

Derechos Reales Administrativos.

Con respecto a los derechos reales administrativos, los más comunes son: **ocupación temporaria y las servidumbres administrativas.**

Con respecto a la ocupación temporaria. La Ley de Expropiación [LE], prevé este instituto limitativo de la propiedad (arts. 57 a 70). En el ámbito legislativo provincial se ha plasmado una regulación expresa sobre la ocupación temporal, temporánea, temporaria, expropiación de uso, como también se designa en la práctica doctrinaria y legislativa. Hay que reconocer en el Código Civil (art. 2512) la fuente primigenia de este instituto.

Concepto. Es el derecho real administrativo, titularizado por un ente público, por el que adquiere, por razones de interés público, en forma transitoria o provisional el uso y goce de un bien, de persona no estatal.

Es el derecho real administrativo. Es decir, que se trata de un derecho real sobre un bien determinado. Tal derecho es de índole pública, administrativa, porque el Derecho privado no conoce esta figura de la ocupación temporánea, a pesar de la previsión normativa del art. 2512 de Cód.Civil.

Titularizado por un ente público. El sujeto titular de la ocupación temporánea es siempre una entidad pública, estatal o no estatal, que ha recibido por vía legal transferencia de potestades públicas y habilitación legislativa de competencias.

Por el que adquiere el derecho. La limitación ocupacional, de naturaleza real y contenido patrimonial, se traduce en un derecho de la entidad pública, que lo incorpora a la dominialidad pública, para el uso y goce.

Por razones de interés público. Es la nota final justificativa de la limitación administrativa. Si así no fuera, sería una desposesión lisa y llana, resistible por el propietario. Tal elemento se requiere también por analogía con la expropiación.

En forma transitoria o provisional. El carácter temporal es de la esencia instituto. En efecto, la transitoriedad o provisionalidad de la limitación es la que lo diferencia de la expropiación y la servidumbre, que son, por principio, permanentes.

Al uso y goce de un bien. Es también de la esencia de la ocupación temporánea, que la restricción o el desmembramiento del dominio sólo alcanza al goce del bien, total o parcial, pero siempre temporal. En esto justamente radica la diferencia con la expropiación, en que la privación es siempre total y definitiva, y con las servidumbres, en que la privación es siempre parcial y definitiva.

La ocupación temporánea, como su nombre lo indica, tiene siempre una duración limitada, provisional, transitoria, pudiendo consistir sólo en la privación total o parcial del *ius utendi* y del *ius fruendi* de un bien. En cambio, la expropiación determina la pérdida de la propiedad, la extinción del dominio, el desapoderamiento total, definitivo, tanto de usos, frutos, como de disponibilidad.

Por otra parte, la ocupación recae sobre los mismos bienes o cosas que ser objeto de expropiación. Se ha superado así el criterio limitado que consideraba como único objeto posible de la ocupación temporánea los bienes inmuebles.

De persona no estatal. La limitación ocupacional sólo puede afectar bienes privados, no estatales, y a bienes públicos, no estatales, pero no a bienes privados o públicos estatales, pues en este caso, el Estado mismo, por su propio imperium o por vía de contratación interadministrativa, puede disponer, según las necesidades, del

uso y goce de sus bienes, sin necesidad de acudir a esta excepcional limitación.

Tipos. La normativa prevé dos tipos de ocupación temporánea: anormal y normal,

Anormal. Tiene por causa inmediata una necesidad urgente, súbita, y por finalidad mediata la utilidad pública.

Es dispuesta directamente por la autoridad administrativa, sin intervención judicial y sin declaración legislativa.

No genera derecho a indemnización (art. 59, LE), salvo la reparación de los daños o deterioros que se causen a la cosa o el pago de los daños y perjuicios debidos por el uso posterior de la cosa en menesteres ajenos a los que determinaron su ocupación.

La duración se limita al tiempo estrictamente indispensable para satisfacer la necesidad.

Los casos que pueden motivar la aplicación de esta figura son los denominados de necesidad (incendios, inundaciones, terremotos, etc.), que exigen soluciones urgentes.

Normal. La causa inmediata es una necesidad normal, no inminente, y la causa mediata la utilidad pública.

Es requisito indispensable la declaración legislativa de utilidad pública. Declarada la utilidad pública de un bien, para la ocupación normal, la Administración acudir al procedimiento extrajudicial o avenimiento para lograr un acuerdo con su propietario. En caso de no lograrse la cesión amistosa, el ocupante se encontrará ante la necesidad de iniciar una acción judicial sustancialmente similar a la acción de expropiación.

La Ley otorga al afectado por una ocupación normal el derecho a resarcimiento. Son aplicables subsidiariamente, en esta materia, las reglas vigentes para la expropiación.

El resarcimiento comprende, el valor de uso del bien por todo el tiempo que dure la ocupación normal, y los daños y perjuicios ocasionados al objeto ocupado. Se indemnizan, asimismo, los materiales que hayan debido extraerse necesaria e indispensablemente con motivo de la ocupación (art. 62). No integra la indemnización – como en la expropiación – el lucro cesante.

Para la fijación del valor del uso y por aplicación de las normas establecidas en materia expropiatoria, tomarán intervención el Tribunal de Tasaciones en el caso de bienes inmuebles (sin perjuicio de otros medios probatorios que pudieran ofrecerse), y los peritos designados por las partes o el juez, según corresponda (sin perjuicio de la intervención de las oficinas técnicas competentes) en caso de bienes muebles.

El plazo máximo de duración de la ocupación normal se ha fijado en dos años, transcurridos los cuales, y en caso de no restituirse al propietario el bien ocupado, su titular puede recurrir a la expropiación.

El art. 64 regula el procedimiento para obtener la restitución del bien. Si venciere el plazo fijado por la Ley y el bien no fuere restituido a su legítimo propietario, éste podrá intimar su devolución. La intimación deberá hacerse por medio fehaciente, administrativa o judicialmente. Vencido el plazo de treinta días desde la fecha en la que se hizo la intimación sin resultado positivo, queda abierta para el propietario la acción de expropiación irregular.

El bien afectado por la ocupación normal no puede destinarse a un fin distinto del que se persiguió al establecer la ocupación. Un comportamiento semejante importaría una violación al orden jurídico y permitiría al propietario afectado acudir a una acción judicial similar a la de retrocesión.

Derechos de terceros. Los terceros que gozan de algún derecho sobre el bien ocupado en virtud de contratos celebrados con el propietario y vean lesionado su patrimonio jurídico por la ocupación, pueden hacer valer sus derechos que se consideran transferidos sobre el importe de la indemnización, no siendo oponibles frente al expropiante. (art. 67, LE).

Prescripción. Las acciones que corresponden al propietario del bien ocupado, para exigir el pago de la indemnización o solicitar la devolución del bien de su propiedad, prescriben a los cinco años (arts. 69 y 70, LE).

Se entiende que a falta de mención expresa, el plazo de cinco años fijado la prescripción de la acción tendiente a obtener la indemnización, se aplica también a la acción cuyo objeto sea demandar los daños y perjuicios ocasionados por la ocupación.

El cómputo se hará, en el caso de la acción personal, desde que el ocupante tomó posesión del bien, y en el supuesto de la acción real, desde que el ocupante debió devolver el bien y no lo hizo.

En cuando al plazo de prescripción de la acción real, es decir, la que tiene por objeto obtener la devolución del bien, se ha sostenido, con legítimo fundamento que tal disposición es violatoria de la Constitución, porque importa la pérdida derecho de propiedad en plazos más breves que los establecidos por el Código Civil para la prescripción adquisitiva.

Con respecto a la servidumbre administrativa. Es la constitución de una obligación real sobre un bien ajeno por razones de utilidad Pública.

Son sus beneficiarios:

- **Personas públicas.**
- **Particulares que colaboran con la Administración. (concesionarios, de servicios públicos).**
- **Particulares que ejercen una actividad de interés general. (Quien explota una fuente de agua mineral declarada de utilidad Pública).**

El titular de la servidumbre, es el ente público a cuyo favor está constituida, correspondiendo a los miembros de la colectividad el uso común a que está afectado.

Las servidumbres administrativas, al contrario de las privadas y regidas por el Código Civil; que pueden ser reales (en favor de una heredad) o personales (en beneficio de una persona), **son siempre personales**, teniendo en cuenta que su fin es el uso público al que la carga está destinada.

Caracteres. Los caracteres jurídicos de las servidumbres administrativas, se extraen como consecuencia de su definición.

Es un derecho real público. Porque se constituye en función de un desmembramiento en la plenitud jurídica de un bien determinado, en virtud de su naturaleza (integrante del dominio público), su titular (una entidad pública), su finalidad (uso público), y su régimen jurídico (de derecho público).

¿Qué integra el dominio público?. Corresponde aclarar que lo que integra el dominio público no es el bien gravado, afectado o limitado, sino el Derecho de disposición sobre el mismo.

Constituido a favor de una entidad pública. El sujeto de derecho que aparece formalmente como beneficiario, debe ser una entidad pública estatal o no estatal.

Debemos tener presente que en virtud de los procesos de privatización de servicios públicos, la facultad de

constituir servidumbres también se reconoce favor de los concesionarios o licenciarios de los mismos. En tal sentido, podemos mencionar el caso de las servidumbres a favor del concesionario de subestaciones eléctricas, líneas de transporte de energía eléctrica y distribuidores de energía eléctrica que estén sujetos a jurisdicción Nacional. (art. 83, Ley 24.065). Igualmente hacen extensible a los transportistas y distribuidores de gas los derechos de servidumbre previstos en los arts. 66 y 67 de la ley 17.319 (art. 22, ley 24.076).

Sobre bien inmueble ajeno. Las servidumbres administrativas no pueden constituirse sobre bienes de la propia entidad beneficiaria, sino sobre bienes ajenos, incluso sobre bienes componentes del dominio público, siempre que la servidumbre administrativa no perjudique el uso público primario a que está afectado el bien. Es decir, mientras la servidumbre administrativa se constituye en consideración a un uso público distinto de aquél a que está afectada la cosa, no hay inconvenientes es constitución; por ejemplo, la servidumbre que se constituye sobre una calle o camino estatal, en favor de una entidad no estatal, v.gr., cooperativas públicas prestatarias de servicios públicos de agua, luz, gas, que son propietarias del tendido de redes de transporte y conducción de agua, electricidad, etc., que se instalan subterránea o aéreamente sobre bienes públicos.

Con el objeto de que sirva al uso público. La servidumbre administrativa está destinada a servir no a una heredad o inmueble determinado, sino a una entidad pública o sujeto de derecho representativo de la comunidad. Las servidumbres administrativas no son reales sino personales por esencia, pues están constituidas formalmente en favor de una entidad administrativa y materialmente en beneficio de la sociedad, no en beneficio de una heredad, como las servidumbres civiles.

Indemnización. El fundamento del derecho y la obligación resarcitoria resultan de la misma Constitución, en cuanto asegura la inviolabilidad de la propiedad privada.

El deber indemnizatorio tiende a reparar la desmembración del dominio, la lesión experimentada en su exclusividad. Si bien la cosa no pasa al régimen de cosa Pública, y sólo la servidumbre o el derecho público de uso que se crea integra el dominio público, es obvio que el propietario ve reducida la disponibilidad plena y exclusiva de su propio bien, la que se recompensa con la reparación proporcionada a la reducción y cercenamiento de aquellas atribuciones jurídicas.

La protección de la inviolabilidad de la propiedad, comprende cualquier clase de lesión, que no sea una de las restricciones normales, ordinarias y comunes. Debe ser, fuera de esa única excepción, indemnizada.

La circunstancia de que la limitación resulte por un cambio del derecho objetivo, el establecimiento de una nueva regla de Derecho, una norma general indeterminada que afecte a todos (no a unos ni a algunos), no varía en nada la conclusión jurídica sustantiva, en mérito a la garantía indiscriminada de la propiedad. El agravio no desaparece porque los perjudicados sean todos o el mayor número. La generalidad del agravio no purga, ni exime ni disminuye la antijuricidad, imputabilidad y responsabilidad del Estado.

Si la Ley excluye la indemnización, ello no es bill de indemnidad estatal, y habrá que cuestionar en el caso concreto su inconstitucionalidad y consiguiente responsabilidad del Estado por vía de leyes inconstitucionales.

Las servidumbres administrativas se constituyen:

- **Por Ley:** si el propietario no consiente la constitución de una servidumbre, ésta debe ser impuesta por Ley; pues constituye una desmembración al derechos de propiedad. Se extingue la misma, en el momento en que la Ley que la creó es abrogada por otra Ley,
- **Por acto administrativos:** fundada en una autorización legal, es decir, que el acto ejecuta lo que ordena la Ley.
- **Acto contractual:** por una convención entre el Estado y el propietario de la cosa. Se extingue el contrato: *por expiración del término*, el mismo debe ser fijado en el contrato de constitución; *por cualquier hecho* que haga imposible el cumplimiento el fin de la utilidad Pública a que está destinado, previa declaración

administrativa; *por desafectación*, si la servidumbre se establece a favor de una cosa Pública que ha sido desafectada, aquella queda también extinguida. Ej. Aeródromo.

- **Por usucapión:** por el uso continuado y pacífico de la comunidad (servidumbre de tránsito), siempre que por acto administrativo así se declare por la Administración. Se extingue el mismo, por falta de ejercicio por tiempo determinado de la servidumbre puede ser causa de extinción.

Competencia. El deslinde de atribuciones y poderes para entender en materia de constitución, imposición y conflicto de servidumbre, comprende estas cuestiones:

¿Nacional o provincial?.

La constitución de las servidumbres es competencia de la Nación o de las provincias dentro de sus respectivas jurisdicciones, de conformidad con el reparto constitucional de poderes (arts. 1º, 3º, 5º, 75, 121, 125 y conchs., CN). Para crearlas o imponerlas en el caso concreto pueden también hacerlo las entidades descentralizadas (municipalidades, entes autárquicos, etc.), y los concesionarios de servicios públicos (v.gr., consorcios, cooperativas, etc.). Siempre que estuviesen expresamente autorizados.

¿Administrativa o legislativa?

La creación, constitución o declaración de existencia de servidumbres públicas, por ser límites a la propiedad (arts. 14 y 17 CN), deben hacerse por ley formal; en tanto la aplicación, imposición y determinación concreta acaece por acto o contrato administrativo fundado en ley.

¿Administración o jurisdicción?

Para hacer efectiva la realización o imposición de una servidumbre administrativa, es competente:

- La administración, no habiendo negación ni oposición de parte interesada.
- La jurisdicción, habiendo negación u oposición de parte interesada, porque la servidumbre importa un desmembramiento de la propiedad, de la que nadie puede ser privado sino en virtud de sentencia fundada en Ley (art. 17, CN) ; (SCMendoza, 10/12/29, Ferrer y Alou c/ Consejo de Irrigación, JA, 32-558; CSJN, Fallos, 164:140).

¿Jurisdicción civil o administrativa?

Si el administrado actúa como actor y la cuestión se relaciona con una servidumbre ya constituida, la competencia será procesal administrativa, porque estará afectado el dominio público; y el caso habrá de dirimirse por aplicación de normas de derecho público; en cambio, si la servidumbre no se hizo aún efectiva, contará además el administrado con las vías ordinarias de tutela de su propiedad, interdictos y acciones posesorias. La Administración Pública puede proteger el dominio público por sí misma, a través de la autotutela. Si es actora en un proceso le corresponden las acciones y ordinarios y recursos ordinarios del derecho común.

Extinción. Las servidumbres administrativas se extinguen por:

- Ley.
- Acto de desafectación expresa; v.gr., si se desafecta un aeródromo, desaparecen las servidumbres aeronáuticas que imponía sobre las heredades vecinas.
- Convenio o distracto, salvo que sean servidumbres legales, las que no pudiendo constituirse por simple contrato, tampoco pueden de suyo extinguirse.
- Renuncia, en los casos de servidumbre adquirida por convenio, acto de liberalidad o prescripción.
- Confusión, por afectación al dominio público de la heredad sirviente, en que se parece una fusión de usos

públicos, y nadie puede tener servidumbre en lo propio.

- Destrucción de la heredad sirviente, incompatible con el fin de la servidumbre.
- Desafectación tácita por no uso inmemorial.

• **Las principales servidumbres administrativas son:**

- **Servidumbre de Sirga:** se entiende por tal la obligación legal (art. 2639 del Código Civil) que tienen los propietarios limítrofes con ríos o caudales que sirvan a la comunicación con agua, de dejar una calle de 35 metros, hasta la orilla del río o canal, sin ninguna indemnización. Está limitación al Derecho de propiedad trae aparejado un uso concurrente del bien afectado por parte del propietario y la colectividad.
- **Servidumbre de acueducto:** es la que se establece a favor de un pueblo que carezca de las aguas necesarias para el servicio de sus habitantes, o a favor de una heredad o de un establecimiento industrial, con la carga de una justa indemnización. La servidumbre de acueducto se aplica a las aguas de uso público, como las aguas corrientes o naturales. Es de constitución forzosa y obligatoria.
- **Servidumbre ferroviaria:** regida por la Ley 2.873, otorga a favor de la empresa constructora y explotadora del servicio ferroviario una serie de prerrogativas para el uso exclusivo de los terrenos linderos de las vías del ferrocarril. En realidad se trata más de una restricción al dominio, que de una servidumbre, pues no existe una desmembración de la propiedad, sino una afectación a su carácter absoluto pero no exclusivo.
- **Servidumbre de ruinas y yacimientos arqueológicos:** es la establecida por Ley para proteger la conservación de ruinas y yacimientos arqueológicos, y por su interés público y científico corresponde en este caso la indemnización del propietario.
- **Servidumbres de fronteras:** la Ley 14.027, ha impuesto limitaciones en el interés público fiscal a las propiedades privadas linderas con las fronteras de la Nación, como ser, permitir el libre acceso a la propiedad, a la construcción de edificios para destacamentos, a los efectos de la regulación de los pasos de fronteras.
- **De gasoducto:** arts. 66 y 67 Ley 17.319. etc.

Con respecto a las **servidumbres** el Código Civil contempla tres especies de servidumbres en materia de aguas:

- **Acueducto.**
- **Recibir aguas de los predios ajenos, que comprende varias subespecies.**
- **Sacar agua.**

Además, aunque el Código la incluya en el título sobre restricciones y límites del dominio, también trata de la servidumbre de sirga.

Dominio Público y Dominio Privado

del Estado.

- **Concepto de Dominio.**

Etimológicamente la palabra **dominio** proviene del vocablo latino *dominium*, que deriva de *dominus* y significa señor. Denota la idea de un poder o señorío.

Tanto *dominium* como *propietas*, aparecen en el Derecho Romano a fines de la República, logrando la primera expresión mayor predicamento en la jurisprudencia clásica y la segunda en la época romano-helénica.

En realidad, el empleo de *propietas* surgió en sus comienzos para distinguir el derecho del propietario del derecho usufructuario. Sólo se produjo la generalización del término y la sustitución de *dominus proprietatis*

por *proprietary* por obra de juristas pos- clásicos.

En el Derecho Romano, no se encuentran vestigios de una definición del dominio. Recién los posglosadores construyeron el concepto sobre la base de la facultad de disposición.

En la doctrina moderna, a partir del siglo XVI, comienzan a darse definiciones orientadas por criterios diversos. Algunas indican una o más facultades consideradas primordiales, por ejemplo, la plena y la libre disposición; otras tienen en cuenta la voluntad del propietario, su señorío sobre la cosa, por ejemplo, el derecho a la destinación de la cosa o señorío completo y exclusivo; otro grupo de definiciones hace hincapié en la relación de pertenencia entre la cosa y el titular; por último, hay autores que definen al dominio a través de sus caracteres fundamentales, con lo que en cierto modo, están reconociendo que es indefinible, ya que no es posible indicar todas las posibilidades que la voluntad del dueño tiene respecto a la cosa.

