TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- Tomo V –

Noción de dominio público. Clasificación. Afectación y desafectación. Elementos que integran la noción de dominialidad. Régimen y caracteres jurídicos. Tutela o protección. Uso del dominio público. Permiso. Concesión. Uso adquirido por prescripción

- Marienhoff, Miguel S.-

LIBRO PRIMERO

TÍTULO PRELIMINAR - **CONSIDERACIONES GENERALES**

SUMARIO: *1692*. Dominio público y dominio privado. Distinción: fundamento de ella. - *1693*. Orígenes. Evolución histórica. Derecho romano: antiguo derecho español. - *1694*. Terminología en esta materia. Bienes o cosas públicos y bienes o cosas del dominio público. *Dominicalidad: dominialidad*. Las llamadas "tierras públicas" o fiscales. Advertencia fundamental acerca de la terminología utilizada en esta obra. - *1695*. El dominio público frente a otras instituciones jurídicas: a) el servicio público; b) la obra pública; c) el dominio eminente; d) la jurisdicción; e) el instrumento público; f) la expropiación.

1692. El presente volumen se refiere al *"dominio público"* del Estado, que difiere del *"dominio privado"* del mismo. ¿Cuál es la diferencia entre esas instituciones? ¿Qué la justifica?

La distinción entre ambos tipos de dominio es de antigua data. Ya la concibieron los romanos (1) . Pero su sistematización es obra de la doctrina del siglo pasado (2) . En nuestro Código Civil ambas categorías de bienes hállanse bien diferenciadas (artículos 2340 y 2342 , respectivamente).

Tal distinción tiene gran importancia: el régimen jurídico de ambas categorías de bienes es diferente. El dominio público es inalienable e imprescriptible, con todas las consecuencias que derivan de ello; el dominio privado del Estado hállase sujeto a las reglas ordinarias de la propiedad privada, salvo algunas modificaciones (3) . La diferencia, pues, es de *régimen jurídico* (4) .

Un autor considera que la distinción clásica entre el Estado poder público y el Estado persona jurídica debió contribuir a esa nueva terminología; el Estado -agrega- 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 (5) .

Pero ¿cuándo un bien o cosa determinado queda sometido al *régimen jurídico* del dominio público, como dependencia del mismo? Es ésta una cuestión teleológica. Para que el bien o cosa sea considerado como dependencia del dominio público, y sea sometido al *régimen* pertinente, es menester que dicho bien o cosa estén afectados al *"uso público"*, directo o indirecto, debiendo tratarse, en este "último" supuesto, de cosas afectadas *directamente* -como "bienes finales" o "bienes de uso"- a la utilidad o comodidad común, quedando excluidos de la dominialidad los bienes del Estado que revistan carácter simplemente *instrumental*. En el lugar oportuno de esta obra, volveré sobre esta cuestión (véase el nº 1723 (6)).

Si se observa la naturaleza del vínculo que puede formarse entre un particular y el Estado, respecto a dependencias del dominio público o respecto a dependencias del dominio privado del Estado, se advierte que la diferencia entre ambos tipos de dominio 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, 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.

1693. La noción de dominio público -aunque en modo alguno con los caracteres específicos que hoy lo determinan- es tan antigua como las primeras comunidades humanas. Era aquélla una noción indeterminada, lo que no es de extrañar ya que, como lo adelanté en el parágrafo que antecede, la teoría del dominio público, por obra de la doctrina científica, comenzó a gestarse en el siglo pasado.

En opinión de Mayer, el derecho de las cosas públicas debió encontrar su primera expresión jurídica en la forma social primitiva de realización de los intereses públicos, es decir, en las *comunidades rurales,* que eran asociaciones distintas a los municipios actuales. En ellas los derechos de los individuos y los de su unión se confundían, prevaleciendo unos u otros alternativamente, según los objetos. Desde luego, estas asociaciones poseían caminos, calles, plazas. Los terrenos afectados a los mismos eran comunes, no pertenecían a individuo alguno en particular, sino a la totalidad de ellos, y hallábanse destinados a la comunicación de todos. El jefe de la asociación -autoridad comunal- debía velar por el mantenimiento de esos bienes y por el buen uso que de ellos se hacía. El derecho sobre esas cosas sólo se manifestaba bajo dos formas: uso de todos y vigilancia de la autoridad (7) .

