, b).

2) *Desafectación.* Ésta es una decisión de la autoridad pública mediante la cual un bien deja de pertenecer al dominio público y pasa a integrar el dominio privado del Estado por modificación de su destino.

a) La desafectación de un inmueble debe ser efectuada por ley o por acto administrativo, fundado en ley, de la autoridad competente en la jurisdicción en la cual se encuentra ubicado dicho inmueble. No podrá desafectarse ni entenderse desafectado un bien inmueble del dominio público mediante hechos o tácitamente. Es nula la venta de un bien inmueble del dominio público sin previa desafectación.

Se entiende conveniente esta solución, teniendo en cuenta los conflictos y dudas que genera la desafectación tácita o por hechos, como también teniendo en cuenta las consecuencias que se derivan del menor grado de tutela que tienen los bienes del dominio privado (ver § 20 y 24, b y c).

b) La autoridad pública de la jurisdicción en la cual se encuentre el inmueble podrá, asimismo, disponer por acto administrativo la mutación del destino demanial del inmueble. Un inmueble afectado a un fin de utilidad pública o servicio público podrá ser afectado a otro fin o servicio. Mientras se tramita el cambio de destino el inmueble no se considera desafectado.

Sobre esta cuestión se sigue la doctrina española comentada en el § 25.

d) *MODOS DE PROTECCIÓN.* En este punto es menester ocuparse de las vías de desocupación.

1) Corresponde al órgano ejecutivo la obligación de reparar y conservar en buen estado los inmuebles del dominio privado, controlar el uso y mantenimiento, y evitar su uso y apropiación indebidos. La omisión de esta obligación determinará la responsabilidad de los funcionarios. El costo de la reparación de los daños a los inmuebles ocasionados por acciones de terceros estará a cargo de los autores del daño.

En efecto, por un lado, es el órgano ejecutivo el que tiene a su cargo la administración general del país, según arts. 99 y 100 de la Const. nacional y, por otro, son de aplicación los arts. 1109 y 1112 del Cód. Civil, en materia de responsabilidad. Se intenta, de este modo, generar una mayor preocupación de las autoridades y de terceros para evitar la degradación y pérdida de los inmuebles del dominio privado, tal como se comentó en § 26 y 27.

2) En caso de una ocupación de un bien inmueble del dominio privado, que se considere indebida, la autoridad administrativa solicitará al juez competente la ejecución del acto administrativo que disponga la desocupación o bien solicitará el desalojo, según el procedimiento que establezcan las normas procesales para los procedimientos sumarios de desalojo.

Así también, en los § 26 y 27 se han desarrollado las cuestiones relativas a los conflictos y las soluciones que se han adoptado según los diferentes casos, confirmándose la necesidad de acudir a la justicia para obtener la desocupación de inmuebles del dominio privado, dado que es mediante la intervención judicial que se tutela el derecho de defensa de las partes en estos litigios, siendo excepcional la actuación directa de la Administración por coacción en las personas o sus bienes. Según los casos, la Administración podrá solici-

tar la ejecución del acto administrativo que, como consecuencia de un procedimiento administrativo, disponga la desocupación del inmueble, incluso con motivo de formas normales o anormales de conclusión de contratos, o también iniciando una demanda de desalojo.

e) *FORMAS DE USO, ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN.* Analizaremos puntualmente cada una de estas cuestiones.

1) *Uso.* Los bienes del dominio privado pueden ser dados en uso para actividades comerciales mediante concesiones de uso y permisos de uso, otorgados por el órgano ejecutivo. La concesión de uso se rige por las normas de la ley de contrataciones del Estado y por los pliegos de condiciones que se confeccionen en cada caso; otorgada por el órgano ejecutivo, no podrán superar el plazo de cinco años. El permiso de uso se otorgará para actividades comerciales desarrolladas de modo personal y no como empresa, con finalidades de interés social, por un plazo revocable en cualquier momento por razones de interés público y con derecho a indemnización de los daños directos; la selección del permisionario se efectuará por sorteo de los aspirantes inscriptos en un registro, en función de la cantidad de inmuebles con tal destino y según las actividades que la autoridad administrativa decida promover, y la reglamentación establecerá las demás condiciones del permiso.

Para la concesión de uso de los bienes del dominio privado son de aplicación las normas del régimen de contrataciones del Estado, las que disponen no sólo para los bienes del dominio público, sino también para los bienes del dominio privado, tal como se comentó en los § 28 a 30. En cambio, el permiso de uso no tiene actualmente regulación legal, siendo necesario dejar determinadas las pautas de su regulación. Si bien el permiso es una tolerancia para el desarrollo de actividades comerciales de menor significado económico, típico de los bienes del dominio público, corresponde su extensión a los bienes del dominio privado del Estado, dado que se trata de aplicar las instituciones del derecho administrativo, pues son las que mejor contemplan los caracteres de los bienes estatales. Sin embargo, y si bien el permiso se considera de carácter precario —es decir, revocable en cualquier momento—, no debe desatenderse el posible daño directo que la decisión administrativa pueda generar, pues ello hace a un equilibrio entre el interés individual y el interés general. Se entiende razonable el plazo de cinco años para las concesiones de uso para el desarrollo de una actividad comercial, posibilitando al final del período la concesión a un nuevo interesado.

2) *Actos de administración.* Con relación a los bienes inmuebles del dominio privado del Estado, el órgano ejecutivo puede celebrar contratos de locación y comodato, y cualquier otro acto de

administración. El Estado puede ser locador o locatario, como también comodante o comodatario, aplicándose a los contratos las normas administrativas y las civiles para las situaciones no previstas.

Se tiene en cuenta lo analizado en los § 28 a 30, con relación a las normas del Código Civil que se refieren a estos contratos y, en particular, el art. 1502 de dicho cuerpo normativo, que dispone que los arrendamientos de los bienes nacionales, provinciales o municipales serán juzgados por las disposiciones del derecho administrativo, o por las que le sean peculiares, y sólo en su ausencia por las normas del Código Civil. Esta disposición es una pauta rectora para la aplicación del derecho administrativo en los contratos sobre bienes estatales.

3) *Actos de disposición.* Con relación a los bienes inmuebles del dominio privado del Estado, el órgano ejecutivo no puede celebrar contratos que impliquen la disposición de tales bienes, sin la intervención del órgano legislativo que otorgue la autorización pertinente para ponerlos en el comercio. Se requiere autorización legislativa para celebrar contratos de cesión, permuta y la constitución de derechos reales de usufructo, uso, habitación, servidumbres, hipoteca y anticresis sobre los inmuebles del dominio privado del Estado.

Lo expuesto se deriva del análisis de las propias normas del Código Civil, efectuado en los § 28 a 32, y de conformidad con las disposiciones que impiden actos de enajenación y de disposición de bienes fuera del comercio.