Asimismo, el art. 2506, define al dominio diciendo:

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.

Con respecto a éste artículo, los doctrinarios opinan, que es tan amplio que sería aplicable a todo derecho real sobre la sustancia.

- Dominio Público y Dominio Privado del Estado. Diferencias y relaciones.

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. La diferencia, es el régimen jurídico.

El dominio público se halla sometido a un régimen jurídico especial, que se manifiesta en su inalienabilidad y en su imprescriptibilidad, como así en la forma en que se hace efectiva su tutela, para lo cual la Administración Pública, ejercitando sus poderes, puede actuar directamente, por sí. En principio, nada de eso rige para la propiedad privada.

El dominio público, está reglado por normas de Derecho público, en tanto la propiedad común u ordinaria lo está por normas de Derecho privado.

De ahí, que las normas que regulan el dominio público, en su vinculación con los particulares, sean normas de subordinación, en tanto que las que regulan la propiedad privada o común, en su vinculación con los particulares, sean normas de coordinación.

Asimismo, el dominio público, consiste en una masa o conjunto de bienes, hallándose sometidos a un régimen jurídico especial de derecho público.

El dominio público, como institución, tiene o puede tener puntos de contacto con otras instituciones o figuras jurídicas, tales como el servicio público, las obras públicas, el dominio eminente, la jurisdicción, el instrumento público y la expropiación.

Se hace necesario, establecer en que pueden consistir estos puntos de contacto y cual es la diferencia entre el dominio público y esas instituciones o figuras jurídicas.

- **El dominio público y el servicio público:** si bien ambos constituyen instituciones fundamentales del Derecho Administrativo, son distintos entre si.

El dominio público consiste esencialmente en un *conjunto de bienes*; el servicio público constituye en una *actividad* directa o indirecta de la Administración Pública. La diferencia entre ambos es notoria: conjunto de bienes y actividad de la Administración, respectivamente.

Si bien algunos bienes afectados a la prestación de servicios públicos pueden pertenecer al dominio público, ello no siempre ocurre así. Ciertos bienes del Estado, en determinadas legislaciones pertenecen por ello al dominio público; en cambio los bienes pertenecientes a una persona particular (concesionario), afectados a una prestación de servicios, no pertenecen al dominio público del Estado, sino al dominio privado del concesionario, aunque sometidos a un régimen diferencial mientras continúen afectados a la prestación del servicio público.

La teoría del servicio público, puede ser de interés para la teoría del dominio público, pues entre ellas puede existir cierta interdependencia, ya que en algunos supuestos el régimen de ambas instituciones, es de aplicación simultánea respecto a determinados bienes.

- **La obra Pública:** generalmente constituye una dependencia del dominio público; de ahí la dificultad para establecer la diferenciación jurídica entre ambas figuras, máxime cuando tanto el dominio público, en general, como la obra Pública, en particular, pueden referirse a inmuebles o a muebles.

Desde el punto de vista del Derecho Administrativo, Obra Pública, es la que realiza el Estado para la utilidad general, o sea afectada al uso directo o indirecto de la colectividad.

Asimismo en el artículo 2340, inciso 7º in fine, del Código Civil, quedan también incluidas entre los bienes públicos del Estado, cualquiera otras obras públicas, construidas para utilidad o comodidad común.

La diferencia fundamental entre dominio público y Obra Pública, radica que en toda Obra Pública es siempre, indefectiblemente, una creación humana, en tanto que hay muchos bienes públicos declarados por el legislador en el estado en que la naturaleza los presenta u ofrece: mares, ríos, lagos, islas, etc.

No hay obras públicas cuya existencia física se extraña a la mano del hombre.

En síntesis: la Obra Pública es sólo *especie*, dentro del género del dominio público. En otras palabras: ***la Obra Pública es una de las tantas cosas que pueden integrar el llamado dominio público artificial o accidental.***

- **El dominio público y el dominio eminente:** el dominio eminente es un poder supremo sobre el territorio, vinculándose a la Nación de Soberanía. Se ejerce, potencialmente, sobre todos los bienes situados dentro del Estado, ya se trate del dominio privado o público del mismo o de la propiedad de los particulares o administrados.

El dominio eminente, es la expresión político-jurídica de la Soberanía interna. y

La Soberanía externa se manifiesta sólo en las relaciones ente Estados y es sinónima de independencia. Se trata, de una *potestas*, no de una propiedad; 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.

El dominio público, en cambio es un conjunto o suma de bienes sometido a un régimen jurídico especial, distinto del que rige los bienes del dominio privado.

El dominio eminente es una *potestas*; el dominio público es un conjunto de bienes sometido a un régimen especial.

- **El dominio público y la jurisdicción:** ambas figuras pueden tener aplicación simultánea respecto a una misma cosa.

El dominio público se refiere a la condición y situación legal de la cosa o bien; la jurisdicción se refiere a la *potestad para reglar lo atinente al uso de dicha cosa o bien*, potestad que puede comprender todos los usos de que es susceptible ese objeto, como ocurriría con el río exclusivamente situado dentro de una Provincia, a cuyo respecto la entidad provincial tiene atribuciones para reglar todo lo relacionado con los usos de que ese río es susceptible, o dicha potestad puede referirse a un determinado uso o varios usos, ej. Río navegable interprovincial, en éste ejemplo es facultad de la Nación reglar lo relacionado con la navegación, en tanto los otros usos le pertenecen a las Provincias, reglar sus usos.

En síntesis, la vinculación que existe entre dominio público y jurisdicción es la siguiente:

El dominio público se refiere a la condición y situación legal de la cosa o bien, en tanto la jurisdicción se refiere a la potestad para reglar el o los usos de la cosa o bien susceptible.

- **El dominio público y el instrumento público:** el dominio público, según se dijo, es un conjunto de bienes sometidos a un régimen especial.

En cambio, el instrumento público es un documento dotado de valor especial o eficacia, sea lo atinente a su fuerza probatoria, o en lo relacionado a la exigibilidad de las obligaciones contenidas en él.

El dominio público se refiere a bienes sometidos a un régimen jurídico especial, en tanto el instrumento público se refiere a documentos dotados de particular eficacia o de especial valor.

Un instrumento público puede revestir, a la vez, calidad de cosa dependiente del dominio público; pero no siempre ocurre así. Generalmente, constituye una cosa privada; Ej. El Testimonio de una escritura de poder o mandato.

Para que el instrumento público revista, a la vez, de carácter dominial, se requiere que haya sido objeto de afectación al uso público; sin tal afectación no puede ostentar calidad dominial.

- **El dominio público y la expropiación:** El primero, el dominio público (ut supra) consiste en un conjunto de bienes sometidos a un régimen jurídico especial. El segundo, constituye en un *medio o procedimiento jurídico*, en cuyo caso un bien o cosa es transferido de un patrimonio a otro, por causa de utilidad Pública. Pero el sólo hecho de la expropiación, por sí, no basta para convertir en dominial un bien o cosa.

La calidad dominial de un bien nunca deriva del mero acto expropiatorio, sino de que dicho bien, por la situación que tendrá en los sucesivos y por el fin que satisfará, de acuerdo a una Ley dictada por la Nación pueda ser considerado como formando parte del dominio público.

Pero la expropiación, por sí, nunca es constitutiva de dominialidad.

- Clasificación del Dominio Público.

Los autores generalmente clasifican el dominio público desde distintos puntos de vista. Así, toman en cuenta la materialidad del bien, según se trate de inmuebles, muebles o bienes estricto sensu (objetos inmateriales y derechos); el sujeto o titular de la cosa; la composición geofísica de los bienes (terrestres, hídricos, terrestreshídricos y aéreos); su formación u origen (naturales y artificiales); la Jurisdicción sobre los mismos (nacionales, provinciales, comunales); etcétera. Pero no todas esas clasificaciones tienen igual trascendencia.

Algunas sólo revisten interés conceptual, para el mejor estudio de la materia: es una importancia de orden

didáctico, metodológico o de sistematización, ya que los bienes pertinentes se rigen por análogos principios substanciales, de aplicación general a las cosas del dominio público. En cambio, otras clasificaciones tienen verdadera trascendencia jurídica.

De los diversos criterios existentes para clasificar los bienes dominiales, se considera que sólo dos tienen importancia de orden jurídico:

a) El que se basa en el origen o formación de la cosa;

b) El que tiene en cuenta la jurisdicción sobre el respectivo bien.

a) Desde el punto de vista del origen o formación de la cosa: el dominio público se clasifica en natural y en artificial, según se trate de bienes declarados públicos por el legislador considerándolos en su estado natural, es decir en el estado en que la naturaleza los presenta u ofrece (ejemplos: un río, una isla), o de bienes declarados públicos por el legislador pero cuya creación o existencia depende de un hecho humano (ejemplos: una calle, un cementerio). Esta diferenciación, aparte de resultar de la naturaleza misma de las cosas, surge de los propios términos de la ley: al aludir a la primera categoría de dichos bienes, el legislador se limita a mencionarlos simplemente (Código Civil, artículo 2340, incisos 1° a 6°); pero al contemplar la segunda categoría, el legislador habla de cualesquiera otras obras públicas, construidas para utilidad o comodidad común (artículo citado, inciso 7°).

La expresada clasificación o diferenciación de las cosas dominicales, tiene fundamental importancia en la teoría del dominio público. El carácter o naturaleza del bien, es decir, la circunstancia de que se trate de bienes públicos considerados tales en su estado natural o de bienes declarados públicos por el legislador pero cuya creación o existencia depende de un hecho humano (dominio natural y dominio artificial), repercute decisivamente en todo el régimen de la afectación y de la desafectación.

Según cuál sea la naturaleza del bien de que se trate, la afectación y la desafectación podrán efectuarse por hechos o actos administrativos o será indispensable el pertinente acto legislativo.

Entre los escritores argentinos, sólo Bielsa persiste en desconocerle trascendencia jurídica a la clasificación del dominio público basada en el origen o formación natural o artificial" del bien.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoce la expresada división de los bienes públicos en naturales y artificiales.

Por cierto, la referida clasificación del dominio público en natural y en artificial, nada tiene que ver con lo relativo a si los bienes públicos son tales por su naturaleza o por su afectación (o destino), cuestión, planteada *ut supra*, donde se rechaza totalmente la idea de que existan bienes públicos por su naturaleza.

• **De acuerdo a la jurisdicción:** el dominio público se divide en Nacional, Provincial y Municipal.

Tal clasificación toma en cuenta la entidad habilitada para regular lo atinente al uso de las respectivas dependencias dominiales. Su trascendencia jurídica es obvia.

Por regla general – vale decir, salvo excepciones –, dicha jurisdicción le compete a la entidad dentro de cuyos límites territoriales hállese ubicado el bien o cosa.

En materia de cursos de aguas navegables interprovinciales, debe tenerse presente que, a pesar de que el curso de agua esté situado dentro de los límites territoriales de las respectivas provincias, la jurisdicción se divide entre éstas y la Nación, según se trate de la navegación o de los demás usos de que sea susceptible dicho curso de agua.

- Noción del Dominio Público.

La noción del dominio público, es tan antigua como las primeras comunidades humanas.

Si bien los romanos concibieron lo que hoy llamamos *dominio público*, sus ideas al respecto no fueron precisas y concretas, sino vagas e inorgánicas.

La actual teoría del dominio público es de origen puramente doctrinario y jurisprudencial.

Su gestación fue trabajosa, como todas las instituciones del Derecho Administrativo, que se inició a principios del siglo pasado.

Una de las causas que retardaron la teoría del dominio público fue la concepción civilista del Derecho de Propiedad. Esa concepción entorpeció el desarrollo de aquella teoría, pues en principio se pretendía aplicar en materia de dominialidad principios del Derecho civil, que resultaron discordantes con la finalidad del dominio público.

Nuestras leyes no contienen una definición del dominio público. Se limitan a mencionar que cosas revisten carácter dominial. Pero algunas características del dominio público surgen de los artículos 2340 y 2341 del Código Civil.

Artículo: 2340 del Código Civil, nos dice:

Quedan comprendidos entre los bienes públicos:

- ***Los mares territoriales hasta la distancia que determine la legislación especial, independientemente del poder jurisdiccional sobre la zona contigua;***
- ***Los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros;***
- ***Los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales 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 la reglamentación;***
- ***Las playas del mar y la ribera internas de los ríos, entendiéndose por tales la extensión de tierra que las aguas bañan o desocupan durante las altas mareas normales o las crecidas medias ordinarias;***
- ***Los lagos navegables y sus lechos;***
- ***Las islas formadas o que se formen en el mar territorial o en toda clase de río, o en los lagos navegables, cuando ellas no pertenezcan a particulares;***
- ***Las calles, plazas, caminos, canales, puentes, y cualquiera otra obra Pública construida para utilidad o comodidad común;***
- ***Los documentos oficiales de los poderes del Estado;***
- ***Las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico.***

Artículo 2341.

Las personas particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos del Estado o de los Estados, pero estarán sujetas a las disposiciones de este Código y a las ordenanzas generales o locales.

Corresponde advertir, que el dominio público no es creación de la naturaleza; no hay bienes públicos naturales o por Derecho natural.

Se ha pretendido decir que la naturaleza jurídica del dominio público es Civil, porque el Código Civil los menciona, en los artículos 2340 y 2341. Marienhoff, disiente con tal criterio. El ***dominio público*** no es una

institución de naturaleza civil, es de **Derecho Público** y más concretamente **Administrativo**.

Si el Código Civil hace referencia al dominio público no es para atribuirle naturaleza civil, lo hace para distinguir o clasificar, cuales bienes pertenecen al dominio público y cuales son de dominio privado, lo hace sólo y único efecto de deslindar ambos tipos de dominios.

El dominio público es un concepto jurídico; su existencia depende de la voluntad del legislador. Por eso, uno de los elementos que lo integran es el legal o normativo.

La noción conceptual de dominialidad está integrada por cuatro elementos:

- **Subjetivos.** (Sujeto o titular del Derecho, sobre los bienes dominiales).
 - **Objetivo.** (Bienes o cosas).
 - **Teleológico.** (Fin, utilidad general, utilidad colectiva, funciones públicas, etc.).
 - **Normativo.**
- Análisis de los elementos mencionados ut supra.

Los elementos esenciales que integran la noción conceptual de dominialidad son cuatro: **subjetivo, objetivo, teleológico, normativo.**

Casi todos los autores sólo mencionan dos elementos: **el subjetivo y el objetivo**, aunque sin advertirlo, aluden a los otros dos, (Teleológico y normativo).

El primer autor que menciono a los cuatro elementos, fue el escritor español Manuel Ballbé.

- **Elemento Subjetivo.**

El elemento inicial primario, para que una cosa pueda ser considerada como del dominio público, es el sujeto o titular de la misma.

Evidentemente, las cosas o bienes dominiales, tienen sujeto o titular, pero ellos no son *res nullius*, bienes sin sujeto, cosas de nadie, de lo contrario cualquier persona podría apropiárselos.

La duda que suscita es: ¿Quién es el sujeto o titular de las cosas dominiales?.

Es aquí, donde aparecen las dificultades y controversias. La doctrina mayoritaria contesta la duda diciendo:

Los bienes de dominio público jamás pueden pertenecerles a las personas particulares, a los administrados.

Las personas particulares y los administrados, no pueden ser titulares de un bien dominial, porque:

En primer lugar, porque la satisfacción de las necesidades públicas, a que se hallan destinadas las cosas dominiales, hoy es una función estatal, y de ningún modo está actividad está a cargo de los particulares.

En segundo lugar, porque el régimen Administrativo ha acabado con la posibilidad de que un particular o administrado, puedan ser sujetos o titulares de bienes dominiales. El principio de igualdad y su correlativo de la centralización de prerrogativas y funciones públicas en el poder impone la exclusiva y necesaria a la Administración de este tipo de titularidad. El dominio público es una de ellas.

Con respecto a los titulares de los bienes dominiales, la doctrina se divide en dos tesis, (A) La que considera como titular al Estado, (B) La que tiene como titular al Pueblo.

Un sector de la doctrina sostiene que el sujeto del dominio público es el *Estado*, al que le atribuyen sobre ese conjunto de bienes ya sea de un Derecho de Propiedad idéntico al Derecho Privado, o un Derecho de Propiedad Pública.

Nuestro Código Civil, en el artículo 2340, dispone que las cosas que ahí menciona, ***Son bienes públicos del Estado general o de los Estados particulares...***, lo que haría suponer que la Ley considera al Estado como sujeto de la cosa Pública. La redacción de éste artículo, no sirve de base razonable, ya que no puede interpretarse por el significado gramatical de las palabras empleadas en él, por ser evidente que el espíritu de la Ley no resulta fielmente expresado en las palabras de las mismas. De modo que la opinión de quienes le atribuyen al Estado la titularidad del dominio público, basándose en la letra del Código Civil, es inaceptable.

Sostener que el Estado y no el pueblo es el sujeto del dominio de las cosas públicas, equivale sostener que el Estado es dueño de sí mismo, lo cual es un absurdo.

Evidentemente, el Estado es dueño de sí mismo en el orden internacional, dado su carácter independiente, pero ese aspecto, no se está contemplando.

Un Estado es un conjunto organizado de hombres que extiende su poder sobre un territorio determinado y reconocido como unidad en el ámbito internacional. De ello surge que los elementos constitutivos esenciales del Estado son dos de carácter externo: el pueblo y el territorio, y uno interno, el poder ordenador: el imperium.

De manera que el concepto de Estado, traduce la idea conjunta de territorio y de pueblo; y si falta uno de éstos elementos no hay Estado.

Entonces, si el Estado es dueño de los bienes públicos, es lo mismo decir que es dueño de sí mismo, ya que el territorio (del cual forman los bienes públicos) es uno de los elementos esenciales del Estado que concurren en su formación.

Asimismo, el dueño de los bienes que integran el dominio público (que es parte del territorio) es el pueblo, ya que el territorio de un Estado es la parte de la superficie terrestre que, por diversos motivos de orden histórico, quedo en poder de un conjunto de hombres (pueblo), unido entre sí por vínculos comunes: raza, lengua, religión, etc.

Si bien el pueblo es el titular del dominio público, el no lo administra en forma directa, sino por medios de sus representantes, o sea por medio de las autoridades constituidas. Es la solución que impone por aplicación del artículo 22 de la Constitución. En el cual dice:

El pueblo no delibera, ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la Constitución.

Este precepto no sólo habla del pueblo como una realidad jurídica, sino que instituye positivamente la representación de referencia. No es posible representar a quien no exista.

Algunos autores afirman que el pueblo es una ficción, Marienhoff afirma que no es así, y compartimos su opinión, el pueblo no es una ficción.

1º) Si el Estado existe, es porque existe el pueblo.

2º) Sin pueblo no hay Estado.

Hay quienes aceptan la posibilidad de que exista un Estado sin territorio, pero nadie acepta o concibe la

existencia de un Estado sin pueblo.

El pueblo, en nuestro ordenamiento, no tiene personería jurídica, pero sí tiene individualidad jurídica. En tal sentido constituye una evidente realidad.

De acuerdo al preámbulo de la Constitución, ésta fue establecida por los representantes del pueblo; los constituyentes no representaron a un ente inexistente o ficticio.

Negar que el pueblo sea una realidad, es tan inconcebible como negar la luz del Sol. Los que crean que el pueblo es una ficción como entidad, que recuerden lo que sucede en los acontecimientos que conmueven la ciudadanía, donde el pueblo congregado muestra su realidad tangible y aparece en toda su pujante majestad.

En síntesis: Sea la tesis que se siga acerca del titular del dominio público, Estado o Pueblo, son titulares del dominio público las entidades estatales o comunidades de substrato típicamente político. (Estado, lato sensu, o el pueblo respectivamente).