Más tarde, el nacimiento de la *ciudad* amplió el número de cosas públicas. Fuentes, mercados, lavaderos, quedaron destinados al uso de todos (8) .

Aparece luego el feudalismo. Por encima de las comunidades locales se constituye el poder de los príncipes, quienes reclaman para sí la propiedad de las cosas carentes de propietario. Los caminos, puentes y todos sus accesorios se convierten en cosas del príncipe, aunque subsiste el uso de todos (9) .

Con el advenimiento del Estado moderno, la ciencia del derecho comenzó también a ocuparse de las cosas públicas. Las reglas del derecho romano se tuvieron en cuenta en todo esto. El resultado fue una gran controversia sobre la propiedad de esas cosas (10) .

Sintéticamente expresado, tal es el origen de lo que hoy se conoce como dominio público.

Desde un principio la legislación hízose eco de esas realidades. Así lo atestiguan las viejas leyes de Roma y de España.

Pero puede afirmarse que si bien en el derecho romano aparecen "normas" relativas a bienes públicos, ya antes existían dichos bienes, aunque regidos por el derecho consuetudinario, fuente jurídica primaria en la historia del derecho y particularmente en las organizaciones primitivas (11) .

En el derecho romano, si bien lo atinente al dominio público no respondía a un criterio rigurosamente científico o técnico (12) , el legislador le dedicó numerosos textos, algunos de ellos diseminados en títulos no específicos sobre la materia. La Instituta hace referencia

al mismo en el libro 2, título 1º, al tratar de la división de las cosas ("de rerum divisione"). El Digesto se refiere al dominio público en los siguientes lugares: libro 1, título 8º ("de la división y cualidad de las cosas"); libro 43, título 7º ("de los lugares y caminos públicos"); libro 43, título 8º ("que no se haga cosa alguna en lugar o camino público"); libro 41, título 3º, ley 45, que se relaciona con la prescripción sobre bienes públicos, y en el libro 50, título 16, ley 15 que, lo mismo que otros textos, se ocupa del sujeto del derecho sobre las cosas públicas (13) .

La antigua legislación española también se ocupó del dominio público o de bienes que hoy considéranse dependencias del mismo: pero no mejoró al respecto la técnica jurídica. La Partida 1ª, título 13, refiérese a las sepulturas: la Partida 3ª, en su título 28, trata "De las cosas en que ome puede auer señorío, e como lo puede ganar", y en el título 29 de la misma, leyes 6 y 7, establece la imprescriptibilidad de las cosas públicas y religiosas; la Partida 5ª, título 5º, ley 15, consagra la inalienabilidad de las cosas públicas y religiosas.

1694. En ésta como en todas las materias jurídicas, la terminología correcta es fundamental: facilita y permite el entendimiento. La propiedad del lenguaje adquiere aquí particular trascendencia; las vicisitudes del vocabulario jurídico en esta materia, como también las complejas relaciones de derecho a estudiar, exigen el empleo de términos de significado inequívoco (14) .

Se ha formulado una primera objeción. ¿Por qué hablar de *"dominio"* en este orden de relaciones, siendo que el dominio público es totalmente diverso del dominio privado? No olvidemos que es peligroso dar los mismos nombres a cosas diferentes (15) . Pero esa observación pierde gran parte de valor si se tiene en cuenta que cuando se hace referencia a bienes no pertenecientes individualmente a los administrados o particulares, para distinguir una categoría de dominio de la otra, en todos los supuestos se agrega el calificativo "privado" o "público", según el caso, con lo cual queda excluida toda posible confusión, o se emplean términos que para el lenguaje técnico son sinónimos de dominio público.