§ 38. *CONTRATOS PATRIMONIALES DE LA ADMINISTRACIÓN.* — Este régimen jurídico, finalmente, condiciona el tipo de contrato que celebra el Estado y que es un contrato distinto al contrato administrativo, porque si bien se trata de un régimen de derecho administrativo, la aplicación analógica de normas de derecho civil, genera una distinción con el contrato administrativo típico, siendo más útil para su estudio, considerar una nueva categoría contractual: el contrato patrimonial de la Administración.

Actualmente, existe una tendencia a considerar la existencia de diferentes contratos públicos que presentan matices y que impiden elaborar una teoría unitaria que abarque, con principios comunes, todo el universo contractual regido por el derecho público.

En efecto, así lo sostiene CASSAGNE, quien señala que "en el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen, de manera relevante e inmediata los órganos estatales al ejercer la función administrativa. Sin embargo, ello no supone desconocer la ambivalencia a que se presta el hecho de que el Estado

(que es siempre una persona de derecho público) celebra también contratos regulados, en punto a su objeto, por el derecho privado, ni tampoco que determinados contratos celebrados por particulares pasen a regirse por el derecho administrativo, en forma entremezclada con el derecho civil o comercial". Agrega este autor que "ello no quita que la categoría principal en el campo de la contratación pública, regida por el derecho interno, siga siendo la figura del contrato administrativo, sin dejar de reconocer otras especies contractuales, a las que se aplican preponderantemente el derecho internacional y, en menor medida, el derecho administrativo (con la posibilidad de aplicación analógica del derecho privado)"².

No es entonces el tipo de cosa sobre la que recae el contrato lo que determina la naturaleza del contrato, sino los elementos que lo componen. Así, en los contratos que se celebren respecto de bienes privados del Estado, están presentes los siguientes elementos: a) el sujeto estatal; b) el fin de interés público y social, y c) un régimen de derecho administrativo que adopta y adapta las normas de derecho privado, en función del fin propio del Estado.

Para estos casos, se trata de un régimen jurídico de derecho administrativo, caracterizado por la aplicación analógica del derecho privado, que impone una especial regulación de estos bienes, en punto, básicamente, a sus caracteres, que se diferencian de aquellos del dominio público, referidos a la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad.

En efecto, si bien para la teoría clásica, los bienes del dominio privado del Estado son enajenables, prescriptibles y embargables, el régimen jurídico que aquí se propone combina las normas del derecho privado y del derecho administrativo, en tanto lo dispuesto en los arts. 2336 y 2338 del Cód. Civil, al establecer que la enajenación de estos bienes requiere de autorización pública, determina en todos los casos la aplicación de normas administrativas. Las normas civiles citadas, a su vez, extienden su aplicación a los alcances de la prescripción adquisitiva sobre estos bienes, ya que no puede prescribirse lo que no puede enajenarse. Por último, en cuanto a la embargabilidad, ésta también supone la previa intervención del órgano legislativo que debe autorizar el pago de la deuda judicial en la ley anual de presupuesto, circunstancia que debe verificarse previamente al embargo.

Por lo tanto, este régimen administrativo que se propone es un régimen administrativo peculiar que se origina en las propias normas del derecho privado y determina una regulación de los bie-

nes del dominio privado, que tiene en cuenta no sólo la presencia del sujeto estatal, sino, además, el fin de interés público del Estado.

Se justifica, de este modo, la nueva categoría de contrato, que comprende a los "contratos patrimoniales del Estado", que no se confunden ni con los contratos administrativos ni con los contratos parcialmente regidos por el derecho privado, que tienen otras características.

Sobre este tema, nos recuerda COVIELLO que en nuestro país existen autores que niegan la existencia de los contratos privados de la Administración, como BARRA y GORDILLO, y otros, como CASSAGNE, que se refieren a contratos parcialmente regidos por el derecho privado. A ello se agrega que el régimen de contrataciones aprobado por decr. 1023/01 dispuso, en su art. 1º, parte 2ª, que "toda contratación de la Administración nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que esté sometida a un régimen jurídico de derecho privado", lo cual llevó a BARRA a expresar que el nuevo régimen viene a reconocer, en definitiva, la postura de que todos los contratos que celebra la Administración son de naturaleza pública, considerando anacrónica la figura de aquella especie de contratos³.

No es objeto de este trabajo profundizar estas cuestiones, sino más bien recordarlas, a fin de formular la propuesta de esta categoría contractual, con su régimen legal propio, y evitar que las interpretaciones de la clasificación tradicional, atenten contra la claridad del régimen jurídico que debe aplicarse.

Por lo tanto, se propone una nueva categoría contractual, la de los "contratos patrimoniales del Estado" para señalar un tipo de contrato público referido específicamente a los contratos que tengan por objeto los bienes inmuebles privados del Estado, con un régimen legal propio, evitando así la discusión sobre el régimen jurídico y el encuadre del contrato en las clasificaciones clásicas.

En consecuencia, el régimen legal de estos contratos tendrá los siguientes objetivos.

a) Promover la mejor gestión de los bienes privados, mediante normas simples destinadas a los administradores públicos.

Cabe destacar que muchas veces la inoperancia de la gestión estatal se origina en la ausencia de normas que permitan al funcionario tomar las decisiones en un marco legal que no ponga en riesgo su responsabilidad.

b) Obtener una mayor satisfacción del interés público y social.

² CASSAGNE, *El contrato administrativo en la actualidad*, en Universidad Austral, "Cuestiones de contratos administrativos", p. 631 a 647.

³ COVIELLO, *Los contratos de derecho privado de la Administración*, en Universidad Austral, "Cuestiones de contratos administrativos", p. 225 a 240.

Esta finalidad debe estar presente en todos los casos y se tendrá en cuenta a la hora de pensar si es mejor dar en uso, alquilar o vender el inmueble. Por ejemplo, la posibilidad de enajenar los bienes privados no significa que éstos deban venderse, sino que su venta dependerá de la conveniencia de esa operación en comparación con otras formas de administración o aprovechamiento del bien. El principio será el de tender a conservar el bien antes que venderlo, dado que mantener el patrimonio estatal es probablemente más valioso, en cuanto conservación de activos, siempre y cuando, sin embargo, se realice una eficiente administración; pero tanto esta decisión, como su contraria, deberá expresar la razonada justificación del interés público que se persigue.

c) Facilitar los contratos y la colaboración privada, en un marco de seguridad jurídica.

Tratándose de bienes privados del Estado, se procura incentivar el aporte de recursos para un mejor aprovechamiento de los bienes, evitando su degradación por falta de mantenimiento y contribuyendo a su mejora.