Las personas jurídico-públicas, que algunos aceptan como posibles sujetos de dominio público, jamás podrán ser titulares de bienes dominiales si, además, de ser personas jurídicos-públicas, no son también organismos estatales. En otras palabras, no pueden ser titulares de bienes de dominio público las personas jurídicos-públicas NO estatales, porque, la titularidad del dominio público apareja delicados privilegios, – ejercicio del poder policía sobre la cosa Pública – sólo admisibles en el Estado o en sus organismos descentralizados.

El poder de policía sobre las cosas dominiales, es un atributo estatal exclusivo e indelegable. Generalmente, cuando se habla de delegación del poder policía, se trata de la delegación entre órganos estatales o administrativos. Pero el poder policía, sobre el dominio público es indelegable en favor de entidades o personas no estatales.

Con respecto a la Iglesia Apostólica Romana, dado el ámbito en que actúa y los fines que cumple, en nuestro ordenamiento legal es una persona jurídico-pública. Esto nadie lo discute. Es una persona jurídica de carácter público, según el inciso 3º del artículo 33 del Código Civil.

Pero, el hecho de que la Iglesia Católica sea una persona jurídico-pública, en modo alguno significa que sea un organismo del Estado, una persona Pública estatal, pues no integra la organización jurídica de la Nación, y menos aún, que la Iglesia Católica constituya un poder político. El hecho de que la Iglesia Católica, sea una persona jurídico-pública de carácter público, no implica que sea a la vez, una entidad estatal.

No siendo la Iglesia Católica un organismo del Estado, una persona Pública estatal, ni un poder político, sus bienes no pertenecen al dominio público.

Para que los bienes de la Iglesia Católica, afectados al culto, sean dominiales, falta un elemento esencial: **el subjetivo**, en cuyo mérito el bien cosa debe pertenecerle, según la teoría que se acepte, al Estado o al Pueblo, cosa que no ocurre con los bienes de la Iglesia, los cuales le pertenecen a ella misma. El propio Código Civil, en el artículo 2345, le atribuye a la Iglesia la propiedad de esos bienes.

El culto católico, atendido por la Iglesia, desde el punto de vista jurídico implica la prestación de un servicio público, regido en los substancial por las normas y principios aplicables a esa institución del Derecho Administrativo, sin perjuicio de las disposiciones especiales requeridas por la índole espiritual de la necesidad que así se satisface.

Los bienes de la Iglesia, afectados al culto, son bienes privados de la misma, pero sujetos al régimen diferencial propio de todo bien o cosa afectado a la prestación de un servicio público; como consecuencia de

ello, no pueden ser objeto de actos que comprometan la continuidad, regularidad y la dignidad del mismo; pero si pueden ser objeto de todos los demás actos que no comprometan ni menoscaben la prestación eficiente de dicho servicio público. Por eso, mientras los bienes eclesiásticos permanezcan afectados al culto, son **inalienables**, con todas sus consecuencias. Sólo se perderán según:

1º) Si fueren validamente desafectados.

2º) Si el servicio de culto dejare de ser un servicio público, como ocurrió en Francia al separarse la Iglesia del Estado, el culto se convierte en una actividad particular, en servicio privado, todo ello sin perjuicio de la aplicación de las normas de policía, como ocurriría a cualquier otra actividad. Asimismo en nuestro país con los cultos a cargo de la Iglesias no Católicas, llamadas disidentes o libres.

De modo que los bienes o cosas afectados al culto católico, son propiedad privada de la Iglesia, salvo que excepcionalmente se trate de algún bien perteneciente al Estado y dejado por éste bajo la custodia y administración de la Iglesia, en su carácter de órgano oficialmente encargado del servicio del culto; en tal caso, dicho bien pertenecerá al dominio público del Estado, por encuadrar en la última parte del inciso 7º del artículo 2340 del Código Civil: **Obra Pública construida para utilidad o comodidad común.**

Si los bienes particulares de los concesionarios de servicios públicos son bienes privados de ellos, lo mismo debe decirse de los bienes de la Iglesia Católica afectados al servicio público de culto.

En cuanto a los cultos no católicos, a cargo de las Iglesias disidentes o libres, sus bienes constituyen propiedad privada de sus respectivas instituciones o entidades, además, NO se hallan sujeto a un régimen jurídico diferencial, porque no estamos frente a un servicio público, sino en presencia de un servicio privado, de una actividad particular o privada, sólo sometida al respectivo poder policía, como pudiera estarlo cualquier otra actividad.

Con respecto a los bienes perteneciente a los concesionario de servicio público, afectados directamente a la prestación del respectivo servicio, son bienes privados de dichos concesionarios; vale decir, no constituyen bienes del dominio público.

Los bienes que el concesionario ya tenía con anterioridad al otorgamiento de la concesión o adquiriera después del otorgamiento de ésta, por procedimientos de Derecho Privado (compraventa), es evidente que no pueden ser dominiales, porque, como dije *ut supra*, las personas particulares o administrados – tal es la condición del concesionario– no pueden ser sujetos de dependencias del dominio público, en éste supuesto faltaría el elemento subjetivo. Hay veces que para la prestación de un servicio público concedido, se encuentren afectados bienes del dominio público; pero en tales casos el titular del bien no es el concesionario, sino el concedente.

Cuando los bienes que el concesionario afecta a la expropiación del servicio, ha debido adquirirlos mediante expropiación, la condición jurídica de la cosa es también privada, pues por principio general, no todo bien o cosa que se expropie adquiere, por el sólo hecho, la calidad dominial.

La calidad Pública de un bien no deriva, precisamente, del hecho expropiatorio, sino de que ese bien, de acuerdo a la legislación nacional, pueda ser considerado como dependencia del dominio público. De modo que los bienes adquiridos, mediante expropiación, por los concesionarios de servicios públicos, son bienes privados de dichos concesionarios.

Con respecto a la entidades autárquicas. Los que consideran al Estado como sujeto del dominio público, no tienen inconveniente alguno de aceptar a la entidades autárquicas como sujetos posibles de bienes dominiales. La doctrina aquí se divide, hay autores que consideran que la entidades autárquicas **territoriales** puedan tener esa calidad, otros juzgan que también pueden ser sujetos de bienes públicos las entidades autárquicas

institucionales.

Quienes consideran que sólo las entidades autárquicas territoriales pueden ser sujetos de bienes públicos, dicen que ello es así porque la propiedad Pública importa el ejercicio de poderes de Soberanía, es decir, poderes públicos *erga omnes*, que sólo pueden pertenecerles a entes territoriales. Los demás entes públicos sólo pueden ser titulares de bienes patrimoniales.

Para Marienhoff, no es así, pues los bienes públicos, no se ejercen precisamente con poderes de soberanía, sino de policía, que es distinto.

La Soberanía la ejerce el Estado sobre todo lo que existe en el territorio, incluso sobre las personas, y no solamente sobre bienes del dominio público. Es obvio que la entidades autárquicas puedan ejercitar la porción de poder policía indispensable para el cumplimiento de sus fines.

Para quienes sostienen que el sujeto de los bienes del dominio público es el Pueblo y no el Estado, no existe problema alguno, con respecto a la posibilidad de que las entidades autárquicas, cualquiera sea su especie, actúen como titulares de tales bienes, pues si el Estado no es el sujeto de éstos menos aún podrán serlo las entidades autárquicas, que son desprendimientos del Estado. Pero al igual que el Estado, dichas entidades pueden ser guardianes, custodios o gestores, de una dependencia del dominio público. No existe inconveniente alguno en que la Ley de creación de la entidad autárquicas ponga a cargo de ésta la guarda o custodia de un determinado bien público, tanto más cuando éste sea necesario para que dicha entidad cumpla con los fines que determinaron su creación.

Esclarecido lo atinente al sujeto del dominio de los bienes público, corresponde examinar el sujeto del uso de los mismos.

El principio fundamental que domina esta cuestión es el siguiente:

El uso de los bienes públicos le pertenece al pueblo, asimismo se sostuvo también *ut supra*, que es titular de su dominio. Pero al respecto deben hacerse dos advertencias:

- Sostener que el pueblo es el titular de los bienes públicos cuyo uso les pertenece a todos los habitantes, me refiero a los usos comunes, que son los que todos los ciudadanos pueden realizar por igual y por sí mismos, sin necesidad de autorización especial del Estado. Sólo los usos comunes integran el contenido del Derecho perteneciente al pueblo sobre el dominio público.

En cambio, la facultad de ejercitar los usos especiales, excede del contenido del Derecho de propiedad sobre el dominio público: el pueblo, como titular de este conjunto de bienes, no está habilitado para ejercitar, por sí, usos especiales, privativos o diferenciales no integran ese derecho. Es que el régimen jurídico del dominio público es distinto al del dominio privado.

Sólo los usos comunes integran el contenido del derecho de propiedad perteneciente al pueblo, porque, sólo esos usos son los que realiza y realizó *ab-initio* el pueblo, como tal; el uso privativo, especial o diferencial, no lo realiza, ni puede realizar el pueblo, sino el individuo en particular, a título individual, como tercero, lo cual requiere una autorización especial del Estado representante del pueblo titular del dominio público.

La propiedad sobre el dominio público tiene un contenido diferente a la propiedad del derecho privado, en ésta, el titular, por el hecho de serlo, puede utilizar la cosa en cualquier forma; en cambio el titular del dominio público, el pueblo, sólo puede utilizarlo conforme a los principios recibidos por el Derecho Administrativo. En tal virtud, el pueblo, como titular del dominio público, puede utilizar libremente los bienes que los constituyan, en tanto se trate de realizar usos comunes o generales. En cambio, el uso especial, no tiene un titular determinado *a priori*, su eventual titular puede ser cualquier miembro de la comunidad, lo cual

depende del Régimen Administrativo imperante.

- El concepto de pueblo, no se restringe a los nativos o nacionales, sino que es amplio: se refiere al público en general, a los habitantes en suma, incluso a los extranjeros. Esto vale no sólo para los usos comunes o generales, sino también para los usos especiales, privativos o diferenciales.

Nuestra Constitución, artículo 20, dispone que los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano. De modo que, en nuestro país, ese precepto constitucional es el que justifica la afirmación de que los extranjeros, a la par de los ciudadanos, son o pueden ser titulares del uso de las cosas dominiales; claro está que no todos los países hacen igual declaración.

- **Elemento Objetivo.**

Este elemento se relaciona con los objetos (bienes o cosas) susceptibles de integrar el dominio público.

Al respecto hay profundas disensiones en la doctrina y en las legislaciones. No existe acuerdo acerca de qué objetos (bienes o cosas) pueden revestir calidad de dominiales. Se discute si pueden integrarlo los bienes, en general (objetos inmateriales y derechos), o sólo las cosas, y dentro de estas últimas si ha de tratarse de muebles o de inmuebles.

La propia *ratio iuris* a que responde el dominio público demuestra que cualquier bien puede incluirse en él.

Se dice que el dominio público se ejerce sobre bienes idénticos a aquellos sobre los que se ejerce la propiedad privada, además, la dominialidad es independiente de la cualidad material de las cosas.

De manera que, objetivamente, pueden integrar el dominio público cualquier clase de bienes o de cosas (objetos materiales e inmateriales, ya se trate de inmuebles, muebles o derechos).

Con respecto a los inmuebles: en el Derecho argentino son numerosos los inmuebles pertenecientes al dominio público. Así, tienen esa calidad todos los bienes específicamente mencionados en el art. 2340 del Código Civil, (mares; cursos de aguas; lagos navegables por buques demás de cien toneladas; islas formadas o que se formen en el mar territorial, en toda cales de río o en lagos navegables; calles, plazas; caminos; canales; y puentes) y los específicamente mencionados en otros textos legales, como los parques nacionales (Ley 12.103, modificada por el Decreto –Ley nº 18.637/44, que fue ratificado por la Ley 12.979). Por lo demás, en la última parte del inciso 7º del citados artículo 2340, que es una disposición genérica, hallarán cabida muchos otros inmuebles no expresamente especificados en ese texto, ni en leyes especiales, por ejemplo: ciertos edificios o construcciones; monumentos; determinados aeródromos y aeropuertos; jardines botánicos y zoológicos. Otros inmuebles tienen carácter dominial por aplicación de los principio de la analogía jurídica interna; por ejemplo: lagos no navegables por buques de más de cien toneladas, salvo los formados por manantiales o vertientes que nacen en heredades particulares; islas situadas en alta mar o fuera del mar territorial; glaciares o heleros.

Finalmente, otros inmuebles obtienen su calidad dominial por aplicación de la teoría de las cosas principales y accesorias; ejemplos: aguas de lluvias; pluviales o meteóricas, que caen o corren por lugares públicos; manantiales o vertientes que afloran en lugares dominiales; subsuelo de inmuebles del dominio público; flores de las plazas públicas; arboles de una avenida, calle, camino o carreta; arboles de los parques públicos.

Con respecto a las cosas muebles en el dominio público: la generalidad de la doctrina acepta la posibilidad de que las cosas muebles ostenten calidad dominial. La mayoría de los tratadistas argentinos sigue ese criterio.

En nuestro Derecho, la posibilidad de que existan bienes *muebles dominiales* encuentra apoyo en dos textos legales:

- En la disposición genérica del inciso 7º, *in fine*, del artículo 2340 del Código Civil, pues las obras públicas construidas para Utilidad Pública o comodidad común, de que habla esa norma, tanto puede ser inmuebles como muebles.
- En el art. 2415 de dicho Código, según el cual la presunción de propiedad de una cosa muebles no puede ser invocada respecto a las cosas muebles del Estado; cuando este texto habla de cosas muebles del Estado, se refiere a las cosas muebles integrantes del dominio público.

De acuerdo a las conclusiones precedentes, en nuestro país tendrían calidad dominial los siguientes muebles:

- Las armas portátiles de las fuerzas armadas y de la policía.
- Las aeronaves y los navíos de las fuerzas armadas.
- Las colecciones de los museos (arte, historia natural, etc.).
- Los libros de las bibliotecas públicas.
- Los documentos de los archivos públicos.
- La bandera de ciertas dependencias públicas.
- Los semovientes del Estado afectados a la prestación de servicio públicos.
- Los elementos constitutivos de universalidades públicas, por ejemplo:

1º) Bienes del Estado afectados a la prestación de servicios públicos (aviones y buques destinados a líneas de pasajeros; ferrocarriles también consagrados al servicio de pasajeros y cargas; carros de bomberos; vehículos municipales afectados al servicio de limpieza, etc.

2º) Mobiliario de dependencias públicas; etc.

Con respecto a las cosas inmateriales: integran el dominio público los siguientes objetos inmateriales:

1º) El espacio aéreo que cubre el territorio del Estado. Lo que se denomina dominio público aéreo. En materia de espacio aéreo hay que distinguir entre **espacio aéreo que cubre el territorio del Estado y espacio aéreo que cubre los bienes dominiales del Estado**. La diferencia es:

- En que el primero tiene trascendencia internacional, en tanto que el segundo implica una cuestión de Derecho público interno.
- Que la extensión de ambos, en altura, es distinta: la del primero dentro del espacio terrestre, que excluye el espacio cósmico o sideral, llega hasta la llamada frontera celeste; y la del segundo llega hasta el espacio útil, tal como ocurre en derecho privado.

2º) La fuerza hidráulica, llamada también energía de la gravedad.

Tratándose de un curso de agua, la energía hidráulica, es la resultante de los dos elementos que constituyen el expresado curso: el lecho y el agua. Es la resultante del declive del lecho y de la fuerza de la corriente del agua.

No puede negarse que entre un curso de agua y la fuerza motriz o energía que éste produce, existe la misma relación entre el principal y el accesorio; por eso la fuerza motriz o energía hidráulica participa de la condición legal del curso del agua de que procede: **accessorium sequitur principale**.

Si dicho curso de agua es público, la respectiva fuerza o energía hidráulica tendrá también ese carácter; si el curso de agua fuere privado, la fuerza o energía hidráulica pertinente será también privada. Salvo excepción legal.

En nuestro país la energía hidráulica de los ríos formará parte de del dominio público, sea ella originada por ríos navegables o por ríos no navegables, ya que todos ellos son del dominio público.

Con respecto al tema de derechos: desde un principio se reconoce las servidumbres públicas, constituidas ya sea para beneficio de una dependencia dominial (inmueble público) o de una entidad Pública (colectividad o grupo humano); servidumbre de sirga y servidumbre de acueducto a favor de un pueblo para servicio de sus habitantes, respectivamente.

Integran el dominio público los siguientes derechos:

1º) *Las servidumbres públicas, que incluyen la de sirga (Código Civil artículo 2639), la de acueducto a favor de un pueblo para servicio de sus habitantes, (Código Civil artículo 3082), la de salvamento, la de protección de fronteras, la de seguridad de la navegación marítima y fluvial, la de monumentos y lugares históricos, etc. El carácter dominial de las servidumbres públicas surge, por aplicación de los principios generales del derechos, relativos a las cosas principales y accesorias: la servidumbre constituye un accesorio del bien dominial en cuyo beneficio se ha constituido.*

2º) *Los derechos intelectuales sobre las cosas científicas, literarias y artísticas, una vez vencidos los términos que la Ley acuerde al autor o a sus causahabientes la titularidad de tales derechos.*

En síntesis de acuerdo a lo expuesto, **objetivamente, pueden integrar el dominio público cualquier clase de bienes o de cosas (objetos materiales e inmateriales, ya se trate de inmuebles, muebles o derechos).**

Cabe agregar que no sólo las cosas inmuebles o las muebles, aislada o separadamente, pueden integrar el dominio público, sino también en su conjunto, formando un todo, siempre que ese complejo de cosas pertenezcan a un mismo sujeto y se halle destinados a un fin único.

Es lo que en derecho se denomina *Universalidad Pública*.

Como ejemplos de universalidades públicas pueden mencionarse:

- *Las bibliotecas públicas.*
- *Los museos públicos y los archivos públicos.*

Asimismo, constituyen universalidades públicas ciertos conjuntos de bienes públicos del Estado afectados a la prestación de servicio públicos:

- *Explotaciones de Teléfonos.*
- *Ferrocarriles.*
- *Omnibus.*
- *Líneas aéreas, etc.*
- **Elemento Teleológico.**

Este elemento se refiere a la finalidad a que debe responder la inclusión de una cosa o bien en el dominio público.

Diez, define al dominio público como el conjunto de bienes, pertenecientes a personas jurídicas de Derecho Público, que sean esenciales para la satisfacción de una función Pública exclusiva de esa persona.

Teoría de Diez: éste tratadista nacional define al dominio público como el conjunto de bienes, pertenecientes a personas jurídicas de derecho público, que sean esenciales para la satisfacción de una función pública exclusiva" de esa persona.

Para Marienhoff, el uso público determinante de la dominialidad es no sólo el directo o inmediato, sino también el indirecto o mediato.

En nuestro ordenamiento jurídico, los bienes consagrados al uso público indirecto pertenecen, al dominio público, siendo por ello que los bienes del Estado afectados a un servicio público, *son públicos*, sobre todo cuando dicho servicio es directamente prestados por el Estado. Tal opinión es también sustentada por Diez, Spota, Villegas Basavilbaso, asimismo sostenida también por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

¿De dónde surge que, entre nosotros, también el uso indirecto responde a la finalidad que motiva la inclusión de una cosa o bien en el dominio público?. Ello resulta del artículo 2340, inciso 7º, in fine, del Código Civil, en cuanto éste comprende en dicho dominio a cualesquiera otras obras públicas, construidas para utilidad o comodidad común.

La casi totalidad de las cosas mencionadas en el citado artículo 2340 del Código 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 (un monumento nacional, destinado a la contemplación por parte de los habitantes), sino también de un uso indirecto (por ejemplo, una biblioteca pública, que traduce la prestación de un servicio público).