Si bien, técnicamente, las "cosas públicas" equivalen a lo considerado como "dominio público", un autor, juzgando que el dominio público no sólo comprende *inmuebles,* sino también *muebles,* y para eliminar así la noción dominial de la doctrina clásica -que circunscribía el dominio público a inmuebles-, prefiere la locución *"cosas públicas"* (16) , criterio que otro escritor rechaza por considerar que la idea de "cosa" es coincidente con la de "bienes", aparte de estimar que la expresión "dominio público" ya está afianzada en el léxico jurídico (17) .

En Italia, especialmente en materia de aguas, se ha pretendido hacer una distinción entre *"demanialit..."* y *"pubblicit..."*. Para quienes piensan así, dichos términos no son equivalentes. La distinción la hacen radicar en la "extensión" de la utilidad social de los bienes integrantes de uno y otro: las aguas "demaniale" estarían afectadas al *uso* público, mientras que las aguas "pubbliche" sólo serían susceptibles de satisfacer un *interés* público, sin excluir el uso privado (18) . No obstante, la mayoría de los autores italianos sostiene que los expresados términos significan la misma cosa, no correspondiendo distinción alguna al respecto: lo que es *"demaniale"* es *"pubblico"* y, a la inversa, lo que el Estado considera necesario para el uso público -directo o indirecto- se convierte en "demaniale" (19) . Aparte de que, como bien se ha expresado, "demanialit…" y "pubblicit…"

representan dos grados de un mismo concepto, o sea dos grados del *uso público* -uso público "directo" y uso público "indirecto", respectivamente, pero siempre uso público"- (20) , ya en otra oportunidad manifesté que cuestiones como ésa no tienen cabida ni razón de ser en nuestro derecho: las cosas son públicas o son privadas; no hay términos medios, todo ello sin perjuicio de las gradaciones que puedan observarse en las formas de uso -directo o indirecto- de las cosas públicas. No hay razón para crear complicaciones proponiendo categorías intermedias de bienes, colocando al lado de los integrantes del *dominio público* otros bienes, que serían los simplemente *"públicos"* (21) . Tal conclusión ha sido expresamente compartida por Villegas Basavilbaso (22) .

Se le atribuye a Pardessus el haber sido el primero en emplear la locución *"dominio público",* para designar la categoría de bienes del Estado no pertenecientes al dominio privado del mismo, es decir, para designar esa categoría de bienes sometida a un régimen jurídico especial, inalienables e imprescriptibles. Así lo hizo Pardessus desde la *primera* edición de su "Traité des servitudes ou services fonciers", aparecida en 1806, temperamento ratificado en las ediciones posteriores (23) . Más tarde Proudhon siguió igual criterio, divulgando en su afamada obra la nueva terminología: *dominio público* como opuesto al *dominio privado* del Estado (24) . El legislador argentino siguió esa misma orientación (25) .

De modo que la locución correcta para designar la categoría de bienes no perteneciente individualmente a los administrados o particulares, destinada al uso público -sea éste directo o indirecto-, y sometida a un régimen jurídico especial, es *"dominio público"*. Esta locución es harto expresiva para distinguir esos bienes de los pertenecientes al Estado como persona del derecho privado, es decir para distinguirlos del conjunto de bienes llamado "dominio privado" del Estado.

Pero la locución "dominio público" reconoce otras expresiones que la equivalen, y que como tales las acepta el lenguaje técnico-jurídico actual: "bienes dominicales", "bienes dominiales", "bienes o cosas públicos". Todos estos términos hacen referencia a un mismo concepto: *"dominio público"*. Cuando se habla de "dominicalidad" o de "dominialidad" se entiende referir, pues, al "dominio público", o a los "bienes públicos" que son los que integran el dominio público (26) .

Para referirse al dominio público bastaría, entonces, con hablar de "dominicalidad" o de "dominialidad", sin que sea menester agregarles a estas palabras el adjetivo "público", ya que el hacerlo implicaría una redundancia o pleonasmo, porque al hablar de "dominicalidad" o de "dominialidad", técnicamente nadie puede pretender que ello se refiera al *dominio privado* del Estado. Afamados maestros comparten tal opinión (27) .