CAPÍTULO X

SÍNTESIS CONCLUSIVA

§ 39. *LINEAMIENTOS DE UNA LEY DE BIENES INMUEBLES PRIVADOS DEL ESTADO.* – En 2005 el Observatorio de Políticas Públicas del Cuerpo de Administradores Gubernamentales, dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación, elaboró un documento con varios proyectos de legisladores para la sanción de una ley sobre bienes del Estado, que se refería tanto a la gestión como a la administración de los bienes estatales, ya sea de su dominio público como privado, los cuales, sin embargo, no fueron sancionados.

En 2006 dicho Observatorio elaboró otro documento en el que señala que "los bienes del Estado y, más precisamente, los bienes inmuebles ociosos del Estado, es decir aquellos de dominio privado que no están destinados a la gestión estatal ya sea en forma directa (Administración pública) o indirecta, como en el caso de servicios públicos concesionados, deben ser administrados de forma que, en gran medida, la sociedad sea la beneficiaria directa de su uso o explotación. Esto incluye desde un alquiler o arrendamiento comercial hasta su uso para la construcción de viviendas destinadas a quienes no la poseen, pasando por su transformación en espacios de uso público, como plazas y parques o para el mejoramiento de la infraestructura de transporte y servicios. La misión que tiene el Estado, a través de sus órganos competentes, de administrar estos bienes, lleva implícito como mínimo tres aspectos importantes: el marco jurídico para la disposición de los bienes; el estudio técnico para su mejor aprovechamiento y el adecuado uso con fines sociales o comerciales".

Coincidiendo con estas ideas, se han elaborado los lineamientos para una ley de bienes privados del Estado que determine su régimen jurídico para el uso, administración y disposición, que se agrega en apéndice.

§ 40. **CONCLUSIONES PUNTUALES.** – La cuestión que se pone en debate en esta tesis y que es motivo de investigación se origina en la afirmación clásica de la doctrina mayoritaria, y no sólo nacional, que sostiene que “los bienes privados del Estado se rigen por las normas del derecho privado”.

La tesis que se sostiene es que el régimen jurídico de los bienes privados del Estado es un régimen de derecho administrativo que conviene establecer en una ley especial.

La teoría clásica nace en Francia con la distinción de los bienes del Estado en bienes del dominio público y bienes del dominio privado, que surge con posterioridad a la Revolución francesa, siendo obra de la doctrina. Los bienes, que anteriormente habían sido de la Corona y estaban sometidos al principio de la inalienabilidad e inembargabilidad, desde el edicto de Moulins de 1566, en 1790 pasan a ser bienes del Estado nacional y pueden ser enajenados, por decisión de la Asamblea Legislativa. Fue PROUDHON, en su *Tra-tado de dominio público*, quien sostuvo que ciertos bienes, que estaban destinados al uso común, constituían el dominio público y debían tener una protección especial recuperando el carácter de inalienables, mientras que los demás bienes formaban el dominio privado. La distinción se extendió al régimen jurídico y abrió el debate sobre el reconocimiento del derecho de propiedad del Estado sólo sobre los bienes del dominio privado y no sobre los bienes del dominio público, ya que éstos estaban destinados al uso de todos. Así, fue sosteniéndose que los bienes del dominio privado son aquellos respecto de los cuales el Estado tiene un derecho de propiedad igual al derecho de propiedad privada y por lo tanto se rigen por las normas del derecho privado, no así los bienes del dominio público. Es decir que se vinculó el régimen jurídico de los bienes del dominio privado al reconocimiento de un derecho de propiedad. Sin embargo, en la misma Francia fue HAURIU quien demostró, con su teoría del metro cuadrado, que no existía ninguna razón natural que impidiera que el Estado tuviera un derecho de propiedad también sobre los bienes del dominio público.

Actualmente, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria tanto en Francia, como en los países de influencia como España e Italia y aun en nuestro país reconocen que el Estado tiene un derecho de propiedad de igual naturaleza que el derecho de propiedad privada –si bien algunos prefieren hablar de *propiedad pública*– sobre sus bienes, sean del dominio público o del dominio privado. Sin embargo, cabe destacar que este derecho de propiedad del Estado no determina que el régimen jurídico de sus bienes sea de derecho privado, como se sostuvo respecto de los bienes de dominio privado, cuando se pretendió establecer la distinción.

Una cosa es la relación del Estado con sus bienes, que da fundamento al derecho de propiedad, y otra distinta es el régimen jurídico al que quedan sujetos los bienes. La ecuación derecho de propiedad del dominio privado igual a régimen de derecho privado se demuestra como inválida a partir de la existencia de un derecho de propiedad del dominio público que no resulta igual a “régimen de derecho privado para tales bienes”.

Por lo tanto, la investigación sobre el tema se orientó a establecer cuál es el régimen jurídico de los bienes del dominio privado del Estado.

La primera parte se refiere a la investigación en el ámbito nacional y la segunda parte a la investigación en España, Italia y Francia, mientras que en la tercera parte se formula la propuesta del régimen jurídico para los bienes privados del Estado en nuestro país, con un apéndice que contiene los lineamientos para un proyecto de ley con el régimen jurídico propuesto.

La investigación en el ámbito nacional parte del estudio del Código Civil y la clasificación de los bienes del Estado que allí se efectúa. Se analizan las nociones de dominio público y de dominio privado, teniendo en cuenta tres aspectos: la cuestión de la titularidad dominial, la cuestión del destino y la cuestión del régimen jurídico en cada caso, cuestiones fundamentales a la hora de poder determinar las diferencias de ambos tipos de bienes. En efecto, el estudio de estos aspectos lleva a preguntarse cuáles son las diferencias que existen entre estos bienes que justificarían un régimen jurídico distinto y cuál debe ser dicho régimen. A tal fin se analizan los tres caracteres clásicos que determinaron la diferencia entre el régimen jurídico del dominio público y el del dominio privado: la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad. Por otro lado, se abarca el estudio de la afectación y la desafectación, ya que ello incide sobre el pasaje de los bienes de un régimen a otro, y también se estudian las diferencias en cuanto a la tutela de los bienes, referida a las formas de desocupación. Finalmente, se destina un capítulo para indicar cuál es el panorama normativo actual en cuanto al uso, administración y disposición de bienes, ya sea de normas administrativas en el ámbito nacional, en el de la ciudad de Buenos Aires y en el de la provincia de Buenos Aires, como también cuáles son las disposiciones del Código Civil que resultan de aplicación, sin perjuicio de establecer su interpretación y alcance.