Si el uso indirecto hallare expresión en un servicio público, el carácter dominial comprenderá todos los bienes afectados o consagrados a dicho servicio, sea que el bien constituya el objeto del servicio (museos, bibliotecas, archivos), o constituya el medio de prestación del servicio (por ejemplo, explotaciones ferroviarias, de ómnibus, aviones de pasajeros, etc.

Desde luego, el uso indirecto que le atribuye calidad dominial a los bienes destinados a utilidad o comodidad común, sólo se refiere a los bienes afectados directamente como bienes finales o bienes de uso a esa utilidad o comodidad común, pero de ningún modo comprende los bienes simplemente instrumentales. Es decir, la dominialidad sólo comprende al llamado, bien final o bien de uso, más no al bien instrumental.

¿Qué significa esto?

Ejemplo: tomemos el caso de dos ferrocarriles del Estado, uno de los cuales, por hallarse directamente afectado a un servicio público (que es una forma de manifestarse la utilidad común), revestía calidad dominial, en tanto que el otro ferrocarril, por hallarse destinado a un servicio, industrial del Estado, y no a un servicio público, carecía de todo carácter dominial. El primer ferrocarril, el directamente afectado al servicio público, constituye lo que en doctrina se llama bien final o bien de uso, con lo que quiere significarse que la cosa es directamente utilizada para la prestación del servicio público; en cambio, el segundo ferrocarril, el que sólo está destinado a un servicio industrial, que provee de fondos o recursos al Estado, pero que no está afectado directamente a servicio público alguno, constituye lo que en doctrina se denomina bien instrumental, que no reviste calidad de bien del dominio público, sino de cosa "privada" del Estado.

Por último, cuando se trata del carácter dominial correspondiente a bienes del Estado afectados a servicios públicos, los autores suelen discutir acerca de qué ha de entenderse, en la especie, por servicio público, habiéndose llegado a la plausible conclusión de que hay que entender por servicio público la modalidad de la función administrativa por la que se substituye la actividad de los administrados en la satisfacción inmediata de las propias necesidades... y que el contenido del servicio público lo constituyen prestaciones positivas de la Administración a los administrados con el fin de satisfacer sus necesidades. Pero semejante cuestión carece de trascendencia en nuestro derecho, dado que el artículo 2340, inciso 7º, in fine, del Código Civil, emplea una fórmula de contenido más amplio que la del mero servicio público: la utilidad o comodidad común, que incluye y a la vez supera a la noción de servicio público.

El Código Civil incluye en el dominio público cualesquiera otras obras públicas, construidas para utilidad o comodidad común (artículo 2340, inciso 7º, in fine).

Las obras de referencia pueden responder a cualquier objetos, ya sea relacionados con la defensa Nacional,

como en general a los de vida civil de la sociedad.

El concepto de obra Pública es el que resulte de la legislación vigente y en particular de las enseñanzas de la doctrinas dominante, pero se advierte que la obra Pública puede ser inmuebles como muebles.

• **Elemento Normativo.**

El dominio público no es una creación de la naturaleza; no hay bienes públicos naturales o por derecho natural. Su existencia depende de la voluntad del legislador.

Sin ley que le sirva de fundamento, ningún bien o cosa tendrá carácter dominial. Por eso es que uno de los elementos que integran la noción conceptual de dominio público es el legal o normativo.

Con referencia al elemento normativo, Ballbé dice que para determinar el concepto de dominio público, debe concurrir – además de los otros elementos – la nota jurídica de sometimiento de los bienes a un régimen de derecho público, condición *sine qua non* de la dominialidad.

Pero ese sometimiento a un régimen de derecho público sólo puede resultar de una disposición de la autoridad competente, que en nuestro derecho no es otra que la autoridad legislativa nacional: el Congreso.

De modo que el elemento normativo o legal se refiere a la necesidad imprescindible de que el carácter dominial de una cosa o de un bien resulte de una norma legal.

De lo expuesto se deduce que el dominio público es un concepto jurídico. Depende de la ley. No hay bienes públicos por naturaleza, ni por derecho natural; es el Estado quien establece el carácter público de las cosas.

Algunos autores, como D'Alessio, creen que tratándose de bienes del llamado dominio natural, – es decir, bienes declarados públicos tomándoselos en el estado en que ya naturaleza los presenta –, el acto estatal que establezca su dominialidad es sólo declarativo; en tanto que tratándose de bienes del llamado dominio artificial – o sea bienes cuya creación depende de un hecho humano – dicho acto sería atributivo de dominialidad.

Tal afirmación es errónea. No habiendo bienes públicos por naturaleza, sino únicamente por declaración legal, el acto estatal que establezca la dominialidad de una cosa – cualquiera sea el origen o índole de ésta – es siempre atributivo del carácter público del bien, nunca meramente declarativo.

Es, sin embargo, frecuente que algunos autores incurran en el error de creer en la existencia de un dominio público natural, es decir, en un dominio público por naturaleza. Generalmente ponen como ejemplo de ello al mar y a los ríos.

De modo que, en nuestro país, la facultad de determinar o establecer cuales bienes son dominiales y cuales privados, es de exclusiva incumbencia de la Nación, a través de una Ley formal, dado que lo pertinente le incumbe al Congreso.

De manera que el carácter público, dominial, de un bien, no depende ni deriva de la naturaleza; tampoco de las decisiones del Poder Administrador (acto administrativo). Menos aún derivará de la voluntad de los administrados, ya que la asignación del carácter jurídico de las cosas es un acto estatal y no un acto dependiente de la voluntad privada de los administrados o particulares. Sólo la Ley Nacional es el medio jurídico idóneo para establecer qué cosas son públicas y cuáles privadas.

Desde el punto de vista legal, los bienes del dominio público aparecen o pueden ser determinados en tres formas distintas:

1º) Mediante indicación nominal o específica de los mismos;

2º) Mediante indicación genérica de ellos;

3º) A falta de ley específica o genérica, recurriendo a la interpretación jurídica, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 16 del Código Civil, o sea recurriendo a la analogía y a los principios generales del Derecho.

En nuestro ordenamiento legal, los bienes públicos, según los casos, aparecen o pueden ser determinados de acuerdo a las tres formas indicadas. **específicamente**, como ocurre con las tierras situadas dentro del perímetro de los parques nacionales (ley 12.103), con el mar territorial, los ríos, las islas, etc. (Código Civil, artículo 2340, incisos 1º, 3º y 6º); **genéricamente**, como ocurre con las obras públicas construidas para utilidad o comodidad común, a que hace referencia el artículo 2340, inciso 7º, in fine, del Código Civil, en cuya disposición la doctrina y la jurisprudencia hallaron ubicación para diversos bienes: cementerios, monumentos, bibliotecas, etc.; **por interpretación jurídica**, sea recurriendo a la analogía, como sucede con los heleros por ejemplo, o a los principios generales del Derecho, como ocurre con la energía hidráulica, etcétera.

Con respecto a la regulación del uso de los bienes dominiales es materia de legislación local. Cada provincia tiene facultad constitucional para legislar al respecto dentro de su jurisdicción.

Pero es a la Nación que le compete establecer que bienes ostentaran la calidad de públicos y cuales la calidad de privados.

- Régimen jurídico del Dominio Público.

Los bienes del dominio público están sometidos a un régimen jurídico especial con modalidades propias: el dominio público.

Principios. El régimen del dominio público es único. Todos los bienes del público tienen el mismo régimen jurídico esencial, pero adaptado a las particularidades de cada bien. La característica del *uso común*, respecto de los bienes de dominio público, se funda en principios básicos aplicables a todos los bienes públicos que se destinan a esos usos. Lo mismo sucede con los *usos especiales*.

El régimen jurídico del dominio público es también *de excepción y de interpretación estricta*: en su conjunto sólo es aplicable a los bienes dominiales.

Los caracteres básicos del régimen jurídico del dominio público son la *inalienabilidad*, y la *imprescriptibilidad*. Sin embargo, no son atributos exclusivos de los bienes dominiales. Son efectos, no causas de la dominialidad.

La inalienabilidad y la imprescriptibilidad no bastan, por sí solas, para considerar que un bien pertenece al dominio público. Existen muchos bienes que, a pesar de su carácter inalienable e imprescriptible, pertenecen al dominio privado del Estado o al de los particulares. Lo que define a un bien de público y le imprime sus notas correlativas – entre ellas la inalienabilidad y la imprescriptibilidad – es su afectación al uso público, directo o indirecto.

Inalienabilidad. La inalienabilidad tiene fundamento legal en el Código Civil, en cuanto señala: el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio. (art. 953); están en el comercio todas las cosas cuya enajenación no fuere expresamente prohibida o dependiente de una autorización pública. (art. 2336), y el Derecho de propiedad se extingue de una manera absoluta... cuando la cosa es puesta fuera del comercio (art. 2604).

Que los bienes del dominio público sean inalienables no significa que estén absoluta y totalmente fuera del

comercio jurídico; así, por ejemplo, pueden ser objeto de derechos especiales de *uso*, otorgados o adquiridos mediante las formas reconocidas por el derecho administrativo; pueden igualmente ser expropiados'.

En principio, sólo es incompatible el comercio jurídico de derecho privado.

Pero *excepcionalmente* los bienes públicos pueden ser objeto de negocios jurídicos de derecho privado. Así, en el terreno de los principios, pueden ser gravados con servidumbres y otras cargas reales civiles, mientras resulten ellas compatibles con el destino que determinó la afectación de la cosa dominial.

Sin embargo, una vez desafectado el respectivo bien del dominio público, podría realizarse la venta o enajenación de la cosa, pues, producida la desafectación, desaparece el carácter de inalienable, pasando a ser bien privado del Estado. La inalienabilidad no es, un concepto absoluto, sino que su alcance y sentido son contingentes.

Imprescriptibilidad. La imprescriptibilidad encuentra fundamento legal en el Código Civil, en cuanto establece: Todas las cosas que están en el comercio son susceptibles de posesión. Los bienes que no fueren cosas, no son susceptibles de posesión (art. 2.400). El Estado general o provincial y todas las personas jurídicas están sometidas a las mismas prescripciones que los particulares, en cuanto a sus bienes... susceptibles de ser propiedad privada; y pueden igualmente oponer la prescripción" (art. 3.951). Pueden prescribirse todas las cosas cuyo dominio o posesión puede ser objeto de una adquisición (art. 3.952). No puede prescribir el dominio o posesión de las cosas que no están en el comercio, como las afectadas al uso público; hay imprescriptibilidad ante la acción reivindicatoria de la propiedad de una cosa que está fuera del comercio (art. 4.019, inc. 1º)

Inembargabilidad. Los bienes del dominio público son inembargables. No pueden ser objeto de ejecución judicial.

El embargo, *stricto sensu*, no implica ni requiere desapropio ni enajenación, pues, puede responder a una simple medida de seguridad, en el sentido de evitar que el titular de la cosa disponga de ella, enajenándola; no obstante, supone eventual enajenación, ya que esa medida cautelar, en última *ratio*, tiende a asegurar la ejecución forzosa del bien.

La *ratio iuris* que impide el embargo de bienes del dominio público está en la falta de autoridad y jurisdicción por parte de los jueces para cambiar el destino de que tal cambio incumbe a la Administración.

En cuanto a los bienes de los particulares afectados a la prestación de servicios públicos, su cambio de destino, su desafectación, en unos casos depende de la extinción del contrato celebrado por las partes, y en otros depende de la voluntad del concesionario, quien puede excluir del servicio público un bien de su propiedad, reemplazándolo por otro bien análogo. En ambos casos los bienes desafectados vuelven a regirse exclusivamente por los principios comunes de derecho privado, cesando el régimen especial a que se hallaban sujetos mientras estaban afectados al servicio público. En tales condiciones, el embargo sobre dichos bienes no vulnera principio jurídico alguno, máxime cuando el alcance de esa medida cautelar sólo consiste en impedir que el administrado o particular, dueño del respectivo bien, lo enajene una vez que haya dejado de estar afectado al servicio público.

Hipoteca. Los bienes del dominio público no pueden ser gravados con hipoteca, no sólo porque ésta implica una posible enajenación, sino porque constituye una institución propia del derecho privado, incompatible con el régimen del dominio público.

- Afectación.

La afectación es el hecho o la manifestación de voluntad del poder publico, en cuya virtud la cosa queda

incorporada al uso y goce de la comunidad. Desde luego para que se tenga por operada la afectación y esta surta efectos jurídicos, es menester el cumplimiento de ciertos requisitos. De manera que la afectación puede consistir en n hecho o en una manifestación de voluntad del poder publico.

En nuestro idioma el vocablo afectación es un extranjerismo. Lo hemos tomado del francés. No obstante ello, traduce con precisión la idea que al efecto deseamos expresar. Pero el termino propio no es afectación, sino consagración, palabra acertadamente utilizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosas sentencias.

- **La naturaleza jurídica de la afectación:**

Mayer estima que la afectación es un acto de voluntad, perteneciente a la esfera de la Administración Publica, pero que no constituye un acto administrativo, porque no determina relaciones entre el ciudadano y el poder publico; aquella no hace mas que crear una situación de la que resultaran esas relaciones. Hauriou considera que la afectación es el hecho que determina la utilización de la cosa a un fin publico.

Forsthoff considera a la afectación como un acto jurídico, con efectos específicos y de amplio alcance; pero a su entender se diferencia de los actos administrativos en el sentido usual, porque carece de destinatario. Villegas Basavilbaso, distinguiendo entre los actos de afectación de los bienes naturales y los bienes artificiales, juzga que la naturaleza jurídica de la afectación es la correspondiente a la de los actos legislativos o administrativos, según se trate de bienes públicos naturales o artificiales, respectivamente.

En un país de la organización político-jurídica como el nuestro, es evidente que para determinar la naturaleza de la afectación hay que distinguir entre bienes declarados públicos en un estado natural y bienes declarados públicos pero cuya creación o existencia depende de un hecho humano.

La autoridad competente en nuestro país para afectar bienes al dominio publico y a las formas de esa afectación, tratándose de bienes naturales la afectación surge del propio acto que establece el carácter dominial del bien, o sea surge de la respectiva ley nacional; en esa clase de bienes, la atribución del carácter publico vale automática afectación. Tratase de una afectación ministerio *legis*. Las cosas cambian respecto a los bienes de dominio publico artificial. La facultad de crear tales bienes es local o provincial; consecuentemente, la afectación de los bienes que integran el dominio publico artificial es una facultad local o provincial, y ello puede efectuarse por ley o por acto administrativo fundado en ley, y aun por acto administrativo autónomo, según las circunstancias.

De modo que tratándose de bienes artificiales, la autoridad local crea el bien y –sea por ley o por acto administrativo– lo destina al fin previsto, lo que implica afectación, aunque – claro esta– su condición jurídica del bien publico derivara de lo dispuesto por el legislador nacional, que es el autorizado para determinar la naturaleza la naturaleza o condición jurídica de las cosas. La afectación debe hacerse por ley nacional, si se trata de bienes naturales, y por ley provincial o por acto administrativo, si se trata de bienes artificiales.

- **De la afectación deriva una consecuencia jurídica fundamental:**

El bien o cosa, desde ese momento, queda efectivamente incorporada al dominio publico y sometido a los principios que rigen dicha situación. Solo después de la afectación al uso y goce de la comunidad, la cosa queda regida por el derecho publico como dependencia dominial.

- No debe confundirse la asignación del carácter publico a un bien, con la afectación del mismo al dominio publico. Tratándose de cuestiones distintas. La asignación del carácter publico a una cosa, solo significa establecer que dicha cosa tendrá calidad dominial, como integrante o dependiente del dominio publico.

• **Requisitos.** Los requisitos que dan validez a la afectación son:

- El asentimiento expreso (en caso de ley o acto administrativo) o implícito, que preste la autoridad administrativa competente.
- El título traslativo de dominio en poder del Estado de un bien que se afecta. Sin embargo, a los Estados se los considera propietarios, sin necesidad de un título traslativo de propiedad ni de posesión, de todos aquellos bienes que en virtud de lo regulado por ley nacional integran el dominio público.
- A los efectos de la incorporación de un bien al dominio público la afectación debe ser actual, debiendo el bien estar real y efectivamente afectado al uso o servicio público. La mera adquisición de un inmueble y la declaración de que allí se realizará la obra que va a estar afectada al uso público, no implica afectación, y, por lo tanto, el bien no se encuentra incorporado al dominio público: es simplemente un bien privado del Estado.

• **Competencia.** Cuando se trata de dominio público natural, respecto del cual

la determinación de su condición jurídica importa su afectación, la autoridad competente será el Congreso, dado que le corresponde dicha determinación. Lo mismo sucede para la desafectación, ya que implica el cambio de su condición jurídica, sólo puede hacerla la mencionada autoridad.

En el caso de un bien del dominio público artificial, como la afectación no es lo mismo que la determinación de su calidad jurídica de cosa pública, ella puede provenir del Congreso Nacional, de las legislaturas provinciales o de los órganos municipales. La desafectación, a su vez pueden declararla las mismas autoridades administrativas que realizaron la afectación.

- **Dominio publico natural:** son declarados públicos considerándolos en el estado en que la naturaleza los presenta u ofrece; deben ser creados por el poder público. El propio hecho de asignarles carácter público implica su afectación al uso público vale automática afectación.
- **Respecto del dominio publico artificial:** la afectación de estas se realiza mediante la creación del respectivo bien. La facultad de crear tales bienes es, por principio, local o provincial; pertenece a la soberanía reservada de las provincias: es un poder no delegado expresamente por las provincias a la Nación, todo ello sin perjuicio de la excepción que corresponde aceptar como conciencia de nuestro régimen político-jurídico establecido en la Constitución.

La creación y correctiva afectación de un bien artificial al dominio público dentro del territorio de una provincia, puede ser atribución de la Nación, como ocurriría con la compra de un terreno por la Nación para construir la sede de los tribunales federales en la respectiva provincia.

En nuestro ordenamiento jurídico, mientras los bienes públicos naturales sólo pueden afectarse por ley, los bienes públicos artificiales pueden también afectarse por actos administrativos o por hechos.

Esos hechos pueden ser de diversa índole: desde actitudes asumidas por la Administración, hasta un uso público continuado consentido por ella. Tratándose de bienes públicos artificiales, la afectación no tiene formas especiales ni sacramentales; la voluntad de la Administración Pública puede manifestarse en forma expresa o en forma tácita.

Si bien la afectación de los bienes públicos artificiales puede efectuarse por hechos, es indispensable que tales hechos cuenten con el asentimiento expreso o virtual de la Administración Pública.

La jurisprudencia en nuestra CSJN opina: 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 solo en un bien del dominio público una cosa de su dominio privado.

Para surtir efectos jurídicos, la afectación requiere:

- La afectación tiende a hacer efectiva la satisfacción de una necesidad o de un interés público, constituye una típica actividad estatal, va de suyo que toda afectación idónea debe contar indispensablemente con el asentimiento de la respectiva autoridad.
- El bien o cosa de que se trate debe hallarse librado al uso público en forma efectiva y actual.

Tratándose de un camino, por ejemplo, para que la afectación quede perfeccionada y surta todos sus efectos, aquél debe ser abierto a la circulación o tránsito público; lo mismo puede decirse de un edificio: si se tratare de un edificio construido para mercado público, éste solo quedará regido por los principios del dominio público cuando sea efectivamente abierto al uso público.

Si se tratare de una cosa dominial cuya existencia requiera la previa construcción de una obra, no podrá aplicarse el régimen del dominio público mientras dicha construcción no haya sido efectuada. El caso de obras terminadas y el de las obras no comenzadas, representan aquí los supuestos típicos o extremos; entre ellos quedarán colocados ciertos supuestos intermedios: el de las obras paralizadas, el de las que están en curso de construcción y el de las que están a punto de ser terminadas. A falta de principios o normas especiales para los supuestos intermedios, corresponde aplicarles los respectivos principios concebidos para los supuestos extremos que más armonicen con su modalidad.