A las "tierras fiscales", que son bienes "privados" del Estado (Código Civil, art. 2342 , inc. 1º), suele llamárseles *"tierras públicas"*. Esto, técnicamente, no es correcto, pues no se trata de cosas del dominio público, sino de cosas patrimoniales del Estado. Únicamente por comodidad de lenguaje se les llama "públicas", con lo que en realidad sólo quiere expresarse que no se trata de tierras pertenecientes a los administrados, es decir a personas "particulares", no obstante el carácter *privado* de tales bienes. La jurisprudencia tuvo oportunidad de pronunciarse en el sentido indicado (28) .

Es de advertir que el propio hecho de que, dentro de un mismo idioma -y en especial en el nuestro- la locución "dominio público" reconozca varias expresiones equivalentes o sinónimas, rechaza totalmente la posibilidad de que para referirse al mismo se utilicen términos extranjeros. Sin embargo, eso es lo ocurrido con algunos escritores que, refiriéndose al dominio público, hablan insistente y reiteradamente de "demanio", "demanialidad", "demanial", "demaniales", utilizando así en forma indebida términos *"italianos"*, a pesar de que escriben en español, incurriendo de ese modo en notorio extranjerismo o vicio de dicción (véase: "Revista de Administración Pública", páginas 11-52, enero-abril 1954, Madrid). Además, véase: Garrido Falla: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 2º, páginas 463, 476, 481, 482, 483 y 496, Madrid 1982.

Finalmente, debo llamar la atención acerca del alcance de la terminología que emplearé en la presente obra, donde con frecuencia se hablará de "dominio público *del Estado*". Sabido es que en lo atinente a la determinación del sujeto del dominio público, en el terreno doctrinario existen dos teorías: una que considera al Estado como tal sujeto: otra que tiene al pueblo como titular del dominio público. En publicaciones anteriores he sostenido esta última tesis (29) ; en la presente obra, con nuevos argumentos, insistiré en ese punto de vista. Siendo así, cuando hable de "dominio público *del Estado*", en ello no debe verse cambio de criterio, inconsecuencia, confusión, o abandono de una posición doctrinaria para adoptar la opuesta en materia de sujeto del dominio público. Utilizaré la fórmula "dominio público *del Estado*" por la sencillez de la misma, por simple comodidad de expresión, pero en modo alguno porque ella traduzca mi modo de pensar respecto a quién deba ser considerado como titular del dominio público.

1695. El dominio público, como institución, tiene o puede tener puntos de contacto con otras instituciones o figuras jurídicas, tales como el servicio público, la obra pública, el dominio eminente, la jurisdicción, el instrumento público y la expropiación.

Se hace necesario, entonces, establecer en qué pueden consistir esos puntos de contacto y cuál es la diferencia entre el dominio público y esas instituciones o figuras jurídicas.

a) El *dominio público* y el *servicio público*, si bien ambos constituyen instituciones fundamentales del Derecho Administrativo, son como tales distintos entre sí.

El dominio público consiste esencialmente en un *"conjunto de bienes"*; el servicio público constituye 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 consagrados a la prestación de tales servicios, en determinadas legislaciones pertenecen por ello al dominio público; en cambio, los bienes pertenecientes a una persona particular -concesionario, por ejemplo- afectados a la prestación de esos 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. Todo esto vincúlase al estudio de los elementos "subjetivo" y "teleológico" como notas características de la dominicalidad, temas que trataré más adelante.