En la segunda parte se desarrolla el estudio de la legislación comparada. Así, en España es posible referirse a la ley del patrimonio de las Administraciones públicas 33, sancionada en 2003, con un régimen jurídico especial que comprende los bienes del dominio

público y los del dominio privado, denominados patrimoniales. En relación con estos últimos, el art. 7 de dicha ley indica que el régimen de adquisición, administración, defensa y enajenación de los bienes y derechos patrimoniales será el previsto en esta ley y en las disposiciones que la desarrollen o complementen. Supletoriamente se aplicarán las normas del derecho administrativo en todas las cuestiones relativas a la competencia para adoptar los correspondientes actos y al procedimiento que ha de seguirse para ello, y las normas del derecho privado en lo que afecte a los restantes aspectos de su régimen jurídico. Es decir que se prevé, en primer lugar, la aplicación de las normas propias y específicas previstas en la ley, y sólo supletoriamente las normas del derecho administrativo y las del derecho civil.

En el derecho italiano rige aún el Código Civil en materia de bienes del Estado, pero la evolución normativa específica en estos últimos veinte años, en particular en materia de enajenación de bienes, ha sido tal que en el año 2008 se ha elaborado un proyecto de reforma del Código Civil en punto al régimen de los bienes públicos, por obra de la Comisión Rodotà, que tiende a establecer un régimen jurídico especial para tales bienes. Respecto de los bienes del dominio privado, que en Italia se clasifican en disponibles y no disponibles, las normas más recientes, entre ellas la ley 133, de 2008, le imponen a las regiones la confección de un inventario con la clasificación de tales bienes, que debe adjuntarse al balance para su aprobación. Se clasifican según sean o no necesarios a los fines de interés público, para quedar en condición de "disponibles" y por ende de "vendibles", según las leyes específicas que permiten estas operaciones.

Por último, en Francia existe el Código de la Propiedad de las Personas Públicas, sancionado en 2006, que derogó la parte legislativa del anterior Código de Dominio del Estado, y las principales normas del Código Civil sobre los bienes del Estado, estableciendo las nuevas disposiciones que rigen la propiedad de las personas públicas. El principio general que emana tanto del art. 537 del Cód. Civil francés, que aún quedó vigente, como del art. L.2221-1 del CPPP, determinan que, si bien las personas públicas gestionan libremente sus bienes del dominio privado, se entiende siempre "según las reglas que le son aplicables".

Puede concluirse que tanto España como Italia y Francia han avanzado en un régimen especial normativo para los bienes inmuebles privados del Estado y que, si bien una parte de la doctrina sigue sosteniendo que los bienes privados se rigen por el derecho privado, parece más bien que los autores temen abandonar el precepto clásico, como si fuera un dogma, pero no mantienen una

gran convicción, pues inmediatamente después de tal afirmación comienzan a explicar cuántas y cuáles son las derogaciones a las normas del Código Civil que se efectúan según las normas específicas. No son pocos los autores que decididamente van reconociendo que las diferencias entre los bienes públicos responden a una escala de protección o —como decía DUGUIT— a la escala de la "demanialidad".

La tercera parte constituye el núcleo central de este trabajo referido al régimen jurídico de los bienes inmuebles privados del Estado, elaborando los argumentos que permiten concluir que el régimen jurídico es de derecho administrativo y que, por razones de seguridad jurídica, entre otras, resulta conveniente que sea establecido por ley.

Al respecto se analizan las diferentes formas de aplicación e integración entre las normas administrativas y civiles, utilizando la analogía como uno de los principales métodos de interpretación.

El fundamento principal de esta tesis es que los bienes del dominio privado, según las disposiciones de los arts. 2336 y 2338 de nuestro Cód. Civil, son bienes que están fuera del comercio y que están sometidos a una inalienabilidad relativa, en tanto requieren para su venta de autorización pública. Por lo tanto, todos los actos que impliquen disposición de estos bienes requieren la previa autorización pública, para lo cual son de aplicación las normas de derecho administrativo. En cuanto a los actos de administración, es también el propio art. 1502 del Cód. Civil, en materia de locaciones del Estado, el que remite a las normas de derecho administrativo.

No sólo las propias normas del Código Civil sustentan la aplicación del régimen de derecho administrativo, sino que el análisis de las diferencias entre los bienes del dominio público y privado no justifica un régimen jurídico distinto.

En efecto, del estudio realizado se concluye que la única diferencia entre unos bienes y otros reside en el alcance del destino al que sirven tales bienes, siendo —en todos los casos— un fin público con distintos grados de interés, lo cual determina una tutela jurídica de diferente intensidad. Se trata, en definitiva, en todos los casos, de bienes públicos.

Por otra parte, este régimen jurídico de derecho administrativo condiciona la característica de los contratos que se celebren y que, si bien no son puramente contratos administrativos en razón de la aplicación analógica de normas civiles, tampoco resulta conveniente considerarlos contratos mixtos, o de objeto privado, por las características peculiares de su régimen jurídico.

Por lo tanto se propone una nueva categoría de contrato público, la de los "contratos patrimoniales del Estado", para indicar un contrato público referido específicamente a los contratos que tengan por objeto los bienes privados del Estado, sometidos a un régimen jurídico especial y propio.

Al mismo tiempo, se ha puesto énfasis en destacar cuáles son los objetivos que se persiguen con este régimen jurídico: *a)* promover la mejor gestión de los bienes privados; *b)* obtener una mayor satisfacción del interés público y social, y *c)* facilitar los contratos y la colaboración privada, en un marco de seguridad jurídica.

Por último, se han elaborado los lineamientos de una ley que reglamenta el régimen jurídico de los bienes inmuebles privados del Estado, que se agrega como apéndice, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar los criterios expuestos como principios que deben regir la materia a falta de ley expresa.

Con este trabajo se ha pretendido sentar las bases para profundizar no sólo el régimen de los bienes inmuebles privados del Estado, sino también los de su dominio público, avanzando en línea con las legislaciones modernas hacia una regulación integral y propia de los bienes públicos.

APÉNDICE

PROPUESTA DE LEY

RÉGIMEN JURÍDICO BIENES INMUEBLES PRIVADOS DEL ESTADO

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1º - Objeto y ámbito de aplicación. La presente ley establece el régimen jurídico de los bienes inmuebles privados del Estado nacional. Se aplica a la Administración central y descentralizada, al órgano legislativo y al órgano judicial del Estado nacional. Se invita a las provincias, municipios y Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adoptar las normas de la presente ley.

Art. 2º - Autoridad de aplicación. El Ministerio de Economía será la autoridad de aplicación de la ley.

Art. 3º - Registro de inmuebles. La autoridad de aplicación tendrá a su cargo el Registro de Bienes Inmuebles en el cual corresponderá registrar dos nóminas de inmuebles privados del Estado. Nómina A. Los inmuebles necesarios e indisponibles, con indicación de su destino; Nómina B. Los inmuebles innecesarios y disponibles, con indicación de la aprobación presupuestaria legislativa. La información se completará con los siguientes datos: ubicación, superficie, estado de ocupación, estado de conservación, autoridad responsable de su custodia y mantenimiento.