El hecho de que la afectación deba ser efectiva y actual no significa que el uso público deba ser constante, de continuidad absoluta: basta con que se lo realice en cualquier momento que se desee, o con la intermitencia requerida por la índole de la utilización.

Si la afectación debe ser actual, es inaceptable una afectación para el futuro.

Para que la Administración Pública pueda afectar validamente una cosa al uso público, es indispensable que dicha cosa se halle en poder del Estado en virtud de un título jurídico que le haya permitido adquirir el dominio de esa cosa.

Si la Administración Pública afectase al uso público cosas ajenas, es decir de los administrados o particulares, sin contar con la conformidad estos o sin cumplir con los requisitos establecidos en la ley fundamental, vulneraría la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad.

Referido al uso público continuado puede dar lugar a la adquisición del bien o cosa y a su correlativa afectación, por dos vías: la prescripción larga y el uso inmemorial. Tanto la primera como el segundo tienen plena cabida en el ámbito del derecho público; solo tienen aplicación tratándose de bienes artificiales, pues la afectación de los bienes naturales, en nuestro ordenamiento al menos, única y exclusivamente nace de la ley.

- **La prescripción:** La prescripción larga, opera a los treinta años, según lo dispone el código civil. Para que el Estado adquiera por prescripción una propiedad de una cosa privada y la afecte al uso público como dependencia dominical, es menester que, en lo pertinente, realice actos idóneos para prescribir: por ejemplo, mantenimiento de la cosa, tutela de ella por medios propios de la policía del dominio público, etc.; se trata de actos compatibles con la índole y destino del bien.
- **El uso inmemorial:** Cuando la situación de hecho es tan antigua que nadie recuerda ni tiene memoria del momento en que se inició, se recurre al instituto de la inmemorial.

El lapso del cual se tiene por operada la vetustas es el correspondiente a tres generaciones, estimado en sesenta años, que es el doble del plazo máximo establecido por la generalidad de las legislaciones para la prescripción larga.

- Desafectación.

Desafectar un bien significa sustraerlo de su destino al uso público, haciéndolo salir, del dominio público para ingresar al dominio privado, sea del Estado o de los administrados.

El principio consiste en que los bienes desafectados ingresen al dominio privado del Estado; la excepción consiste en que dichos bienes; ingresen al dominio privado de los administrados, como ocurriría con el cauce abandonado de los ríos, por ejemplo.

La desafectación puede consistir en un hecho o en una manifestación de voluntad del poder público.

Esa manifestación de voluntad puede concretarse en un acto legislativo o en un acto Administrativo. A su vez, el hecho que sirve de fundamento a la desafectación, tanto puede ser como natural como humano.

La naturaleza jurídica de la desafectación es correlativa a la de la afectación, de la cual no difiere.

De manera que la naturaleza jurídica de la desafectación, a igual que la de la afectación, no es otra que la de un acto legislativo, la de un acto administrativo o la de un hecho jurídico, según los casos.

La desafectación produce fundamentales efectos jurídicos; vale decir, tiene consecuencias esenciales.

El efecto principal consiste en el cambio de la condición jurídica del bien, que de público pasa a ser privado", y cuya titularidad, por principio, le seguirá correspondiendo al Estado y, por excepción, a los administrados o particulares. Es ésta una cuestión que depende del ordenamiento jurídico que se considere.

En nuestro país, por ejemplo, ante el silencio de la ley, las dependencias dominiales desafectadas siguen perteneciéndole a quien era su titular mientras revestían carácter dominical.

Ello se explica, pues la desafectación no actúa como causa extintiva de dominio, sino simplemente como modificatoria de un régimen jurídico.

Por excepción, y siempre que ello surja de una Ley, dichas dependencias, una vez desafectadas, pasan al dominio privado de los administrados o particulares: lo que ocurre con los cauces abandonados de los ríos – que es un supuesto de desafectación –, cuya titularidad pasa a pertenecerle a los respectivos ribereños; esto mismo sucede en los países que, como el nuestro, al respecto siguen el sistema accesionista romano, como Italia.

Los efectos de la desafectación pueden resumirse así:

- ***El bien o cosa sale del dominio público y pasa al dominio privado.***
- ***Como corolario de ello, cesan los derechos de uso – común o especial– que se ejercían sobre la dependencia desafectada.***
- ***Cesan igualmente todas las consecuencias derivadas del carácter de inalienable que revestía la dependencia dominial desafectada.***
- ***Los accesorios pierden su carácter dominical.***

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado acerca de los efectos de la desafectación. Dijo así: ***La propiedad pública ... termina por la desafectación ... y tal desafectación, . . produce el efecto general de cambiar la condición jurídica del bien, que se torna a partir de ella enajenable, prescriptible, embargable y regido, no ya por las disposiciones del derecho administrativo relativas a la policía de los caminos y de las calles, sino por el derecho civil, a cuyo campo de acción ha ingresado, como consecuencia de aquélla.***

Cualquier bien público puede ser desafectado, ya se trate de bienes que integren el llamado dominio público

natural o de bienes que integren el llamado dominio público artificial.

No obstante, algunos autores sostienen que sólo pueden desafectarse los bienes que integran el dominio público artificial, no así los que constituyen el dominio público natural; afirman que hay bienes que por su naturaleza no pueden ser desafectados, al menos mientras conserven su aptitud para satisfacer el uso público. Esto importa un error: no hay bien público alguno cuya naturaleza impida la desafectación.

El carácter público de un bien es un concepto jurídico que, por lo tanto, puede ser modificado por otro concepto; prueba de esto lo constituye el hecho de que ciertos bienes en un país dado se consideran públicos y en otro país privados, sin perjuicio de que también hay bienes que en el derecho de un mismo país revisten distinta condición legal, según la región de que se trate: es lo que ocurre en el derecho francés con las aguas de vertientes a manantiales, que en el territorio europeo son privadas y en Argelia – África francesa – son públicas.

No hay bienes públicos por naturaleza, ni por derecho natural. Es el Estado quien establece el carácter público de las cosas: por eso es que uno de los elementos esenciales integrantes de la noción conceptual de dominio público es el normativo o legal.

La desafectación puede operarse de diversos modos, que constituyen otras tantas especies.

Puede consistir en una manifestación de voluntad del poder público.

Es lo que se denomina desafectación formal. Asimismo, puede consistir en hechos, cuyo origen puede ser natural o humano.

Tanto la desafectación **formal**, como la desafectación por **hechos**, pueden referirse a bienes naturales como a bienes artificiales.

a) La desafectación formal

Tratándose de bienes del llamado dominio público natural, hay que distinguir entre la simple desafectación que deja *subsistente la individualidad de la cosa* y la desafectación por *transformación* del bien, el que en tal supuesto cambia de individualidad.

La desafectación de un bien público natural, que deja subsistente la individualidad de la cosa, da como resultado el cambio de la condición jurídica del bien, que de público se convierte en privado; pero la naturaleza física de la cosa en sí, no se altera, no se modifica: el bien desafectado conserva su anterior individualidad. Un río, un lago o una isla, continuarán siendo tales aún después de la desafectación; el único cambio que sufren a raíz de ésta es en su condición legal.

De manera que ese tipo de desafectación formal de bienes públicos

naturales, al no alterar la individualidad del bien, no tiene otro alcance o proyección jurídicos que el cambio de la condición legal de la respectiva cosa, con todas las consecuencias de tal cambio.

La facultad para efectuar esa clase de desafectación de los bienes públicos naturales, le corresponde a la Nación, porque importando tal desafectación el cambio de la condición legal del bien, que de público se convierte en privado, ella se traduce o resume en una cuestión substantiva o de fondo: la de establecer sobre el carácter jurídico de las cosas, cuya facultad, según *ut supra*, pertenece a la esfera de competencia de la Nación, escapando a la de las provincias.

Con respecto a las Provincias: ***¿Pueden por sí mismas, y sin intervención alguna del Congreso Nacional,***

efectuar esa desafectación, y luego enajenar los bienes obtenidos por la transformación o especificación operada?

Ese derecho siempre lo han ejercido las provincias, antes de la sanción del Código Civil, y después de ella. Nuestros escritores sostienen que se trata de una facultad provincial. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la validez y eficacia de tal derecho ejercido por las provincias.

Los autores citados, así como la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo transcrito, hacen surgir esa facultad de las provincias del derecho dominico que tienen sobre los ríos (y en general sobre los demás bienes públicos).

Con respecto, **desafectación formal**, de los bienes públicos **artificiales**.

Los bienes públicos **artificiales** la desafectación puede dar como resultado la **extinción del bien** o el **simple cambio de su condición jurídica**.

En el supuesto, **que el bien o cosa deje de subsistir**, como tal, para el futuro: **pierde su individualidad**. Así, una calle o un cementerio desafectados dejan de ser calle o cementerio para convertirse en un terreno ordinario, que adquiere la condición jurídica asignada por la ley a dichos terrenos. La facultad para efectuar esta clase de desafectación, dada su trascendencia o significado, es local o provincial. El ejercicio de tal atribución pertenece a la soberanía reservada de las provincias, formando parte de los poderes reservados por éstas y no delegados al Gobierno Nacional. Es evidente y fuera de toda duda que las provincias, en ejercicio de sus instituciones, tienen el más amplio imperio para disponer qué partes de su territorio se destinaran a calles o cementerios, por ejemplo, y que, por iguales razones, tienen las más amplias atribuciones para disponer que las calles o cementerios creados o establecidos por ellas dejen de ser tales para el futuro.

En el segundo supuesto la desafectación formal sólo produce un cambio en la condición, jurídica del bien o cosa, cuya individualidad subsiste, no se altera. Así, por ejemplo, el cambio de destino de un edificio público, que en lo sucesivo no se dedicará al uso público, provocará un cambio en la condición jurídica de ese bien, que en lo sucesivo será una cosa privada.

El carácter público del edificio derivaba exclusivamente de su destino al uso público; modificado tal destino, desaparece su carácter dominial, que era su consecuencia. La desafectación por cambio de destino de los bienes artificiales, aunque ello determine un cambio en la condición jurídica de los mismos, es también una facultad local o provincial. Es evidente que el derecho de destinar un bien artificial al uso público, o de privarle de ese destino, también pertenece a la soberanía reservada de las provincias: nunca fue delegado por ellas a la Nación.

Tratándose de bienes artificiales (obras públicas, en la terminología del artículo 2340, inciso 7º, in fine, del Código Civil), el legislador nacional se limita a establecer su carácter dominial mientras estén destinados a la utilidad o comodidad común uso público, pero la facultad de construir esas obras y de dedicarlas o no al uso público les pertenece a las provincias, a título de potestad reservada por ellas al constituir la unión nacional. El legislador nacional les atribuye carácter dominial a las obras públicas (edificios, por ejemplo) que permanezcan destinadas a utilidad o comodidad común; pero la facultad de crear o construir esas obras y de afectarlas a la utilidad o comodidad común, o de uso público, pero la facultad de construir esas obras y de dedicarles o no al uso público les pertenece a las provincias.

Entre la facultad de desafectar bienes públicos naturales que conserven su individualidad y la facultad de desafectar bienes públicos artificiales que también la conserven, existen, pues, las siguientes diferencias:

- ***La primera es una potestad de la Nación, porque, dadas sus características, constituye una cuestión substantiva o de fondo, delegada por las provincias a la Nación; la segunda es un derecho de las***

provincias, reservado por ellas al constituir la unión nacional;

- *En la asignación del carácter público a los bienes naturales, sólo se tiene en cuenta la índole del bien, siendo por ello que todos los de la misma especie son dominiales (por ejemplo, los ríos).*

En la asignación del carácter público a los bienes artificiales', sólo se considera el destino" al uso público de los mismos, siendo por eso que, aún dentro de los de la misma especie ("edificios", por ejemplo), únicamente son públicos los bienes artificiales consagrados al uso público: cesando o desapareciendo dicho destino, desaparece su carácter dominial, que era su consecuencia.

Desde luego, sin perjuicio de lo dicho acerca de la facultad provincial o local para desafectar bienes públicos artificiales– conserven o no su individualidad –, cabe advertir que la Nación tiene asimismo facultades para desafectar los bienes públicos artificiales que posea dentro del territorio de las provincias.

b) La desafectación por hechos.

Los bienes públicos naturales pueden desafectarse por *hechos de la naturaleza*; ejemplo: el cambio de curso de un río determina la desafectación del antiguo cauce, que pasa a ser un bien privado. Pero dicha categoría de bienes no es susceptible de desafectación por hechos humanos (procedentes de autoridades públicas).

Los bienes públicos artificiales pueden desafectarse por hechos, sean éstos de la naturaleza o del hombre. Como ejemplos de desafectación por hechos de la naturaleza, pueden mencionarse la destrucción de un monumento o de un edificio público por un terremoto o por una inundación, el hundimiento de un navío debido a una tempestad. La desafectación de los bienes públicos artificiales por hechos del hombre, puede responder a hechos del Estado, o de terceros, siempre, en este último caso, que los terceros cuenten con el asentimiento indiscutible de las autoridades. Como ejemplos de tales hechos pueden mencionarse: la destrucción de una Biblioteca pública por los bomberos, por razones de policía, determinadas por la necesidad de combatir el fuego de edificios vecinos; la siembra o cultivo del inmueble que servía de calle; el traslado de un cementerio a otro lugar, con lo cual el inmueble del primitivo cementerio que se desocupa queda desafectado; el cierre definitivo de un camino al tránsito; etc.

Los bienes públicos naturales no pueden ser desafectados por hechos humanos, o sea procedentes de autoridades públicas.

Los bienes públicos artificiales pueden ser desafectados por hechos humanos, es decir realizados por autoridades públicas. Ejemplos: el traslado de un cementerio a otro lugar, con lo cual el inmueble del primitivo cementerio que se desocupa queda desafectado; el cierre definitivo de un camino al tránsito; el cambio de destino de un edificio público, que en lo sucesivo es sustraído al uso público; etc. Ciertamente, también estos hechos, para facilitar los efectos de desafectación, deben ser realizados por la autoridad competente, o con su consentimiento. Tratándose de la desafectación de bienes públicos artificiales, la competencia para efectuarla es local o provincial, según así quedó dicho precedentemente, todo ello sin perjuicio de la eventual facultad de la Nación para desafectar los bienes públicos artificiales que ella posea en territorio provincial, según también quedó dicho en párrafos anteriores.

La destrucción de las cosas dominiales por obra de terceros no implicaba –desafectación. En consecuencia, la destrucción de las cosas dominiales por terceros queda al margen de todas las reglas sobre competencia en materia de desafectación:

- *Porque no se trata de "desafectación", sino de destrucción;*
- *Porque la competencia sólo se refiere a las autoridades públicas, no a los particulares;*
- *Porque los terceros (particulares o administrados) son legalmente inhábiles para desafectar, por sí, los bienes dominiales. En dos palabras: la destrucción de las cosas públicas por Terceros nada tiene que ver con la desafectación de tales cosas. La desafectación se rige por el derecho administrativo; la destrucción*

de las cosas públicas queda regida, en general, por el derecho penal, y eventualmente por el derecho internacional público en tiempo de guerra.

La desafectación de los bienes públicos por hechos humanos o del hombre, que sólo se refiere a bienes artificiales. Los bienes naturales no pueden ser desafectados por hechos del hombre, lo cual obedece a las siguientes razones:

- *Porque tratándose de bienes naturales cuya individualidad no se altera o transforma a raíz de la desafectación, en páginas anteriores quedó dicho que la facultad para realizarla le corresponde exclusivamente a la Nación, quien al respecto debe proceder mediante Ley formal;*
- *Porque, tratándose de bienes naturales cuya individualidad se altera o transforma a raíz de la desafectación (desafectación por transformación o especificación), se dijo anteriormente que la facultad para efectuarla es local o provincial, debiéndosela ejercer mediante Ley formal o mediante acto administrativo fundado en Ley –, por tratarse de un acto de disposición.*

En general, todo lo que expuse acerca de la afectación' por hechos, es de rigurosa aplicación respecto a la desafectación por hechos. Así, para que el hecho facilite los efectos de desafectación se requiere que provenga de las autoridades públicas, o cuente con el asentimiento de las mismas. La desafectación de los bienes públicos de origen artificial no requiere formas especiales ni sacramentales; la voluntad estatal puede manifestarse incluso en forma expresa o en forma tácita. 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 especie.

A título de ejemplos, pueden mencionarse los siguientes hechos o actitudes del Estado que tienen efectos de desafectación:

- El traslado de un cementerio a otro lugar, con lo cual el inmueble del primitivo cementerio que se desocupa queda desafectado.
- El cierre definitivo de un camino al tránsito.
- El cambio de destino de un edificio público, que en lo sucesivo es sustraído al uso público.
- La siembra o cultivo del inmueble que servía de calle.
- Reemplazo de un mal camino, o parte de él, por un nuevo camino que reúne mejores condiciones.

Desafectación tácita. La desafectación tácita se presenta cuando los bienes del dominio público dejan de poseer tal carácter, no por cambiar su calificación, sino porque la cesación de esa calidad se debe a un hecho exterior de la naturaleza o a una transformación en su estado externo, debido a obras realizadas por la autoridad competente. Por ejemplo, un río que por causas naturales se seca o es desecado por obras de la autoridad.

No puede hablarse de desafectación tácita para designar actos irregulares que supongan hacer caso omiso de la legislación de fondo, como ocurre con la enajenaciones directas decididas sin previa desafectación ordenada por el órgano del Estado correspondiente (en el caso de bienes del dominio público del Estado, una ley especial) o con la admisión de actos de los particulares que avancen sobre el dominio público estatal (caso de allanamiento del Estado en los juicios de prescripción veinteañal o treintaañal)... La reforma del Código Civil por la ley 17.711, no bastó para alterar la calificación jurídica de los bienes en el art. 2340, inc. 6º, de dicho cuerpo legal.

- **El Uso del Dominio Público.**

Los bienes que integran el dominio público están destinados al uso por el "público". Pero el uso del "público" debe ser compatible con el motivo que determinó la inclusión del bien en el dominio público. Determinar esto constituye una cuestión de hecho a dilucidar en cada caso concreto, pues, si se tratare de

un uso incompatible con el destino del bien, otorgado por acto administrativo, éste podría resultar inválido por hallarse viciado de ilegitimidad.

Un "uso" determinado puede no conformarse con el destino de la cosa, pero puede no contrastar con tal destino, es decir, puede no ser incompatible con éste; Por ejemplo: si bien las vías públicas están destinadas a la circulación, no contrasta con el destino de ellas el otorgamiento de un "permiso" para instalar un puesto de venta de comestibles. En cambio sería incompatible con el destino de la cosa, el "permiso" o la "concesión" otorgada dentro de un cementerio para ejercer una actividad por completo desvinculada del fin específico de esa dependencia dominical; pero sería válido el otorgamiento de un permiso o de una concesión para instalar dentro del mismo, un quiosco para venta de flores, ya que esto está vinculado directamente al culto de los muertos, materia relacionada con el destino de los cementerios.

Los bienes dominicales pueden ser utilizados por el público en forma "directa", sea individual o colectivamente; o en forma "indirecta", también individual o colectivamente. Como ejemplo de utilización "directa", individual, pueden mencionarse el permiso y la concesión de uso; como ejemplo de utilización colectiva, cabe recordar el uso de las vías públicas (calles, caminos, etc.).