En el orden de ideas indicado, 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 -dominio público y servicio público- es de aplicación simultánea respecto a determinados bienes. Pero ello en modo alguno permite la aceptación de opiniones como la de Duguit, según la cual jamás debe olvidarse que el fundamento mismo de la dominicalidad es la idea de afectación a un servicio público (30) . Esto último no es exacto, al menos si a la noción de servicio público se le atribuye el significado técnico actual (31) . El fundamento de la dominicalidad no siempre es la afectación de la cosa al servicio público, que determina el uso *"indirecto"* del bien; tal fundamento puede ser, sencillamente, el uso público *"directo"* de la cosa, supuesto en que la idea de servicio público falta en absoluto, tal como ocurriría con un río, por ejemplo, que es o puede ser utilizado por el público sin que la Administración Pública realice o haya realizado *"actividad"* alguna a su respecto (32) . Por análogas razones no es posible aceptar la afirmación de Jèze, según el cual no puede haber dependencia del dominio público sino cuando la cosa está afectada a un servicio público, y que la idea de servicio público es la base de todas las reglas el régimen jurídico llamado *régimen del dominio público* (33) ; tal opinión resulta inaceptable, porque la inmensa mayoría de los usos públicos *"directos"* sobre indiscutibles dependencias del dominio público, nada tiene que ver con el servicio público.

b) 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 -no del fiscal o financiero- *"obra pública"* es la que realiza el Estado para la utilidad general, o sea afectada al uso directo o indirecto de la colectividad (34) . Va de suyo que la mayoría de esas obras integran el dominio público, por cuanto, según el artículo 2340 , inciso 7º *in fine*, del Código Civil, quedan también incluidas entre los bienes públicos del Estado "cualesquiera otras obras públicas, construidas para utilidad o comodidad común".

Se ha propuesto un criterio de diferenciación basado en que la obra pública puede satisfacer el interés público aun *indirectamente,* en tanto que los bienes del dominio público habitualmente lo satisfacen en forma *directa* (35) . Tal afirmación no es exacta, pues los bienes dominicales no sólo están destinados al uso directo de los habitantes, sino también al uso *"indirecto"* de ellos.

La diferencia fundamental entre dominio público y obra pública radica en que toda obra pública es siempre, indefectiblemente, una creación humana, en tanto que hay muchos bienes públicos declarados tales por el legislador en el estado en que la naturaleza los presenta u ofrece: mares, ríos, lagos, islas, etcétera. No hay *obras públicas* cuya existencia física sea extraña a la mano del hombre (36) .

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

c) El *dominio público* y el *dominio eminente* presentan diferencias esenciales, de fácil expresión.

El *dominio eminente* es un poder supremo sobre el territorio: vincúlase a la noción 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. Como bien se dijo, el dominio eminente es la expresión político-jurídica de la soberanía *interna*. La soberanía externa se manifiesta sólo en las relaciones entre Estados y es sinónima de independencia. Se trata, en suma, 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 (37) .

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 jurídico especial.

d) El *"dominio público"* y la *"jurisdicción"* denotan conceptos distintos. Pero como ambas figuras pueden tener aplicación simultánea respecto a una misma cosa, se hace necesario aclarar en qué consiste la vinculación que ambos pueden tener sobre esa cosa.

Sobre ciertos bienes dominicales su titular tiene, a la vez, jurisdicción sobre los mismos. En otros casos la titularidad del bien y la jurisdicción sobre él les corresponden a entidades distintas. Como ejemplo del primer supuesto puede recordarse un río exclusivamente situado dentro de los límites de una provincia, en cuya hipótesis la titularidad sobre el bien y la jurisdicción le pertenecen a la misma entidad; como ejemplo del segundo supuesto podría mencionarse a un río navegable interprovincial, cuya titularidad les corresponde a las respectivas entidades locales, en tanto que la jurisdicción le pertenece a la autoridad nacional en todo lo atinente a la navegación.

El dominio público se refiere a la *condición y situación legal* de la cosa o bien; la jurisdicción se refiere a la *potestad para reglar lo atinente al uso* de dicha cosa o bien, potestad que puede comprender *todos* los usos de que es susceptible ese objeto, como ocurriría con el río exclusivamente situado dentro de una provincia, a cuyo respecto la entidad provincial tiene atribuciones para reglar todo lo relacionado con los usos de que ese río es susceptible, o dicha potestad puede referirse a *un determinado* uso o a *varios* usos, como ocurriría con el río navegable interprovincial, a cuyo respecto la facultad para reglar lo relacionado con la navegación le pertenece a la Nación, en tanto que las facultades para reglar todos los restantes usos les pertenecen a las provincias atravesadas o limitadas por ese curso de agua.