Art. 4º - Noción de bienes privados. Los bienes privados del Estado son todos aquellos bienes de propiedad del Estado destinados al cumplimiento de fines estatales, distintos de los fines de los bienes del dominio público, y que están sometidos a un régimen jurídico propio y de derecho administrativo.

TÍTULO II

CARACTERES

CAPÍTULO I

LA ENAJENACION

Art. 5° - Autorización pública previa. Los bienes inmuebles del dominio privado del Estado requieren de una autorización pública para su venta.

Art. 6° - Declaración de innecesariadad. Para poder vender un inmueble del dominio privado, previamente deberá ser declarado innecesario con intervención del órgano ejecutivo y legislativo. La aprobación legislativa del presupuesto configura la autorización pública, dada por ley, que determina que el bien inmueble pasa a estar en el comercio y en consecuencia pueda ser enajenado.

Art. 7° - Inmuebles indisponibles. Los bienes inmuebles del dominio privado, que no son declarados innecesarios, se consideran todos necesarios a los fines de interés general del Estado y por lo tanto no son disponibles.

CAPÍTULO II

LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

Art. 8° - Imprescriptibilidad. Los bienes inmuebles del dominio privado del Estado son imprescriptibles.

Art. 9° - Imprescriptibilidad relativa. Los inmuebles declarados innecesarios pueden ser objeto de la prescripción adquisitiva, según las disposiciones del Código Civil.

CAPÍTULO III

EL EMBARGO

Art. 10. - Embargabilidad relativa. Los inmuebles del dominio privado del Estado pueden embargarse, una vez vencidos los plazos de pago previstos judicialmente.

TÍTULO III

FORMAS DE AFECTACION Y DESAFECTACION

CAPÍTULO I

LA AFECTACIÓN

Art. 11. - Noción. La afectación es una decisión de la autoridad pública mediante la cual un bien pasa a integrar el dominio público del Estado.

Art. 12. - Formas. La afectación de los bienes inmuebles debe realizarse por ley o por acto administrativo de autoridad pública o por hechos de la autoridad pública, competente en la jurisdicción en la cual se encuentre el inmueble.

Art. 13. - Inmuebles de particulares. Los inmuebles de particulares destinados a la prestación de un servicio público, con motivo de un contrato con el Estado, si bien conservan la titularidad privada, quedan sujetos al régimen de los bienes del dominio público mientras esté en ejecución el contrato que vincula a las partes.

Art. 14. - Inmuebles en construcción o expropiados. Los inmuebles del dominio privado en construcción y los inmuebles expropiados, que están destinados al uso común o a un servicio de utilidad pública, quedan sujetos al régimen de los bienes del dominio público, hasta su efectiva incorporación al dominio público.

CAPÍTULO II

LA DESAFECTACIÓN

Art. 15. - Noción. La desafectación es la decisión de la autoridad pública mediante la cual un bien deja de pertenecer al dominio público y pasa a integrar el dominio privado del Estado por modificación de su destino.

Art. 16. - Formas. La desafectación de un bien inmueble debe ser efectuada por ley o por acto administrativo, fundado en ley, de la autoridad competente en la jurisdicción en la cual se encuentra ubicado dicho inmueble.

No podrá desafectarse ni entenderse desafectado un bien inmueble del dominio público mediante hechos o tácitamente. Es nula la venta de un inmueble del dominio público sin previa desafectación.

Art. 17. - Mutación de destino. La autoridad pública de la jurisdicción en la cual se encuentre el bien inmueble podrá asimismo disponer por acto administrativo la mutación del destino demanial del inmueble. Un inmueble afectado a un fin de utilidad pública o servicio público podrá ser afectado a otro fin o servicio. Mientras se tramita el cambio de destino el inmueble no se considera desafectado.

TÍTULO IV

MODOS DE PROTECCIÓN. LA DESOCUPACIÓN

CAPÍTULO I

MODOS DE PROTECCIÓN

Art. 18. - Obligaciones y responsabilidades. Corresponde al órgano ejecutivo la obligación de reparar y conservar en buen estado los inmuebles del dominio privado, controlar el uso y mantenimiento, y evitar su uso y apropiación, indebidos. La omisión de esta obligación determinará la responsabilidad de los funcionarios a cargo de dichas funciones. El costo de la reparación de los daños a los inmuebles, ocasionados por acciones de terceros, estará a cargo de los autores del daño.

CAPÍTULO II

LA DESOCUPACIÓN

Art. 19. - Intervención judicial. En caso de una ocupación de un bien inmueble del dominio privado, que se considere indebida, la autoridad administrativa solicitará al juez competente la ejecución del acto administrativo que disponga la desocupación o bien solicitará el desalojo según el procedimiento que establezcan las normas procesales para los procedimientos sumarios de desalojo.

TÍTULO V

CRITERIOS QUE RIGEN LA GESTIÓN

Art. 20. - Criterios para la gestión. Son los siguientes.

- a) Registración, publicidad e información por medios informáticos.
- b) Eficacia y eficiencia en todos los actos de administración.
- c) Mantener los bienes inmuebles antes que venderlos.

- d) Conservar los bienes inmuebles en buen estado.
- e) Destino de interés general y social.
- f) Responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos por los actos u omisiones en relación a la administración, mantenimiento, custodia y disposición de los bienes inmuebles.

TÍTULO VI

PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CONTRATACION

Art. 21. - Principios de la contratación. Son los siguientes.

- a) Publicidad de los procedimientos de selección del usuario, permisionario o contratante.
- b) Concurrencia e igualdad de oportunidades.
- c) Legalidad.
- d) Aplicación del régimen administrativo.
- e) Aplicación del derecho privado por analogía.
- f) Fin de interés público.
- g) Transparencia.
- h) Registros y acceso a la información.
- i) Plazos improrrogables a fin de posibilitar nuevos contratos con otros destinatarios.

TÍTULO VII

FORMAS DE USO PARA ACTIVIDADES COMERCIALES

CAPÍTULO I

LA CONCESION DE USO

Art. 22. - Noción. La concesión de uso es el contrato entre un sujeto estatal y una persona física o jurídica mediante el cual la Administración pública otorga el uso de un bien inmueble para el desarrollo de una actividad productiva o comercial con obligación de pagar un canon.

Art. 23. - Condiciones. Las condiciones de la contratación se rigen según la Ley de contrataciones del Estado.

Art. 24. - Plazo. El plazo de la concesión otorgada por el órgano ejecutivo no podrá exceder de cinco años.