Los usos "especiales" constituyen utilizaciones individuales directas; en tanto que los usos comunes constituyen utilizaciones colectivas directas. Como ejemplo de utilización indirecta pueden mencionarse los servicios públicos que a su vez pueden ser, según los casos, de utilización individual, como el servicio público de ferrocarriles para utilización colectiva, como ocurriría con las fortalezas en el servicio público de defensa, Todo esto da lugar al empleo "uti singuli" y uti universi: la primera de éstas se refiere al uso directo, individual o colectivo; la segunda al uso indirecto, también individual o colectivo. De modo que esas locuciones traducen substancialmente la idea de uso directo o "indirecto", respectivamente, sin perjuicio de que en ambos supuestos tal uso pueda ser individual o colectivo.

Los usos de que son susceptibles las cosas del dominio público se dividen en dos grandes grupos: comunes y especiales, que difieren por la índole del aprovechamiento, por el contenido jurídico y naturaleza del derecho de los usuarios.

El uso común, es llamado también uso general, y el uso especial se denomina uso privativo, exclusivo o diferencial. Esta es una diferenciación básica, dentro de las cuales quedan incluidas las variantes introducidas por otras clasificaciones.

El uso de los bienes de dominio público, ya se trate de uso común o uso especial, no es por *principio* gratuito ni oneroso, ya que éstas no corresponden a la *esencia* del dominio público. Depende del criterio del legislador establecer, sin desvirtuar principio jurídico alguno, que el uso de los bienes dominicales sean gratuitos u onerosos, concordando con la naturaleza de los mismos.

Generalmente, el uso común es gratuito, aunque por excepción puede no serlo. Esto es así en el caso de establecerse el pago de un peaje sobre ciertos caminos o puentes; también cuando se exige el pago de una determinada suma de dinero para acceder a ciertos museos públicos, paseos públicos, jardines zoológicos, jardines botánicos, etc.

En nuestro país, la ley de vialidad n° 13.504, de 1948, art. 14, inciso 11, estableció un peaje sobre cada vehículo que transite por puentes o túneles, cuyo costo de construcción exceda los cinco millones de pesos. Debemos tener en cuenta que el peaje es lícito, en tanto se establezca como contribución para solventar los gastos de conservación o de construcción de la obra. Pero si el peaje se estableciese a raíz de la circulación o del tránsito interprovincial o al exterior, sería írrito, ya que violaría los art. 10 y 11 de la Constitución Nacional.

En cambio el uso especial, otorgado por permiso o concesión, generalmente es oneroso, por cuanto surge del

acto administrativo que otorga el permiso o la concesión.

Nuestros bienes públicos pueden ser nacionales o provinciales, dependiendo de la jurisdicción en que estén situado. La autoridad competente para legislar sobre todo lo relacionado con el uso de los bienes públicos, depende del lugar en que esté ubicado el respectivo bien.

El poder para legislar sobre el uso de los bienes públicos nacionales, le corresponde a la Nación (Constitución Nacional, artículo 75, incisos 15 y 30).

El poder para legislar sobre todo lo atinente a los modos y formas en que los particulares podrán realizar y adquirir el uso de los bienes públicos "provinciales", le compete a las provincias. Tal facultad provincial surge del artículo 121 de la Constitución, en cuyo mérito las provincias conservan el ejercicio pleno del llamado poder de policía, una de cuyas manifestaciones consiste en la facultad de reglamentar la forma y modo del uso de los bienes públicos. Esta facultad provincial es "exclusiva" de las respectivas provincias, pues nunca fue expresa ni implícitamente delegada a la Nación.

No compete al Código Civil determinar el uso de los bienes dominicales. Esto es así no sólo porque tal materia pertenece al derecho público y no al derecho privado – que constituye el objeto del Código Civil–, sino porque siendo este último una ley de la Nación, no podría válidamente contener normas sobre uso de bienes públicos situados en las provincias, ya que entonces la Nación estaría legislando sobre una materia ajena a su competencia.

Este es un punto controvertido, ya que el art. 2341 del código Civil declara que los particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos, no sólo de acuerdo a las disposiciones administrativas, sino de acuerdo a este Código (el Civil), y a las ordenanzas locales y generales. Debe tenerse en cuenta que toda disposición del Código en cuanto a establecer la forma o modo en que puedan ser utilizados los bienes públicos es ineficaz, en especial, en cuanto a los situados en jurisdicciones provinciales. El error en que incurrió Vélez Sarsfield en cuanto a este art. 2341, se relaciona con el Código del cual tomó la referencia, el Código de Chile, pero no tuvo en cuenta que ese país es política y legislativamente unitario, en cambio el nuestro, es una República Federal, donde existen poderes de las provincias, reservados y no delegados a la Nación. Dentro de su esfera, la Nación y cada Provincia tienen facultad exclusiva para establecer el modo de utilización de los bienes dominicales y el medio jurídico para adquirir el derecho de uso especial sobre esos bienes, ya sea por medio de *permisos, concesiones o prescripción*.

En materia de aguas el Código Civil dispone que sin *concesión* especial los ribereños no pueden sacar aguas para sus terrenos (art. 2642). Este texto tampoco es original de Vélez Sarsfield, ya que lo tomó del art. 4262, inc. 2º del proyecto de Freitas, razón por la cual carece de trascendencia en el ámbito de nuestras provincias, las cuales, en ejercicio de legítimas atribuciones constitucionales pueden establecer si ese derecho de uso especial ha de ser adquirido mediante concesión, como lo menciona el Código, o también podrá serlo por otro u otros medios jurídicos, como ser, permiso o prescripción. Villegas Basavilbaso pone de manifiesto que la locución *concesión especial* utilizada en el art. 2642 de nuestro Código Civil, no ha sido tomada en su sentido técnico, como expresión de concesión de uso, sino que comprende también el permiso de uso, como otro medio jurídico por el cual se adquieren utilizaciones privativas.

Uso común

Usos comunes del dominio público son los que pueden realizar todos los hombres por su sola condición de tales, sin más requisitos que la observancia de las disposiciones reglamentarias de carácter general dictadas por la autoridad.

En cuanto a usos comunes pueden mencionarse los siguientes:

- En materia de aguas: beber, bañarse, lavar ropa, abreviar ganado, patinar en zonas congeladas, navegar y pescar; el arrastre de troncos o maderos sueltos aprovechando la fuerza de la corriente de un curso de agua, y en general todos aquellos que no disminuyen o alteran sensiblemente la calidad y cantidad del agua pública.
- El tránsito en las vías y lugares públicos, como el estacionamiento momentáneo o accidental en los mismos. Este estacionamiento momentáneo integra y contempla la facultad de locomoción o tránsito. Es un corolario del derecho de transitar. Pero se debe distinguir entre éste tipo de estacionamiento y el privativo o temporario. El estacionamiento privativo constituye un uso especial del dominio público, el cual se rige por los principios aplicables a esta última especie de uso.
- La contemplación o admiración de monumentos.
- Los enterramientos o inhumaciones en fosas comunes, las cuales se utilizan para el entierro de personas que generalmente carecen de parientes o de quienes se interesen por ellas. No son individuales, ya que en una sola fosa se les da sepultura a numerosos cadáveres, razón por la cual se denomina fosa común.
- La consulta de libros en bibliotecas públicas.
- La contemplación de objetos expuestos en museos públicos.

El uso común corresponde al uso por el público, es decir por *todos* los habitantes. En esta clase de usos, el usuario es anónimo, indeterminado, no individualizado.

Con referencia al uso común, hay quienes también hablan de usuarios "individualizados", lo que ocurriría merced a la particular situación de hecho en que algunas personas pueden encontrarse frente a los demás usuarios, respecto a un bien del dominio público. Es lo que sucede, por ejemplo, con los propietarios de inmuebles linderos con calles públicas, con los ribereños de cursos de agua, etc. Ciertamente, respecto a la calle o al curso de agua, la situación de dichos propietarios es distinta a la del ciudadano o habitante que se limita a transitar por la calle o a navegar en el curso de agua. Como consecuencia de esta diferente situación de hecho, en lo que se refiere al ejercicio del uso común se pretende reconocerle al supuesto usuario "individualizado" una situación jurídica de mayor solidez que al usuario "no individualizado", con los consiguientes medios de protección más amplios y eficaces. Sin embargo, en materia de "uso común no es acertado hablar de usuarios "individualizados". Respecto al uso común, "*stricto sensu*", el usuario es siempre "anónimo", "indeterminado", "no individualizado". Lo que ocurre es lo, siguiente: como ya lo advirtió Guicciardí, en el caso de tales usuarios individualizados" hay dos situaciones a considerar:

- **La que deriva de su calidad de habitante**, de miembro de la colectividad:
- **La que resulta de su calidad de propietario lindero** con una dependencia del dominio público.

La situación de dichos usuarios es idéntica a la de cualquier otro miembro de la colectividad que se limita a utilizar la vía o cosa pública; en ese orden de ideas, dicho propietario lindero continúa siendo un usuario "anónimo". La "individualización" sólo se refiere y se vincula a su carácter de propietario de un inmueble lindero con una dependencia del dominio público; pero esto nada tiene que ver con el "uso común" que se ejercita sobre este último. En este supuesto, sólo se trata de la relación entre la propiedad privada y el dominio público.

El sujeto del uso común es la colectividad, no el individuo. Este sólo practica el uso en su calidad de miembro de la colectividad. Pero puede suceder respecto al ejercicio del uso común, que se afecte, no la colectividad, sino la facultad de un individuo en particular, lo cual solo tiene importancia en cuanto a la existencia o no de medios de tutela o protección.

De lo expuesto podemos deducir que, el destinatario del uso común de los bienes públicos es la colectividad, no el individuo, razón por la cual, el usuario no es específico, sino genérico, excluyéndose toda individualización; todo lo contrario ocurre con el uso especial o privativo, donde el público usuario es específico, y es individualizado.

Naturaleza Jurídica del Uso Común

En cuanto a la naturaleza jurídica del uso común de los bienes del dominio público, hay varias doctrinas:

- La que considera el uso común como ejercicio de un derecho real de los particulares. Teoría hoy en desuso.
- La que incluye el uso común entre los derechos individuales que tienen por objeto la prestación de utilidad o de servicios por parte del estado: los bienes públicos representan el medio con que el Estado provee los servicios públicos, por ejemplo, la vialidad..
- La que considera el uso común como ejercicio de una facultad que forma parte integrante de la esfera de libertad (la que incluye varias prerrogativas individuales, como la libertad individual, el derecho a la vida, etc.) que constitucionalmente le corresponde a los hombres.

El uso común nos pone en presencia de atributos naturales del individuo, de potestades inherentes a la personalidad humana (el derecho a beber, a bañarse y a lavar la ropa en aguas públicas). Esta potestad de ejercitar usos comunes siempre se presupone. Es un derecho preexistente al Estado, innato en el individuo.

En cuanto al carácter del uso común, respecto a cual es su naturaleza jurídica, si es un derecho subjetivo, un interés legítimo o un interés simple, existen opiniones encontradas entre los diversos autores.

Guicciardi, refiriéndose a la naturaleza jurídica de la facultad de los particulares para ejercitar usos comunes, acepta conjuntamente las teorías que consideran a dicha facultad como *interés cívico corporativo* y como *derecho de libertad individual*. Todo lo hace depender del aspecto o momento que se considere de suerte que para él una teoría complementa a la otra. En uno de esos aspectos la facultad del particular reviste para él carácter de "*interés cívico corporativo*" y en otro aspecto reviste carácter de "*derecho de libertad individual*".

Para dicho autor, en todo lo vinculado a la afectación y a la desafectación de los bienes públicos, la actividad del Estado se realiza en interés "general de la colectividad"; mientras que en todo lo relacionado con la protección del uso que los particulares ejercitan sobre los bienes públicos, en tanto dure su afectación, la actividad del Estado se realiza en interés "individual de cada componente de la misma colectividad. De ahí deduce que en todo lo atinente a la afectación y desafectación del bien al uso público, el particular sólo tiene un interés cívico, corporativo, que al no estar individualizado en un sujeto determinado y al no contar con una protección directa, constituye un "interés simple"; en lo atinente al uso del bien una vez que éste se encuentre afectado al uso público, el particular tiene un "derecho subjetivo". Alessi sigue la teoría de Guicciardi en cuanto éste, para el análisis o estudio de la cuestión, distingue dos aspectos o momentos:

- El vinculado a la afectación y a la desafectación de los bienes públicos.
- El relacionado con la protección del uso que los particulares ejercitan sobre dichos bienes.

Pero se aparta de Guicciardi en cuanto a la naturaleza de la potestad que al respecto le compete al particular; para Alessi, en los dos supuestos, el administrado sólo tiene un interés simple", salvo que la medida, o acto lesione su derecho a la libertad (pone como ejemplo el derecho de locomoción o de trasladarse de un lugar a otro). En nuestro país, la protección de esto último se lograría mediante la alegación de inconstitucionalidad.

En cuanto a la protección del usuario respecto al uso común, Guicciardi sustenta un criterio armónico con su concepto sobre la naturaleza jurídica de esa facultad de uso. Así, en materia de afectación y desafectación de los bienes al dominio público, por sólo existir al respecto un "interés simple" a favor del particular, éste carece de medios jurídicos de defensa, excepto los recursos inherentes al control administrativo. En cambio, dice, los particulares tienen una protección más completa y más amplia en lo atinente a la otra facultad jurídica, es decir acerca del ejercicio de su derecho de libertad en la circulación sobre los bienes públicos, existiendo al respecto normas de carácter preventivo y represivo.

Para otros autores, la teoría de Guicciardi es inaceptable, porque consideran que el uso común no sólo puede

consistir en la "circulación" sobre los bienes públicos, sino en muchas otras actividades extrañas a la circulación o tránsito. Dicho autor se particulariza y se concreta a la "circulación" Y a ella refiere los medios de protección de que habla.

Guicciardi parte del concepto que considera que todo lo vinculado a la afectación y a la desafectación de los bienes públicos constituye una actividad que el Estado realiza en interés "general de la colectividad", mientras que todo lo relacionado con la protección del uso que los particulares ejercitan sobre los bienes públicos, constituye una actividad que el Estado realiza en interés "individual de cada componente de la misma colectividad".

Pero según otros autores, en ambos supuestos la actividad del Estado es del mismo tipo: se realiza en interés "general de la colectividad", es decir, en ningún caso al particular se lo considera "individualmente", sino como miembro de la colectividad; las ventajas que en este orden de ideas recibe el "individuo" le corresponden como miembro de la colectividad. En ambas hipótesis el usuario permanece "no individualizado". El sujeto del uso común es la colectividad, no el individuo; igualmente el destinatario del uso común es la colectividad, no el individuo. La colectividad realiza dicho uso a través de los individuos que la constituyen, resultando que el beneficio que la colectividad recibe mediante el uso común de los bienes públicos se logra a través de los individuos que la integran. Y no podía ser de otra suerte, ya que la colectividad no es otra cosa que un conjunto de individuos; si se prescinde de estos últimos, el concepto "colectividad" queda vacío y pierde todo sentido. Siempre se está en presencia de usuarios no individualizados. De manera que no es acertado decir que en todo lo atinente a la protección del uso que los particulares ejercitan sobre los bienes públicos, la actividad del Estado se realiza en interés individual de cada componente de la colectividad; la protección se refiere a la colectividad, a efectos de que sus integrantes ejerciten ese uso común. Esta protección beneficia a los individuos.

Si se prescinde de los individuos que la componen resulta inconcebible la noción de "colectividad". Si a una colectividad se le sustraen los individuos que la forman, nada queda de ella. Si se prescinde de los individuos que la integran, la noción de colectividad se reduce a nada.

En los dos supuestos contemplados por Guicciardi –afectación y desafectación de los bienes públicos y protección del uso que sobre ellos ejerciten los particulares– la naturaleza jurídica de la facultad o prerrogativa que a éstos pueda corresponderles es la misma, pues en ambos casos el usuario es "indeterminado", "anónimo", "no individualizado", circunstancia que impide la existencia de un derecho subjetivo o de un interés legítimo a su favor. Pero, nada de esto obsta a que el particular que ejercita "usos comunes" disponga de medios jurídicos de defensa, aun en el supuesto de actos provenientes del Estado, si éstos vulneran una garantía esencial establecida en forma expresa o implícita por la Constitución.

Lo atinente a la índole de la facultad que tendría el usuario para obtener que la Administración Pública afecte un bien al dominio público o para impedir que lo desafecte, constituye una materia, si bien interesante, ajena a la del uso común propiamente dicho. Mientras la "afectación" no haya tenido lugar, no puede hablarse de ejercicio del uso común sobre el dominio público, porque en tal supuesto el bien del dominio público aún no existe; correlativamente, una vez producida la "desafectación", tampoco puede hablarse de ejercicio del uso común, porque entonces el bien del dominio público ha dejado de existir. En estos casos ya no se trataría de cuestiones directamente relacionadas con el uso común, sino de la atribución que puedan o no tener los administrados para obligar a la Administración a afectar un bien al dominio público o para impedir que lo desafecte. El problema del uso común, propiamente dicho, es otro: sólo comienza y existe cuando el respectivo bien ha sido afectado al dominio público y mientras dure su afectación: presupone la existencia" de un bien afectado al uso público. Pero todo lo vinculado a la afectación y a la desafectación de los bienes públicos es ajeno al ejercicio del "uso común" que sobre ellos pueda realizarse. Cuando se habla de ejercicio del "uso común se parte de la "existencia" del respectivo bien público, pues no es concebible "usar" una cosa que aún no existe o que ha dejado de existir.

La cuestión que se considera consiste en saber cuál es la naturaleza jurídica del uso común que los administrados ejercen sobre los bienes públicos, a fin de determinar qué medios tendría el particular o administrado para protegerse en el supuesto de que la potestad de ejercitar dichos usos fuese desconocida o atacada, sea por el Estado mismo o por otros particulares.

Por lo tanto, la naturaleza jurídica del uso común es la potestad que puede ser ejercida por todos los hombres, por su sola condición de tales –"*cuivis de populo*"–, sin distinción entre nacionales v extranjeros, y en cuyo ejercicio el usuario permanece siempre anónimo, indeterminado, no individualizado.. Esto Perfila, el mero "interés simple", por el que debe entenderse ese interés vago e impreciso, no individualizado, perteneciente a cualquiera – no reconocido ni tutelado en modo directo por el ordenamiento jurídico –, relativo al buen funcionamiento de la Administración. El uso común constituye, pues, un "interés simple".

En general, el uso de los bienes dominicales, el uso común puede ser gratuito u oneroso.

Si bien generalmente el uso común es gratuito, puede no serlo. Así, por ejemplo, aunque el uso de las vías públicas por regla general es "gratuito", nada obsta al establecimiento de un peaje a su respecto.

Como lo recuerda Rolland, hay museos donde no es permitido entrar sino pagando. Lo mismo ocurre con ciertos paseos públicos, como jardines botánicos o zoológicos, donde sólo se permite el acceso mediante el pago de una suma.

Más aún: con relación a una misma dependencia dominical – verbigracia, jardines zoológicos –, se registran casos donde el sistema de la gratuidad y el de la onerosidad se sucedieron o alternaron, habiendo imperado en ciertas épocas el sistema de la onerosidad y en otras el de la gratuidad, y viceversa.

Pero la onerosidad del uso común debe surgir de un texto legal, o hallarse autorizada por éste, lo cual obedece a la índole de dicho uso: potestad que, si bien implica un mero interés simple", integra la esfera de libertad del individuo.

Villegas Basavilbaso sostiene una idea concordante a la expresada en el texto: afirma que el uso común no constituye un "derecho subjetivo" ni un interés legítimo", por el contrario, el uso común constituye un "interés simple".

Pero la onerosidad del uso común debe surgir de un texto legal, o hallarse autorizada por éste, lo cual corresponde a la índole de dicho uso: potestad que implica un mero interés simple, y además integra la esfera de libertad del individuo.