En consecuencia, 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 que la jurisdicción se refiere a la *potestad para reglar el o los usos* de que la cosa o bien es susceptible.

e) El *dominio público* y el *instrumento público* presentan notas que justifican una aclaración.

El dominio público, según se dijo, es un conjunto de bienes sometido a un régimen jurídico especial.

En cambio, el instrumento público es un documento dotado de especial valor o eficacia, sea en lo atinente a su fuerza probatoria, sea en lo relacionado a la exigibilidad de las obligaciones en él contenidas (38) .

El dominio público se refiere, pues, a bienes sometidos a un *régimen jurídico especial,* en tanto que el instrumento público se refiere, en concreto, 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 mera cosa *"privada";* por ejemplo: el testimonio de una escritura de poder o mandato. Para que el instrumento público revista, a la vez, carácter dominical, se requiere que haya sido objeto de *"afectación"* al uso público: sin tal afectación no puede ostentar calidad dominical.

Un documento histórico puede constituir un simple instrumento público; pero también puede ser, aparte de instrumento público, una cosa de naturaleza dominial. Igualmente, dicho documento histórico puede ostentar carácter dominial sin ser instrumento público. Desde luego, tal documento histórico puede, además, constituir un mero instrumento "privado"; vale decir, puede no ser ni instrumento público ni cosa dominical. Todo depende de las circunstancias. Si el documento histórico estuviere simplemente agregado a un expediente, constituirá un instrumento público; pero si fuere debidamente desglosado de ese expediente e incorporado a un museo o a un archivo público, y quedare supeditado a la contemplación, compulsa o examen por parte de los administrados, ese documento -instrumento público- adquiriría, además, calidad dominial. Si el referido documento histórico nunca hubiere formado parte de un expediente, y de manos de su poseedor pasare directamente a integrar un museo o un archivo públicos, no sería instrumento público, pero sí cosa del dominio público. Si, al contrario, dicho documento histórico nunca hubiere salido del poder de su detentador, es decir si nunca hubiere sido agregado a un expediente ni incorporado a un museo o archivo, sólo constituirá un instrumento "privado".

Sobre esta cuestión volveré a ocuparme al tratar lo atinente a los documentos de valor *histórico o científico* y a las colecciones de los mismos existentes ya sea en museos públicos, en archivos públicos o en poder de personas particulares (nº 1900).

f) Entre el *dominio público* y la *expropiación* hay una marcada diferencia. Mientras que el primero consiste en un conjunto de bienes sometidos a un régimen jurídico especial, la segunda constituye el *medio* o *procedimiento jurídico* en cuyo mérito un bien o cosa es transferido de un patrimonio a otro, por causa de utilidad pública. Pero el solo hecho de la expropiación, por sí, no basta para convertir en dominial un bien o cosa.

Sin embargo, puede ocurrir que al producirse la expropiación y al quedar consagrado el bien al fin que la motivó, dicho bien adquiera calidad "pública". En tal caso es necesario

advertir que la calidad dominial adquirida por el bien expropiado, no deriva precisamente del acto expropiatorio, sino de que ese bien, de acuerdo con la legislación *nacional* (es decir, dictada por la Nación), pueda ser considerado como dependencia del dominio público, para lo cual, además de aquella norma legal (elemento normativo), deben concurrir los elementos subjetivo, objetivo y teleológico que integran la noción de dominicalidad. En dos palabras: la calidad dominial de un bien nunca deriva del mero acto expropiatorio, sino de que dicho bien, por la situación que tendrá en lo sucesivo y por el fin que satisfará, de acuerdo con una ley dictada por la Nación pueda ser considerado como formando parte del dominio público. Pero la expropiación, por sí, nunca es *constitutiva* de dominicalidad (véase el tomo 4, número 1292).