CAPÍTULO II

EL PERMISO DE USO

Art. 25. - Nocion. El permiso de uso es el acto administrativo en virtud del cual la administración pública otorga a una persona física determinada el uso de un bien inmueble para el desarrollo de una actividad productiva o comercial desarrollada en forma personal. Puede ser gratuito u oneroso.

Art. 26. - Destinatarios. Son destinatarios los artesanos, discapacitados, personas de escasos recursos que desarrollen la actividad en forma personal.

Art. 27. - Selección. La selección de los destinatarios será mediante el sorteo de los inscriptos en un registro, previa convocatoria pública y cumplimiento de los requisitos de admisión.

Art. 28. - Condiciones. Se rige por un pliego de condiciones aprobado por autoridad competente.

Art. 29. - Plazo. El plazo del permiso no podrá ser mayor de cinco años, pero podrá ser revocado por razones de interés público, previo preaviso de un plazo razonable. Podrá indemnizarse el daño directo.

TÍTULO VIII

FORMAS DE ADMINISTRACION
PARA FINES HABITACIONALES Y SOCIALES
(CULTURA, DEPORTE, RECREACIÓN, EDUCACIÓN, SALUD)

CAPÍTULO I

LA LOCACION

Art. 30. - Destinatarios. Los inmuebles del dominio privado del Estado podrán ser dados en locación a personas físicas con destino a vivienda o a asociaciones sin fines de lucro para el desarrollo de actividades de interés social.

Art. 31. - Condiciones. Los destinatarios deberán cumplir las condiciones de inscripción en el registro de aspirantes que establezca la reglamentación.

Art. 32. - Selección. La selección del locatario será por sorteo dentro de cada grupo que se conformará según antigüedad de la inscripción y características de la composición familiar, o asociación.

Art. 33. - Contrato. Se rige por el contrato celebrado según modelo contractual aprobado por autoridad competente.

Art. 34. - Precio. El Precio será fijado por el Tribunal de Tasaciones o entidad bancaria oficial.

Art. 35. - Plazo. El plazo no podrá exceder de cinco años.

CAPÍTULO II

COMODATO

Art. 36. - Destinatarios. Los inmuebles del dominio privado del Estado podrán ser dados en comodato a órganos estatales o entidades descentralizadas o a asociaciones jurídicas sin fines de lucro para el desarrollo de actividades de interés social.

Art. 37. - Contrato. Se rige por el contrato celebrado según modelo contractual aprobado por autoridad competente.

Art. 38. - Plazo. El plazo del comodato no podrá exceder de cinco años.

TÍTULO IX

ACTOS DE DISPOSICIÓN

Art. 39. - Autorización legislativa. Para la compraventa, permuta, cesión onerosa o gratuita, o cualquier otro acto de disposición o constitución de derechos reales sobre bienes inmuebles del dominio privado del Estado se requiere la previa autorización legislativa.

Art. 40. - Condiciones. Se rigen por la ley de contrataciones del Estado en lo pertinente y contratos celebrados según aprobación de autoridad competente.

TÍTULO X

NORMAS APLICABLES Y TRIBUNALES COMPETENTES

Art. 41. - Normas administrativas. Los bienes inmuebles del dominio privado del Estado se rigen por las normas de la presente ley, por la ley de contrataciones del Estado, por la ley de administración financiera del Estado, por las demás normas administrativas vigentes y compatibles.

Art. 42. - Derecho privado. Las normas del derecho privado serán aplicables analógicamente, para los casos no previstos.

Art. 43. - Tribunales competentes. Para todas las cuestiones o conflictos relativos a los bienes inmuebles del dominio privado del Estado serán competentes los Tribunales Federales en lo Contencioso Administrativo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSI, RENATO, *Sistema di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950.
- AMBRUZZI, LUCIO, *Nuovo dizionario italiano-spagnolo*, Torino, Paravia, 1958.
- ARANGIO RUIZ, VINCENZO, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, Jovene, 1947.
- ARAUZ CASTEX, MANUEL, *Derecho civil. Parte general*, Bs. As., Empresa Técnico Jurídica Argentina, 1965.
- ARMAGNAGUE, JUAN F., *Tierras de propiedad nacional*, LLGC, 2010-829.
- AUBY, JEAN-MARIE, *Contribution à l'étude du domaine privé de la Administration*, Paris, EDCE, 1958.
- AUST, MERCEDES - FOIGEL BORCI, AMELIA - DE LA FUENTE, ANA I. - GIRARD, MARÍA - VIDAL, MARÍA S., *Autotutela del dominio público y sus consecuencias jurídicas*, RAP, n° 300, p. 67.
- BARTOLINI, ANTONIO, *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, conferencia en Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica, Bologna, 24/2/12.
- BATSELÉ, DIDIER - MORTIER, TONY - SCARCEZ, MARTINE, *Manuel de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2010.
- BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo y legislación administrativa argentina*, Bs. As., Lajouane, 1929.
- *Principios de derecho administrativo: legislación administrativa argentina*, Bs. As., El Ateneo, 1948.
- BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1999.
- BUERES, ALBERTO J. (dir.) - HIGHTON, ELENA I. (coord.), *Código Civil anotado*, Bs. As., Hammurabi, 2005.
- BURZIO, HUMBERTO F., *Evolución institucional del Municipio de la Ciudad de Buenos Aires*, Bs. As., Ediciones del H. Concejo Deliberante, 1955.

- BUSCEMA, SALVATORE - BUSCEMA, ANGELO (dirs.), *Patrimonio pubblico*, Milano, Giuffrè, 1999.
- CALVERO, MANUEL, *Consecuencias de la concepción del derecho administrativo como ordenamiento común y normal*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", XXIV-544.
- CAMMEO, FEDERICO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1960.
- CAPUTI JAMBRENGHI, VINCENZO, voz "Beni pubblici", en "Enciclopedia giuridica", Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2004.
- CÁRCANO, MIGUEL Á., *Evolución histórica del régimen de la tierra pública*, Bs. As., Librería "La Facultad", 1925.
- CASSAGNE, JUAN C., *Acerca de la noción del dominio público y las nuevas ideas sobre los usos especiales*, JA, 2010-III-1213.
— *Derecho administrativo*, Bs. As., LexisNexis, 7ª ed., 2007.
— *Ley nacional de procedimientos administrativos. Comentada y anotada*, Bs. As., La Ley, 2009.
- CASSAGNE, JUAN C. (dir.), *Derecho administrativo. Homenaje al profesor Miguel Marienhoff*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1998.
— *Tratado de derecho procesal administrativo*, Bs. As., La Ley, 2007.
- CASSARINO, SEBASTIANO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, Giuffrè, 1962.
- CASSESE, SABINO, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, Giuffrè, 1969.
- CASSESE, SABINO (dir.), *Diritto amministrativo speciale*, Milano, Giuffrè, 2003.
— *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006.
— *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2009.
- CENDON, PAOLO, *Commentario al Codice Civile*, Milano, Giuffrè, 2008.
- CENTANARO, ESTEBAN, *El contrato administrativo y su relación con las normas civiles*, conferencia en la Academia Nacional de Ciencias de Bs. As., 6/8/10.
- CENTOFANTI, NICOLA, *I beni pubblici. Tutela amministrativa e giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 2007.
- GERULLI IRELLI, VINCENZO, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, Cedam, 1983.
- CHIEPPA, ROBERTO, *Codice di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011.
- CHINCHILLA MARÍN, CARMEN, *Los bienes patrimoniales del Estado*, Madrid, Marcial Pons, 2001.