El uso común, como toda otra prerrogativa, hállese sometido al poder de policía o poder reglamentario del Estado. La policía de la cosa es el único límite puesto al individuo para el ejercicio de los usos comunes.

Esas disposiciones reglamentarias no tienen necesidad de apoyarse en un texto legal expreso. El poder para dictarlas surge de la competencia general de la Administración como encargada de la conservación o custodia del dominio público. Se trata de una manifestación particular o específica del poder de policía general sobre el dominio público.

Según Jéze, la reglamentación del uso común puede consistir:

1º) En medidas de policía general. Ejemplo: prohibición de pasar por la parte de una calle donde esté amenazada la seguridad pública.

2º) En medidas que tiendan a la conservación del bien. Ejemplo: prohibición de circular en una carretera durante los días de deshielo.

3º) En medidas tendientes a facilitar que todos usen cómodamente la dependencia dominical, y a impedir que determinadas personas realicen un uso anormal incomodo para los demás. Ejemplo: reglamentación de la velocidad de los vehículos, de los cortejos, procesiones, etcétera.

4º) En medidas destinadas a facilitar el funcionamiento de un servicio público. Ejemplo: prohibición transitoria de circular por determinada calle, porque ello obstaculizaría la actuación de los bomberos en la extinción de un incendio.

En la reglamentación del uso común sigue imperando el principio constitucional de la igualdad ante la ley, no debiéndose autorizar a unos lo que, en iguales circunstancias, se priva a otros. Esto es así porque, como bien se dijo, la potestad de ejercitar usos comunes tiene, para todos los individuos, el mismo contenido.

Existen otros habitantes además de los usuarios anónimos, indeterminados, no individualizados, que en su carácter de simples habitantes ejercitan "usos comunes", que revisten una doble calidad: la de usuarios anónimos, como la ya expresada, y la de propietarios de inmuebles linderos con dependencias del dominio público, lo que, con relación a estas dependencias, les otorga ciertas prerrogativas de las cuales no disfrutaban los usuarios anónimos. Se trata de los llamados colindantes con dependencias del dominio público, es decir, frentistas y ribereños, los que ejercen con relación a la cosa pública diversas facultades: acceso a sus propiedades; luces y vistas sobre la dependencia dominical; utilización de las aguas de un curso de agua para beber, bañarse, lavar ropa y pescar; desagües de aguas servidas; desagües pluviales de los techos; etcétera.

Esta situación de los colindantes hace surgir una serie de preguntas: ¿Cuál es la naturaleza jurídica del poder de esos colindantes respecto al uso de la dependencia dominical? ¿En qué situación se encuentran frente a la desafectación de la cosa dominical, frente a daños ocasionados a su heredad por trabajos públicos y frente al ejercicio del poder de policía en cuanto éste se vincule con la respectiva dependencia del dominio público?

En relación a este tema se han expuesto sucesivamente tres teorías:

1º Teoría: le asignaba carácter de *servidumbre* sobre el dominio público, estimando equivocados a los autores que sólo veían en esto actos de simple tolerancia, considerando que el derecho de servidumbre resultaba de la naturaleza misma de las cosas. Luego agregó: todo propietario colindante que obtiene su línea de construcción se encuentra por eso mismo, y necesariamente, autorizado para exigir a título de servidumbre el uso de los expresados derechos. El que quiere edificar una casa no entiende ciertamente hacer una construcción que un día no sea para él más que un oscuro calabozo sin puertas y sin ventanas. Hay ahí un verdadero contrato constitutivo del derecho de servidumbre. Pero otros autores rechazaron la idea de que aquí estuviésemos en presencia de una servidumbre.

Otros autores no comparten esta teoría ya que nuestro derecho no admite servidumbres sobre el dominio público (artículo 3002 del Código Civil), ya que antes que al otorgamiento de un derecho sobre la dependencia dominical, dicha línea de edificación se vincula al *alineamiento* de las vías públicas urbanas.

2ª Teoría: Esta hacía derivar el derecho del colindante al uso de la dependencia del dominio público, de una "convención tácita" celebrada entre el colindante y el Estado, bajo la garantía de la fe pública. "Desde el momento en que se abre la calle –dicen Baudry Lacantinerie et Chauveau–, hay como una oferta hecha a los frentistas para que construyan, para que abran vistas, para que utilicen la vía pública conforme a su destino, con el compromiso sobrentendido de que los frentistas no podrán ser privados sin indemnización de las ventajas adquiridas. Esta policitación y esta garantía se encuentran por así decir renovadas y consagradas, de modo expreso y especial, cuando la línea de edificación es dada a los frentistas. Esta tesis ha sido abandonada, pues aparte de ser arbitraria, por reposar en meras suposiciones, es de advertir que, en principio general, la existencia de contratos tácitos no condice con el derecho administrativo. Se ha dicho acertadamente que la actividad jurídica de la Administración Pública es formal.

La doctrina moderna, desechando las dos teorías citadas precedentemente, ha expuesto y aceptado una tercer teoría, compartida por la mayoría de los autores:

No se trata ni de una servidumbre, ni de una convención tácita. Esa potestad de los referidos colindantes no tiene una naturaleza jurídica diferente a la de las personas que no revistan calidad de colindantes. La diferencia entre la potestad de aquéllos y la de éstas es de hecho y no de derecho, diferencia de "hecho" que deriva de la situación de la respectiva finca. Los "Derechos" de los colindantes con vías públicas, con cursos de agua, con el mar (acceso, vistas, luces, derramamiento de aguas, extracción, de agua para beber, pesca, etc.), no implican otra cosa que modos de utilización del dominio público por una categoría particular de usuarios: los expresados colindantes; vale decir, esos "derechos" o "facultades" no constituyen otra cosa que el poder de servirse de la cosa pública conforme a su destino. Pero al respecto el poder de los colindantes no constituye un derecho subjetivo. En principio, ese poder o facultad es de la misma esencia que la potestad de uso común correspondiente a cualquier otro habitante. Como bien se ha dicho, el frentista o ribereño no tiene un mejor derecho, sino mayor interés, económico en el uso público que la mayoría de sus conciudadanos: dada la situación de sus heredades, la utilización de las dependencias dominicales por los colindantes es permanente y no accidental. Desde luego, tales "poderes" o "facultades" de los frentistas y ribereños, son de naturaleza administrativa exclusivamente, y no civil.

La verdadera situación jurídica de los propietarios colindantes con dependencias dominicales ha sido claramente expuesta por Jéze, en los siguientes términos: "El derecho de los propietarios de inmuebles linderos con vías públicas no tiene una naturaleza jurídica diferente del de las personas no propietarias. Hay una diferencia de hecho y no diferencia de derecho. El individuo que tiene una bicicleta, un caballo, un vehículo, un automóvil, de hecho, se beneficia del uso de la vía pública más que los otros individuos; en derecho no hay un poder de naturaleza jurídica diferente. Unos y otros no hacen más que ejercitar su libre actividad sobre la cosa pública. Es lo mismo respecto al propietario de inmuebles linderos con la vía pública; los "derechos" de acceso, de vista, de derramamiento de aguas, etc., no son otra cosa que el poder de servirse de la cosa pública conforme a su destino. Es decir que, los ribereños de una calle pública, de la ribera del mar, en lo que respecta al llamado derecho de acceso, de vista, (le desagüe, etc., no son más que los usuarios del servicio público. No tienen "derecho" verdadero, ni real ni personal. Su situación es la de todos los usuarios de un servicio público, aunque debe tenerse en cuenta, que no siempre el dominio público es el elemento de funcionamiento de un servicio público.

Pero a pesar de la identidad "substancial, considerado como prerrogativa jurídica, y a los efectos de su eventual protección jurídica, entre el poder de los habitantes en general para realizar usos comunes, y el poder de los propietarios linderos para utilizar la dependencia dominical, hay una diferencia. Los propietarios linderos no sólo son portadores de un "interés simple" respecto al uso común de los bienes dominicales, como la generalidad de los habitantes, sino, además, de un "interés legítimo", que es lo que ocurre toda vez que una persona, como en el supuesto de los expresados colindantes, al interés que pueda corresponderle como miembro de la colectividad, agrega un interés personal y directo ("interés calificado"). Sin perjuicio de que respecto al uso de la dependencia pública, haya una identidad substancial entre el poder de los propietarios colindantes y el de quienes no reúnan dicha calidad, ese "interés legítimo" da como resultado que los propietarios linderos, (contrariamente a quienes no lo sean) estén habilitados para ejercer recursos o acciones (según lo disponga el ordenamiento jurídico aplicable), para impugnar actos administrativos que, ilegítimamente, y con referencia a la respectiva dependencia dominical, les produzcan una lesión o daño "jurídico"; es lo que sucedería, por ejemplo, frente a una desafectación "ilegítima" de la vía pública. Desde luego, frente a un acto administrativo de desafectación que no adolezca de vicios, el frentista o el ribereño carecerán de todo recurso o acción para impugnarlo, pues al respecto, no tienen derecho subjetivo alguno, sin perjuicio de la acción de tipo resarcitorio que puedan deducir como consecuencia de su calidad especial de colindantes.

En el supuesto de desafectación de la dependencia dominical, los colindantes tienen derecho a ser indemnizados si aquélla les causa un daño cierto, lo cual ocurrirá cuando, como consecuencia de la

desafectación, se vean privados del acceso a sus fincas, de las luces, etc. En todos los supuestos en que proceda la indemnización ésta requiere un "daño" efectivo causado a la *heredad colindante*. La generalidad de los autores acepta en estos casos la procedencia de esa indemnización; sólo hay disidencias respecto a su fundamento, pues en cuanto a éste, se invoca al efecto un "derecho de servidumbre" sobre la dependencia pública a favor del colindante o una "convención tácita" que le atribuía al mismo el derecho de usar la cosa dominical; pero ambas teorías hoy están totalmente abandonadas.

Como bien se ha dicho, para los propietarios colindantes con dependencias dominicales –ya se trate de la colindancia con una calle, con un río, etc– "su situación ventajosa forma parte de su patrimonio". El frentista se halla en una relación particular respecto a la parte de calle con que limita. El acceso y las otras ventajas que la calle proporciona a su edificio en virtud del uso de todos, forma una parte de la consistencia jurídica de esta porción de su fortuna. Si la casa es privada de la calle, ello constituye un atentado a dicha consistencia, disminuyendo su valor". Con referencia a las propiedades linderas con calles, dice Bibiloni: "El precio de adquisición se ha determinado por el hecho de dar sobre la vía pública". Todas esas apreciaciones son exactas, pues también aquí es de aplicación aquello de que tiene más valor una propiedad bien situada que una mal ubicada.

La desafectación, al privarles a las fincas linderas con la vía pública del acceso, de las luces, etc., de que antes gozaban, produce un "daño" correlativo: una disminución de valor. No es igual el valor de una casa con frente a una calle pública, que le proporciona cómodo acceso y adecuadas luces, que el valor que pueda tener esa misma casa privada de ese acceso y de esas luces.

La privación del acceso y de las luces disminuye la consistencia jurídica de la propiedad, con el consiguiente menoscabo patrimonial de su titular. Ello es obvio y fácilmente comprensible. Ese "perjuicio" sufrido por el propietario colindante que se ve privado del acceso a su finca y de las luces, constituye un "beneficio" que a su costa, y a través de la desafectación, recibe la colectividad, pues debe presumirse que si el Estado realiza la desafectación es porque ello conviene al interés general; si así no fuere, la desafectación sería inconcebible, ya que toda la actividad de la Administración Pública debe tender a satisfacer los intereses generales: *sacrificio de un interés particular en beneficio público*.

Siendo así, el fundamento de la acción resarcitoria correspondiente a esos propietarios colindantes, no es otro que el conjunto de "principios constitucionales sobre expropiación por causa de utilidad pública, pues dicha indemnización se impone como garantía de la inviolabilidad de la propiedad. Lo que la Constitución establece respecto a indemnización en materia de expropiación, constituye un principio general de derecho, aplicable a todas las hipótesis en que un derecho patrimonial cede por razones de interés público.

En otras legislaciones la protección del derecho de los colindantes para el supuesto de desafectación, está regulado en forma distinta a lo que ocurre entre nosotros: aparte del derecho a ser indemnizados, les reconocen a los frentistas un derecho de preferencia a la adquisición del terreno que antes constituía la vía pública.

Bibiloni, en su Anteproyecto, incluía una norma en cuyo mérito, en caso de desafectación, quedaban a salvo los derechos de los colindantes con calles, plazas y caminos. Pero la Comisión de Reforma del Código Civil no siguió ese temperamento, criterio acertado según algunos autores, pues esta materia no corresponde al derecho privado civil, sino al derecho público administrativo.

En el supuesto en que el colindante sufre un perjuicio en su propiedad, en su patrimonio, con motivo de trabajos públicos, hay uniformidad de criterios en la doctrina acerca de su derecho a ser indemnizado.

Tales trabajos públicos pueden determinar un cambio o alteración del nivel de la propiedad colindante con relación a la vía pública. El menoscabo que el frentista reciba en su patrimonio a raíz de ese cambio de nivel, le otorga derecho a ser resarcido.

Si bien el poder de policía sobre las dependencias del dominio público se hace extensivo no sólo a los que usan las cosas dominicales en su calidad de simples habitantes, sino también a quienes las usan en su calidad de frentistas, es de advertir que respecto a estos últimos las correspondientes prerrogativas de la Administración Pública son menos intensas que con relación a los habitantes en general.

El hecho mismo de que los propietarios frentistas necesiten utilizar las vías públicas para el acceso a sus domicilios, justifica lo dicho. Así, si por cualquier circunstancia del momento las autoridades públicas prohibieren el tránsito por una determinada calle, la prohibición no debe alcanzar a quienes deban o deseen transitar por esa vía al solo efecto de regresar a sus domicilios.

El derecho de regresar a su domicilio, a su hogar, es inherente e inseparable de la personalidad humana, En virtud de ello, no habiendo una gravísima razón que aconseje lo contrario, las autoridades públicas, al ejercer sus poderes de policía –ya se trate del poder general de policía o de la policía especial sobre el dominio público–, deben detenerse ante aquel derecho esencial, respetándolo. Los empleados o agentes encargados de hacer efectiva la prohibición de transitar por la calle en cuestión, deben ser advertidos de que la prohibición no reza para los moradores de las fincas colindantes.

El derecho de regresar al domicilio, para penetrar en él, es un corolario de la inviolabilidad establecida en la Constitución. De ahí lo restringido y limitado de toda medida de policía que tienda a impedir el ejercicio de tal derecho.

Uso Especial

Uso "especial" es el que únicamente pueden realizar aquellas personas que hayan adquirido la respectiva facultad conforme al ordenamiento jurídico correspondiente. No es un uso "general" de la colectividad, como el uso "común", sino un uso "privativo", "exclusivo", que ejercen personas "determinadas". Contrariamente al uso "común", no se trata de una potestad correspondiente al hombre por su sola calidad de tal. El uso "especial", al contrario de lo que ocurre con el uso "común", no tiene por objeto, principal e inmediato, satisfacer necesidades físicas indispensables para la vida misma, ni permitir el desarrollo de la personalidad humana con referencia al ámbito de la libertad, sino aumentar la esfera de acción y el poderío económico del individuo.

Entre los diversos usos «especiales» del dominio público pueden mencionarse:

a) La derivación de aguas para irrigación, para usos industriales y, en ciertos supuestos, para abastecimiento de poblaciones. El abastecimiento de agua para consumo de poblaciones, por principio general, constituye un mero "servicio público"; excepcionalmente puede constituir, además, un uso "especial" del dominio público. Lo primero ocurre siempre que el Estado ejercita directamente esa actividad, abasteciendo de agua a los pueblos para uso de sus habitantes. Como la regulación del uso de los bienes públicos está a cargo del Estado –ya sea que a éste se lo considere como titular del dominio público o como gestor de los intereses del pueblo, que entonces sería el verdadero sujeto de dicho dominio–, para la prestación de ese servicio público el Estado no necesita obtener "concesión" alguna a efectos de disponer de las aguas. Se sirve de ellas simplemente. Estamos, pues, en presencia de un mero "servicio público" prestado directamente por el Estado.

Pero el "abastecimiento de agua para el consumo de poblaciones", según el ordenamiento jurídico que se considere, puede también ser prestado por un concesionario, sea éste una entidad autárquica o una empresa privada. En tal hipótesis, al concesionario –máxime si éste fuese una empresa privada– podría otorgársele una concesión de uso de aguas del dominio público para que, en base a ella, preste el servicio público de abastecimiento de agua a la población. Un mismo sujeto, simultáneamente, aparecería como titular de dos concesiones: de servicio público y de uso del dominio público. Es el criterio de la ley de aguas de España, artículo 169, y el seguido por el proyecto de Código de aguas para Mendoza, redactado en 1940, artículos 38 y 39. Es obvio que tal concesión para derivar aguas destinadas al abastecimiento de poblaciones constituye un

uso "especial" del dominio público. Mediante esa concesión (máxime tratándose de una "empresa privada") el concesionario tiende evidentemente a aumentar su esfera de acción y su poderío económico, rasgo éste que, aparte de otros, contribuye a diferenciar el uso "especial" del uso "común". El titular de la concesión, el adquirente del uso "especial", es dicho concesionario, no los consumidores del agua, quienes se limitan a utilizar un servicio público. Por eso, en este caso, el abastecimiento de agua para poblaciones constituye o representa un uso "especial" del dominio público, sin perjuicio de aparejar, además, una concesión de servicio público. La concesión de uso del dominio público, otorgada para prestar en base a ella un servicio público, no constituye un servicio público –y menos una concesión de esta última especie –, sino tan sólo una actividad de organización de esos servicios.

b) La utilización del agua para fuerza motriz.

c) La instalación de quioscos en dependencias del dominio público para venta de diarios, revistas, comestibles, etcétera.

d) La utilización de las playas con toldos, sombrillas o casillas para uso de los bañistas.

e) La utilización de las aceras por los Propietarios de cafés y confiterías con mesas y sillas para servicio de su clientela.

f) El estacionamiento temporario de vehículos autorizados a personas determinadas y en sitios determinados. El estacionamiento momentáneo o accidental constituye un uso común".

g) La instalación de tirovivos en dependencias del dominio público.

h) Las inhumaciones o enterramientos en cementerios públicos –ya se trate de sepulturas efectuadas en la tierra misma, en nichos o en sepulcros–, excepto los realizados en fosas u osarios "comunes. Los enterramientos o inhumaciones constituyen un uso "especial" del dominio público. Con estas utilidades no se satisfacen, ciertamente, necesidades físicas indispensables para la vida misma –rasgo propio del uso común–. sino altas delicadas exigencias del espíritu: el culto de los muertos que si bien no incide en el poderío económico del individuo (rasgo propio del uso especial) sí repercute en la "esfera de acción" del hombre, cuya labor diaria exige como base el sosiego o paz de su espíritu, que entre otras cosas se logra a través del culto a los muertos satisfactoriamente rendido.

i) La instalación de toldos en el frente de edificios, ocupando parte del espacio aéreo sobre las aceras.

j) La ocupación del espacio aéreo en vías públicas con voladizos o partes salientes de los edificios.

k) La exhibición y venta de objetos en las a personas determinadas y en lugares determinados.

El sujeto del uso "especial".

El sujeto del dominio público es el "pueblo, pero solo los usos "comunes" integran el contenido del derecho perteneciente al "pueblo" como titular de esos bienes. Respecto a los usos especiales", éstos no tienen un titular determinado a priori": su eventual titular puede ser cualquier miembro de la "comunidad" –constituida por nativos y extranjeros– a quien se le otorgue el respectivo derecho, lo cual depende del régimen legal o administrativo imperante.