TÍTULO PRIMERO - **NOCIÓN CONCEPTUAL DEL DOMINIO PÚBLICO**

CAPÍTULO I

SUMARIO: *1696.* Ideas generales. La teoría del dominio público; su evolución. No hay bienes públicos *"naturales"*. - *1697*. El dominio público en el derecho romano. - *1698*. Criterios para establecer la noción de dominio público. Las disensiones doctrinarias.

1696. Ya en páginas anteriores expresé que el dominio público consiste, en síntesis, en una masa o conjunto de bienes. Éstos, por los fines que con ellos se tiende a satisfacer, hállanse sometidos a un *régimen jurídico especial* de derecho público. Todo ello constituye la llamada *teoría del dominio público*.

¿Dónde nació esa teoría? Si bien los romanos concibieron lo que hoy llamamos *dominio público,* sus ideas al respecto no fueron precisas y concretas, sino vagas e inorgánicas. Así lo reconocen quienes examinaron los textos transmitidos por aquellos viejos jurisconsultos (39) . Por eso tuvo razón el escritor francés Barckhausen cuando dijo que "no es del derecho romano que el nuestro ha podido tomar la teoría del dominio público". "Es evidente que el principio seguido por los romanos difiere mucho del que hemos adoptado en Francia" (40) . "Es seguramente lamentable que nuestros juristas anteriores a 1789, al ocuparse de la división de las cosas, se hayan inspirado en las reglas del derecho romano, reglas vagas, confusas y estériles" (41) .

La *actual* teoría del dominio público es de origen puramente doctrinario y jurisprudencial (42) . Su gestación fue laboriosa, como la de todas las instituciones del Derecho Administrativo y, como éstas, aún no terminó su proceso de formación; inició su desarrollo a principios del siglo pasado (43) . Pero no es exacto, como pretende Jèze, que dicha teoría sea *original* del derecho público francés y que haya sido en Francia donde ella *nació* (44) ; esa teoría tiene su raíz remota -aunque vaga y difusa- en el antiguo derecho romano; en Francia fue donde se *inició el proceso de sistematización* de esa doctrina y de su ajuste a principios jurídicos; en ese sentido la ciencia actual tiene una deuda de gratitud hacia los eminentes jurisconsultos franceses.

Una de las causas que más retardaron la depuración de la teoría del dominio público fue la concepción civilista del derecho de propiedad. Esa concepción entorpeció el desarrollo de aquella teoría, pues en un principio pretendíase aplicar en materia de dominialidad principios de derecho civil, que resultaban inarmónicos con la finalidad del dominio

público. Fue tarea difícil la de hacer comprender, por ejemplo, que la comercialidad de derecho privado era distinta a la de derecho público, y que por ello era diferente la comercialidad admitida por una cosa privada a la admitida por una cosa del dominio público. La prédica constante de los autores terminó por aclarar las ideas. El jurisconsulto alemán Otto Mayer tuvo gran influencia en todo esto; su *"Droit Administratif Allemand"* aún hoy continúa siendo una obra magistral en la materia.

Como lo haré notar en uno de los parágrafos siguientes (nº 1698), en esta materia lo difícil es la *determinación del criterio* a que deba responder la inclusión de los bienes en el dominio público. Al respecto en la doctrina adviértese la más absoluta disparidad de opiniones. Lo cierto es que la determinación de lo que ha de entenderse por dominio público depende de cada ordenamiento jurídico, porque cada uno de éstos contiene, o puede contener, notas particulares que en ese orden de ideas lo distinguen de otros ordenamientos jurídicos.

Nuestras leyes no contienen una *"definición"* del dominio público. Se limitan a mencionar qué cosas revisten carácter dominial. Pero algunas *"notas"* características del dominio público surgen de los artículos 2340 y 2341 del Código Civil. La legislación comparada sigue un método similar (45) .