- CIOCIA, MARÍA A., *La dismissione del patrimonio immobiliare pubblico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.
- COLIN, FRÉDÉRIC, *L'essentiel du droit administratif des biens*, Paris, Gualino, 2010.
- COLOMBINI, GIOVANNA, *Demanio e patrimonio dello Stato e degli enti pubblici*, "Digesto delle Discipline Pubblicistiche", vol. V, 1990, p. 1.
— *I beni pubblici, tra regole di mercato e interessi generali*, Napoli, Jovene, 2009.
- D'ALESSIO, FRANCESCO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Torino, 1934.
- D'AMELIO, MARIANO (dir.), *Codice Civile. Libro della proprietà*, Firenze, Barbera, 1942.
- DE ENCINAS, DIEGO, *Cedulario indiano*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica 1946.
- DE LA RIVA, IGNACIO, *La concesión de uso de bienes de dominio público*, JA, 2010-III-1260.
- DE LA VEGA DE DÍAZ RICCI, ANA, *Federalismo, propiedad estatal y recursos naturales: los desafíos a la dogmática del dominio público*, JA, 2010-III-1293.
- DE LAUBADERE, ANDRÉ - GAUDEMET, YVES, *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1998.
- DE REINA TARTIERE, GABRIEL (COORD.), *Dominio público. Naturaleza y régimen de los bienes públicos*, Bs. As., Heliasta, 2009.
- DEBBASH, C. - BOUDON, J. - PONTIER, J. M. - RICCI, J. C., *Droit administratif des biens*, Paris, Puf, 1999.
- DEBBASH, C. - BOUDON, J. - RICCI, J. C., *Droit administratif des biens*, Paris, Puf, 1982.
- DIEZ, MANUEL M., *Derecho administrativo*, Bs. As., Bibliográfica Omeba, 1969.
— *Los caracteres del dominio público*, LL, 18-56.
— *Naturaleza jurídica del derecho del Estado sobre el dominio público*, LL, 18-66.
- DUGUIT, LÉON, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing, 1923.
- DURAND, JULIO C., *Breve glosario de términos usuales en materia de dominio público*, JA, 2010-III-1204.
- ESCOLA, HÉCTOR, *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Bs. As., Depalma, 1989.
- FERNÁNDEZ, BETTINA, *Derecho real administrativo. Conciliación entre el interés público y la inversión privada*, LLCABA, 2011-5.

- FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Derecho administrativo*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1976.
- *Manual de derecho administrativo*, Bs. As., La Ley, 1968.
- FREITAS, AUGUSTO TEIXEIRA DE, *Proyecto de Código Civil*, Bs. As., A. García Santos y J. Roldán, 1909.
- GALLI BASUALDO, MARTÍN, *La autotutela en el dominio público*, JA, 2010-III-1246.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Dos estudios sobre la usucapión en derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 3ª ed.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO - FERNÁNDEZ, TOMÁS R., *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 2001; Bs. As., La Ley, 2006.
- GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Tecnos, 2002.
- GAUDEMET, YVES, *Droit administratif des biens*, Paris, LGDJ, 2008.
- GAYO, *Institutas*, tr. A. DI PIETRO, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1957.
- GHESTIN, JACQUES (dir.), *Traité de droit civil*, Paris, LGDJ, 2010.
- GIANNINI, MASSIMO, *I beni pubblici*, Roma, Mario Bulzoni, 1963.
- GÓMEZ, GASPAS, *Dominio público y privado del Estado*, Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bs. As., 1880, tesis, n° de inventario A0080604.
- GONZÁLEZ BUSTOS, MARÍA A., *Los bienes del propio patrimonio local y Administración*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V. (dir.), *Derecho de los bienes públicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo. Parte general*, Bs. As., Fundación de Derecho Administrativo, 8ª ed.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, HUMBERTO, *Régimen jurídico general de la enajenación del "patrimonio privado" inmobiliario de la Administración pública*, Madrid, Lex Nova, 2002.
- GRECCO, CARLOS M., *Autotutela administrativa y proceso judicial*, LL, 1980-B-216.
- GRECO, NICOLA - GHELARDUCCI, FRANCO, *I beni pubblici in Italia. Profili funzionali e problemi di gestione*, Bologna, Il Mulino, 1982.
- GUICCIARDI, ENRICO, *Il concetto di demanio pubblico nel nuovo Codice Civile*, en "Studi in onore della CEDAM", Padova, 1953, p. 506.
- *Il demanio*, Padova, Cedam, 1934.
- GUIRIDIAN LAROSA, JAVIER, *Régimen jurídico de los puertos en la Argentina*, JA, 2010-III-1272.
- HAURIOU, MAURICE, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Recueil Sirey, 1933.
- JUSTINIANO, *Institutas*, tr. M. Pérez Riva, Bs. As., Heliasta, 2ª ed.

- KIPER, CLAUDIO (dir.), *Código Civil comentado. Derechos reales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- KIPER, CLAUDIO - OTERO, MARIANO, *La prescripción adquisitiva*, Bs. As., La Ley, 2010.
- LAFAILLE, HÉCTOR - ALTERINI, JORGE, *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, Bs. As., La Ley - Ediar, 2ª ed.
- LEZANA, JULIO I., *Una ley que debe derogarse: la ley 17.091*, LL, 1980-A-879.
- LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Gobierno y administración de la República Argentina*, Bs. As., Tea, 1946.
- LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997.
- LOLLI, ALESSANDRO, *I beni pubblici per destinazione: formazione ed estinzione della fattispecie*, "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", 1997-III-629.
- *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni di interesse pubblico*, "Diritto Amministrativo", n° 1, 1996, p. 53.
- LÓPEZ MESA, MARCELO, *Código Civil comentado*, Bs. As., LexisNexis, 2007.
- MACHADO, JOSÉ O., *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, Bs. As., Editorial Científica y Literaria Argentina, 1922.
- MARI, ANGELO, *I luoghi delle Amministrazioni. Le nuove forme di razionalizzazione e di gestione del patrimonio immobiliare utilizzato per gli uffici pubblici*, Roma, SSPA, 2005.
- MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1992.
- MARILUZ URQUIJO, JOSÉ M., *El régimen de la tierra en el derecho indiano*, Bs. As., Perrot, 1968.
- MATTEI, UGO, *Non svendere il patrimonio pubblico*, "Corriere della Sera", 22/11/11.
- MATTEI, UGO - REVIGLIO, EDOARDO - RODOTÀ, STEFANO, *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del Codice Civile*, Roma, Scienze e Lettere Editore Commerciale, 2010.
- MAUGUÉ, CHRISTINE - BACHELIER, GILLES, *Le Code Général de la Propriété de Personnes Publiques et les collectivités territoriales*, "Bulletin Juridique des Collectivités Locales", n° 8, 2006, p. 546.
- MELLERAY, FABRICE, *La recherche d'un critère réducteur de la dominiabilité publique*, "Actualité Juridique", n° 9, 2004, p. 490.
- MERCATI, LIVIA, *Pubblico e privato nella valorizzazione del patrimonio immobiliare*, Torino, Giappichelli, 2009.