De manera que, contrariamente a lo que acaece con los usos comunes", el destinatario de los usos "especiales" –privativos o exclusivos– no es "genérico", constituido por todo el público, sino "específico", representado y compuesto exclusivamente por los titulares de los correspondientes derechos otorgados por el Estado, lo que entonces siempre permite individualizar al usuario.

La adquisición del derecho de uso "especial" o "privativo" de los bienes del dominio público requiere indispensablemente un acto expreso del Estado, en cuyo mérito ese derecho resulte otorgado o reconocido.

El uso especial podrá, pues, ser adquirido por cualesquiera de los medios que al efecto establezca o reconozca el ordenamiento jurídico vigente en el respectivo lugar o país.

Teóricamente, esos medios son tres: el permiso, la concesión y la prescripción.

Los administrados o particulares, para realizar usos "especiales" o "privativos" del dominio público, requieren una autorización expresa o un reconocimiento de parte del Estado. Sólo los usos "comunes" integran el contenido del derecho perteneciente al "pueblo" como titular del dominio público. En tal virtud, el pueblo, como sujeto del dominio público, puede utilizar libremente los bienes que lo constituyan, en tanto se trate de realizar usos "comunes" o "generales". Tratándose de efectuar usos "especiales", "exclusivos", "privativos" o "diferenciales", los habitantes del país ya no actúan como "pueblo sino a título individual, como terceros, siendo por ello que no pueden utilizar los bienes públicos sin autorización especial del Estado. Este uso "especial" excede del que les corresponde a los habitantes en su calidad de titulares del dominio público.

El "uso especial" del dominio público no debe asimilarse o identificarse al "servicio público". Son conceptos fundamentalmente distintos, aunque en determinados casos ambas figuras jurídicas puedan coincidir o coexistir,

Así, por ejemplo, el permisionario o concesionario de una parte de playa marítima para instalar en ella casillas de baño, toldos o sombrillas, para uso de los bañistas, no utiliza servicio público alguno, pues ahí técnicamente falta toda actividad, acción o prestación, de parte del Estado, que se limita a otorgar un permiso o una concesión para un objeto determinado. Sólo hay ahí un uso especial de una dependencia dominical. La actividad que el Estado desarrolle en ejercicio del poder de policía sobre el dominio público, en este caso sobre el dominio marítimo, no constituye prestación de un servicio público, sino meras medidas de control. No es posible confundir el ejercicio del poder de policía con la prestación de un servicio público.

A veces el "uso especial" y el "servicio público" coexisten; así ocurriría, por ejemplo, cuando al propietario de un café o confitería se le otorgase un "permiso" para utilizar la acera con mesas y sillas en beneficio de su clientela. En ese supuesto, aparte de uso especial del dominio público, hay utilización de los servicios públicos municipales que mantienen la calle en buen estado y permiten su utilización para los fines del "permiso" otorgado. Pero en tales hipótesis no hay por qué asimilar o identificar situaciones esencialmente distintas entre sí. El intérprete debe diferenciar las dos figuras jurídicas concurrentes.

Existen supuestos en los cuales hay una diferencia entre "dominio público" y "servicio público", pero debe tenerse en cuenta, que no todo uso del dominio público implica un servicio público, inversamente, hay supuestos en que un determinado uso de la dependencia del dominio público, por principio general, constituye un mero servicio público, y que, por excepción, puede constituir, además, un uso especial de la respectiva dependencia dominical.

Si bien las dependencias dominicales, en su estructura física o material, son entre sí heterogéneas o diversas, el régimen jurídico que la disciplina es "único": no hay tantos regímenes como categorías de bienes integrantes del dominio público. Dicho régimen es uno solo, es único. La índole del bien sólo podrá determinar una diferente aplicación de los principios constitutivos de ese régimen. Pero los "principios" son siempre los mismos. Todos los bienes del dominio público tienen el mismo régimen jurídico esencial, si bien adaptado a sus respectivas modalidades particulares. Así, a pesar de que un río y un cementerio son bienes materialmente distintos en su estructura o composición, la concesión de uso de las aguas del río y la concesión de uso otorgada en el cementerio se rigen por los mismos principios básicos; del mismo modo, la protección jurídica del derecho emergente de una concesión de sepultura, se, rige por análogos principios que la protección del derecho emergente de una concesión de agua para irrigación, etc. Algunos autores,

impresionados por el hecho aparente de la diversa índole del bien, han pretendido equivocadamente la existencia de principios propios y especiales para determinados bienes, como ocurrió en materia de cementerios, olvidando que éstos son bienes dominicales como cualquiera de los otros que integran el dominio público.

No es necesario estudiar separada o aisladamente los usos especiales otorgados, sea bajo forma de permiso o de concesión, respecto a cada una de las distintas dependencias del dominio público, pues todos esos usos especiales –cualquiera sea la dependencia dominical de que se trate– se rigen por los mismos principios básicos. Las modalidades especiales que en cada caso se introduzcan obedeciendo a la índole de la dependencia pública, no alteran lo expuesto, del mismo modo que en derecho privado las particularidades de cada contrato no alteran los principios esenciales de la pertinente teoría general.

En el otorgamiento de derechos especiales o privativos de uso –y, en general, en todo lo atinente a la regulación del uso de los bienes dominicales– el Estado actúa como persona como poder público. Se trata de una función *típicamente* estatal.

En cuanto a las locuciones dominio público y dominio privado del Estado, un autor dijo que la distinción clásica entre el Estado poder público y el Estado persona jurídica debió contribuir a esa nueva terminología; el Estado –agregó– posee bienes en virtud de dos títulos diferentes: como poder público y a título privado. Los primeros formarían el dominio público; los otros el dominio privado.

En concordancia con lo expresado acerca del carácter con que, en estos supuestos, actúa el Estado, en ese orden de ideas, la diferencia entre dominio público y dominio privado del Estado es un reflejo de la distinción entre derecho público y derecho privado. Las normas que regulan el dominio público, en su vinculación con los particulares, y las que regulan el dominio privado del Estado, también en dicha vinculación, mantienen la diferencia esencial entre derecho público y derecho privado: normas de subordinación en lo atinente al dominio público y de coordinación en lo referente al dominio privado.

Por lo tanto, el derecho que sobre el dominio público le corresponde a su titular, constituye una "propiedad", pero no una propiedad común u ordinaria, regida por el derecho privado, sino una propiedad de derecho público, una "propiedad pública". Ello incide en el "régimen jurídico" del dominio público, transmitiéndole su esencia.

El Estado, en todo lo atinente a la regulación del uso de los bienes dominicales, actúa como persona de derecho público, como poder público.

Bibliografías.

- TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Gordillo Agustín .
- TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Marienhoff.
- DERECHO ADMINISTRATIVO". Dromi Roberto.
- DOMINIO PÚBLICO. Marienhoff.
- TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Diez.

Bielsa: Limitaciones impuestas a la propiedad.

Jeze, Les principes généraux du droit administratif. Tomo 2º, pág. 12.

Quiros y Emiliani, Derecho Administrativo, en base a las conferencias del Dr. Orma Adolfo, Tomo 2º, pág. 79.

Basavilbaso Villegas, tomo 4º, págs. 11–14.

Sánchez Viamonte, Manual de Derecho constitucional , págs. 169–170.

Basavilbaso Villegas, tomo 4º, págs. 11–14; Cavalcanti Brandao, tomo 5º, págs. 15–16; Sánchez Viamonte, Manual de Derecho constitucional , págs. 169–170. Además, véase: Nicanor de Elía, Dominio Público Nacional, págs. 16–17.

Bielsa, "Derecho Administrativo", tomo 3º, páginas 390 y 400 (quinta edición). Este autor insiste en no distinguir entre dominio natural y dominio artificial, circunstancia que le hace llegar a conclusiones equivocadas. Véanse las fundadas críticas de Villegas Basavilbaso a Bielsa en este orden de ideas (Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 305 y 342, nota). Villegas Basavilbaso acepta lo que dice Marienhoff, en su obra Dominio Público.

Manuel Ballbé, Concepto del Dominio Público, casa Editorial Bosch, Barcelona.

Manuel Ballbé, Concepto del Dominio Público, casa Editorial Bosch, Barcelona. Pág. 9.

Mayer, Tomo 3º, pág. 92

Miguel S. Marienhoff, Estudio critico y de la legislación comparada del anteproyecto del Dr. Bibiloni en materia de Derecho de aguas, pág. 31.

Miguel S. Marienhoff, Domino Público, pág. 62.

Id. id, pág. 62

Fischbach, Teoría General del Estado, págs. 19, 101, 111 y 112.

León Duguit, Traité de Droit Constitutionnel, Tomo 2º, pág. 51.

Marienhoff cit. Dominio Público, pág. 67

La realidad del pueblo no sólo es reconocida por las constituciones políticas y juristas, sino también por los sociólogos. Dice Arcienagas Germán: Dentro de la misma América en que se mueve un puñado de dictadores, hay vastas zonas luminosas. Y en todo el continente, al fondo, está el pueblo, que el día en que se exprese puede ser hoguera purificadora, o claridad. (Entre la libertad y el miedo), pág. 464. Bs. As. 1956.

Bielsa, Derecho Administrativo, Tomo 3º, pág. 114. 4º edición.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, Tomo 53, pág. 208/09, considerandos 1º y 6º.

Sayo Sayagués Enrique, Criterio de distinción entre las personas jurídicas públicas y privadas, págs. 7–22, y Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 1º, pág. 162–176.

Esas entidades no católicas pueden obtener personalidad jurídica mediante el cumplimiento de las condiciones exigidas por el art. 33, 2º parte y art. 45 del Código Civil.

Código Civil, artículo 2346.

Ejemplo: inmueble que se expropie a efectos de subdividirlos y venderlo luego en fracciones para formar una colonia. Ahí estaríamos en presencia de un bien privado que fue objeto de expropiación y que después de efectuada ésta, continua con su calidad de propiedad privada. Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 139, pág. 355/6.

Guicciardi, II Demanio, pgs. 28/9; Zanobini, tomo 4º, pág. 13, Alessi, págs. 382/31 Laubadere, pág. 738, Sandulli, pág. 295.

Rispoli, pág. 238, Diez; Dominio Público, págs. 257/8; Ballbe, págs. 9–11, Villegas Basavilbaso, Tomo 4º, págs. 106/7; Spota, Tratado de Derecho Civil, El objeto de Derecho, págs. 625 y 636.

Zanobinio, Tomo 4º, pág. 13

Marienhoff, Dominio Público, cit, pág. 83

En igual sentido: Pacelli, nº 169, pág. 183

El Código Civil, artículo 2341 de personas particulares, confirma lo dicho en el texto.

Acerca de la situación legal del extranjero en los diversos países, véase, Solar Luis Claro, Tomo 1º, nº 358.

Ballbé, pág. 19, nota 21 in fine.

El inmueble ocupado por el Jardín Botánico de la Capital, pertenece a la categoría de bienes públicos que enumera el art. 2340, inciso 7º, del Cód.Civil. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, Tomo 114, págs. 327 y 333.

Prudhon, Tomo 1º, nº 335/36, Ballbé, págs. 20–23; Alvarez Gendín, El Dominio Público, pág. 117 y ss.

Diez, Dominio Público, págs. 255–256; Spota, Tratado de Derecho de Aguas, Tomo 2º, págs. 4–5; Villegas Basavilbaso, Tomo 4º, págs. 100–102.

Foucart, Tomo 2º, nº 802; Diez, cit, pág. 256; Villegas Basavilbaso, Tomo 4º, pág. 100; Alvarez Gendín, cit, pág. 133.

Id, id.

Foucart, Tomo 2º, nº 802; Diez, cit, pág. 256; Villegas Basavilbaso, Tomo 4º, pág. 100; Alvarez Gendín, cit, pág. 123; Oda, pág. 323.

Foucart, Tomo 2º, nº 802; Villegas Basavilbaso, Tomo 4º, pág. 100; Alvarez Gendín, cit, pág. 133.

Id, id.

Villegas Basavilbaso, Tomo 4º, págs. 316–317, texto y nota.

Foucart, Tomo 2º, nº 802; Rolland, págs. 450–452, Villegas Basavilbaso, Tomo 4º, págs. 181–182; Spota, Tratado de derechos Civil, El objeto del Derecho, págs. 630–631.

Foucart, Tomo 2º, nº 802; Villegas Basavilbaso, Tomo 4º, pág. 315 y 352; Huc, Tomo 4º, pág. 81.

Véanse los artículos 2327 y 2328 del Código Civil.

Similar razonamiento corresponde efectuar respecto a la energía del mar.

Marienhoff, Régimen y Legislación de las Agua Públicas y Privadas, n° 121.

Ley 14.027.

Ley 14.255.

Ley 12.665.

El Código de Italia, se refiere a las universalidad de muebles, da una noción similar a la del texto (art. 816). En igual sentido, se pronuncia Caetano, pág. 187.

Obra citada. Pág. 153–154.

Diez, "Dominio Público", página 259.

Obra citada. Pág. 114.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, Tomo 158, págs. 358–359. JA, Tomo 34, pág. 96.

Como acertadamente lo dice Villegas Basavilbaso, "En los casos desafectación de un bien al servicio público, el uso es indirecto o mediato, aunque el beneficiario pueda utilizarlo uti singuli o uti universi, Tomo 4º, pág. 182.

Acerca de la condición legal de los ferrocarriles en nuestro, derecho, véase precedentemente el n° 27, texto y nota 170.

Duguit, Traité de droit constitution tomo 3º, páginas 352–353.

D'Alessio, tomo 2º, páginas 51–52; Santi Romano, página 171; Ballbé, página 38. Además, compárese: Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 96.

Id, id.

Ballbé, págs. 41 y 45.

Villegas Basavilbaso, Tomo 4 º, pág. 401.

Ballbé, pág. 55

Manes, pág. 311 y ss.

D'Alessio, Tomo 2º, págs. 55–56.

Marienhoff, cit., Dominio Público, pág. 121.

En igual sentido: Mayer, tomo 3º, pagina 176; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 355–356; Forsthoff, páginas 498–499.

En sentido concordante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho: "cuando un camino o calle son desviados o suprimidos, el terreno desocupado pasa, ipso facto a integrar el patrimonio privado del mismo

dueño que lo poseía entre sus bienes públicos" (Fallos, tomo 146; páginas 326 y 333).

Véase Marienhoff, "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", n° 362.

En idéntico sentido: Sandulli, página 313.

Zanobini, tomo 4º, página 38; Alessi, página 404; Sandulli, página 313. Además: Vitta, tomo 1º, página 241.

Lentini, tomo 1º, página 140, n° 12.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 146, páginas 289 y 297; tomo 147, páginas 154–155 y 164–165. Además, véase otro fallo similar de dicho Tribunal, en "Jurisprudencia Argentina", tomo 22, páginas 10 y 13–14.

Vitta, tomo 1º, páginas 240–241; Forsthoff, página 498. Además: Arturo M. Bas, tomo 2º, página 311; Luis Claro Solar, tomo 6º, páginas 177–178; Raymundo M. Salvat (Parte General), n° 1499, Buenos Aires, 1931; Guillermo Varas C., página 176.

En concordancia, transcribiré las siguientes palabras del doctor Rodolfo Rivarola,: Lo que afirmo es que los artículos 2340 y 2342 del Código Civil determinan la naturaleza jurídica de las cosas, y este punto es de exclusiva legislación nacional como materia integrante del Código Civil. El Congreso, al declarar que tales o cuales cosas son bienes del dominio público, ha tenido en cuenta que la utilidad general exigía que ellos no pudieran someterse al dominio privado; ha declarado en favor de la entidad el público, un derecho superior al del Estado, o por lo menos restrictivo de éste; lo ha hecho en virtud de la facultad conferida por el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional, de dictar el Código Civil, y no hay otro poder en el orden constitucional sino el Congreso ejerciendo aquella atribución, que podría cambiar la naturaleza jurídica de los bienes del dominio público.

En el año 18,55, la provincia de Santa Fe así lo hizo respecto al río Paraná (Gualberto Escalera y Zuviría, Informe sobre la propiedad de las riberas e islas del río Paraná, páginas 33–38; Eduardo Costa, Los ríos y sus riberas, páginas 35–36).

La Provincia de Buenos Aires, en el año 1875, autorizó que se ganara una superficie de tierra en el Río de la Plata, (Ver los antecedentes que se registran en la colección de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 105, página 175).

Eduardo Costa, Los ríos y sus riberas, páginas 35, 36 y 37, e Informes de los Consejeros Legales del Poder Ejecutivo, tomo 8º, páginas 321 y 322; Manuel J. Arca, Dominio Público Provincial, páginas 36, 37, 58, 60 y 64; Clodomiro Zavalía, Derecho Federal, página 257, nota.

Dijo el Tribunal: Que la propiedad provincial sobre canales navegables y ríos, explícitamente consignada en la Constitución, habilita a las provincias para ejercer sobre las playas de los que atraviesan o limiten sus respectivos territorios, todos los derechos comprendidos en el dominio público, incluso el de transmitir a particulares en determinadas condiciones las cosas que constituyen la esfera propia de este dominio, alterando o modificando su destino, como lo han hecho en lo federa las leyes números 1257, 2414 y 2599, respecto de la playa del Río de la Plata, frente de la Capital; todo ello sin perjuicio de los poderes de la Nación para dejar sin efecto los actos de las mismas provincias o de sus causahabientes, contrarios a la libertad de la navegación o a las medidas que el Congreso haya sancionado en uso de sus atribuciones constitucionales (artículo 31, Constitución Nacional)" (Fallos, tomo 111, págs. 192–193 y 259).

Marienhoff, Bienes Públicos pág. 189, compartida por Linares Quintana, tomo 1º, página 423, y por Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 344345; en igual sentido: Masnatta, Expropiación de bienes públicos

provinciales y municipales, páginas 11–12.

Algunos autores suelen hablar de uso normal" y uso anormal" del dominio público. Entre nosotros esa distinción carece de trascendencia jurídica.

La doctrina no es muy clara ni uniforme al respecto. Bielsa dice que las cosas que componen el dominio público pueden ser usadas por todos : uti singuli , individualmente; uti universi, en su conjunto, de manera indirecta.

Trotabas menciona que esta clasificación es la más simple y comprensiva.

El poder de policía está principalmente concedido a las provincias, y sólo por excepción al Estado Federal.

Esta forma de uso de los cursos de agua representa un uso común de la respectiva dependencia del dominio público. El arrastre de troncos sueltos en el curso de agua se denomina arreo de madera o flotación salvaje, y no es frecuente en nuestro país, ya que en éste se utiliza comúnmente la jangada, donde los troncos van unidos entre si, a excepción de Ushuaia, Tierra del Fuego, en el Río Olivia, donde ésta práctica sí es frecuente.

En nuestro país, las fosas comunes datan de épocas anteriores a 1868; en ésta fecha se expidió el reglamento de cementerios de la Ciudad de Buenos Aires.

Según Ranelletti, en Giurisprudenza Italiana

Lo que se denomina clausura provisoria de caminos

Son de interés las palabras de Fleiner: Pero conforme al criterio de la Constitución del Reich y al desarrollo histórico alemán, la expropiación supone un traspaso de derechos de los ciudadanos al dominio de una empresa pública establecida para el bien público, y que precisa de estos derechos. Este principio no se aplica solamente en los casos en que esté previsto el procedimiento especial de expropiación, sino que el principio involucrado en el concepto de expropiación debe aplicarse siempre que el Estado, por virtud de, su potestad imperativa, pone a la disposición de la Administración un derecho privado o público que pertenece al ciudadano: de tal manera que la Administración Pública le priva de disfrutar este derecho individual en sus aspectos esenciales. De esta suerte se traspasan derechos individuales al dominio de la Administración Pública. Por lo tanto, resultan estos aspectos semejantes a la expropiación. De ahí se deriva para el Estado un deber de compensar también en estos casos, mediante indemnización pecuniaria, el patrimonio del particular interesado".

1

88