- MERTEHIKIAN, EDUARDO, *Reflexiones acerca de la administración financiera y los sistemas de control del sector público nacional*, Bs. As., RAP, 11ª edición.
- MONTEIL, MAURICE, *De la domanialité publique. Étude historique et juridique*, Paris, Libraire de la Societé du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1902.
- MOYSAN, HERVE, *Le droit de propriété des personnes publiques*, Paris, LGDJ, 2001.
- MUCIUS SCÆVOLA, QUINTUS, *Código Civil. Comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por Francisco Ortega Lorca*, Madrid, Reus, 1949.
- MUÑOZ, GUILLERMO, *El interés público es como el amor*, conferencia inaugural en el IV Congreso de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, Bs. As., 28/5/03, y "Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo", n° 8, 2010, p. 6.
- NALLAR, DANIEL, *Las técnicas de afectación y desafectación de los bienes del Estado*, JA, 2010-III-1228.
- NAPOLITANO, GIULIO, *I beni pubblici e "le tragedie dell'interesse comune"*, "Anuario Aipda", 2006, p. 125.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general*, "Revista de Administración Pública", n° 100-102, p. 2380.
- PAREJO GAMIR, R. - RODRÍGUEZ OLIVER, J. M., *Lecciones de dominio público*, Madrid, ICAI, 1976.
- PAZ, JESÚS H., *Bienes del dominio público y del dominio privado del Estado desde el punto de vista de su embargabilidad*, JA, 43-52, secc. doctrina.
- PELLOUX, ROBERT, *La notion de domanialité publique depuis la fin de l'ancien droit*, Paris, 1932.
- POLICE, ARISTIDE, *Il federalismo demaniale, valorizzazione nei territori o dismissioni locali?*, "Giornale de Diritto Amministrativo", n° 12, 2010, p. 1233.
- POLICE, ARISTIDE (dir.), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, Giuffrè, 2008.
- POZO GOWLAND, HÉCTOR M., *Servidumbres administrativas*, JA, 2010-III-1282.
- REVIGLIO, EDOARDO, *Per una riforma del regime giuridico dei beni pubblici. Le proposte della Commissione Rodotà*, "Politica del Diritto", n° 3, 2008, p. 531.
- RODRÍGUEZ, ÁNGEL - RÍOS, CARLOS - TOMASINO, ROBERTO - VALLINA, MARÍA N., *Administración de bienes del Estado*, informe del Observatorio de Políticas Públicas del Cuerpo de Administradores Gubernamen-

- tales de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación Argentina, 2007, www.cag.jgm.gov.ar.
- RODRÍGUEZ ARANA, JAIME, *Afectación, desafectación y mutaciones demaniales*, ED, supl. "Derecho Administrativo", 7/8/06.
- *El interés general como categoría central de la actuación de las administraciones públicas*, "Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo", n° 8, p. 16.
- SAINZ MORENO, FERNANDO, *El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la Revista de la Administración Pública*, "Revista de la Administración Pública", n° 150, 1999, p. 481.
- SALOMONI, JORGE L., *El régimen del dominio público en la República Argentina*, "Actualidad en el Derecho Público", n° 14, p. 88.
- SALVAT, RAYMUNDO M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, Bs. As., Jesús Menéndez, 1927.
- *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, Bs. As., Jesús Menéndez, 1931.
- SANDULLI, ALDO M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989.
- *Scritti giuridici: diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1990.
- SANÉ, SECUNDI - SCHEPISI, GIOVANNA, *Il dizionario di spagnolo*, Bologna, Zanichelli, 2005.
- SCIALOJA, ANTONIO - BRANCA, GIUSEPPE (dirs.), *Commentario del Codice Civile*, Bologna, Zanichelli, 1976.
- SCOCA, FRANCO G. (dir.), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011.
- SCOTTI (H.), EDGARDO O., *Usucapion administrativa (leyes 20.396 y 21.477)*, LL, 1984-C-972.
- SORACE, DOMENICO, *Diritto delle Amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2010.
- SPOTA, ALBERTO G., *"Desafectación" y venta de las islas. La usucapion de las mismas*, JA, 1942-I-1015.
- *Los bienes públicos y privados del Estado y la defensa posesoria del particular*, JA, 1943-I-726.
- *Tratado de derecho civil. Parte general*, Bs. As., Depalma, 1953.
- TRUCHET, DIDIER, *Droit administratif*, Paris, Puf, 2009.
- UGOLINI, DANIELA, *El uso del dominio público de la Ciudad de Bs. As.*, RAP, 1998, supl. n° 5, "Administración local y derecho", p. 9.
- *Regulación y protección de espacios públicos*, "Revista de Derecho Administrativo", 2001-203.
- UGOLINI, DANIELA - CONTI, FERNANDO, *Ciudad Autónoma de Bs. As. Su territorio. Su dominio público*, ED, 31/10/01.

En este libro se analiza la clasificación de las cosas que se establece en el Código Civil, exponiendo las diferencias entre los bienes del dominio público y del dominio privado del Estado, para determinar si estas diferencias justifican mantener la opinión clásica referida a que los bienes del dominio público se rigen por las normas del derecho administrativo, mientras que los bienes del dominio privado del Estado lo hacen por las normas del derecho civil.

La investigación es rica no sólo por el conocimiento de la opinión de la doctrina, de la jurisprudencia y de la legislación, sino especialmente por el estudio del tema en otros países como España, Italia y Francia.

Su fundamentación básica reside en la consideración de los bienes estatales como cosas fuera del comercio, que requieren de autorización pública para su venta y sujetos a inalienabilidad absoluta o relativa, según se trate de dominio público o dominio privado del Estado.