Finalmente, corresponde advertir que el dominio público no es creación de la naturaleza; *no hay bienes públicos naturales o por derecho natural*. El dominio público es un *"concepto jurídico";* su existencia depende de la voluntad del legislador. Sin ley que le sirva de fundamento, ningún bien o cosa tendrá carácter dominical. Por eso uno de los elementos que lo integran es el *legal o normativo* (46) , siendo por ello que lo que ha de entenderse por dominio público depende del ordenamiento jurídico que se considere: una cosa o bien puede revestir carácter público en un país dado, mientras que en otro país esa misma cosa puede constituir un bien privado. Refiriéndose a esta clase de cuestiones, dijo Ranelletti: "...lo referente a la dominicalidad no puede ser resuelto de un modo general para todo tiempo y lugar; la solución varía en el espacio y en el tiempo" (47) .

1697. Según Gayo, las *cosas públicas* eran las pertenecientes al *conjunto* de la comunidad política. Ello se refería al *total* de bienes del Estado y no permite suponer entre los mismos distinción alguna de carácter jurídico; es decir, para Gayo las *cosas públicas* no sólo comprendían lo que hoy llamamos *dominio público*, sino también las cosas integrantes del *dominio privado* del Estado. En síntesis, para Gayo eran "cosas públicas" aquellas que no pertenecían a los hombres en particular, sino al conjunto de ellos considerado como comunidad política; las cosas pertenecientes a los hombres individualmente considerados constituían las *"cosas privadas"* (48) .

La Instituta no da la definición de "cosas públicas": procede por vía de ejemplos. Pero del análisis de diversos textos puede afirmarse que el punto de vista en que se coloca es el de la *afectación* del bien: cosas públicas eran las destinadas al uso público. Mientras Gayo daba ese nombre al conjunto de bienes del Estado, Justiniano parece haberlo restringido a los reservados al uso de todos (49) .

¿Pero dónde se clasificaban los otros bienes del Estado, no dejados a disposición del público? La Instituta no lo dice expresamente. Pero sabemos que el emperador se convirtió

en representante del Estado a los efectos de la administración de la fortuna pública y que el patrimonio del Estado fue atribuido al príncipe bajo el nombre de fisco. El conjunto de *cosas públicas* de que hablaba Gayo, puede pues ser dividido en dos partes: una, que constituía las *cosas públicas* propiamente dichas, quedó en manos y para uso del pueblo; la otra pasó a manos del emperador y constituía las llamadas *cosas fiscales*. Pero nada permite deducir el valor doctrinario y la importancia de la distinción (50) .

Los romanos, pues, concibieron lo que hoy llamamos *"dominio público"*, pero no llegaron a formular la teoría pertinente, que fue obra de la doctrina y de la jurisprudencia del siglo pasado.

1698. En el terreno doctrinario existe la más absoluta disparidad de criterios acerca de lo que ha de entenderse por "dominio público". Por eso no resulta útil el análisis individual o particular de cada una de las distintas definiciones o nociones conceptuales propuestas por los autores; con ese método nada se lograría. En cambio, resulta recomendable un análisis general y de conjunto de los distintos criterios concebidos por la doctrina para dar la noción conceptual de dominio público: sólo así se tendrá una visión clara y concreta de esos distintos criterios.

Puede adelantarse que muchas de las evidentes deficiencias que se advierten en las nociones conceptuales propuestas por algunos tratadistas, obedecen a que no hicieron un estudio metódico de esta compleja cuestión: no desentrañaron y menos analizaron *todos* los *elementos* que integran la noción de dominialidad; se han referido a unos elementos, desdeñando otros, llegando así a verdaderos contrasentidos.

Como lo haré ver más adelante, la noción conceptual de dominialidad está integrada por cuatro elementos: subjetivo, objetivo, teleológico y normativo. Las disparidades en los criterios doctrinales versan *sobre cada uno* de esos cuatro elementos.

Así, no sólo hay disensiones acerca de quién ha de ser considerado como sujeto o titular del derecho sobre los bienes dominicales (elemento subjetivo), sino también sobre qué objetos (bienes o cosas) son susceptibles de integrar el dominio público (elemento objetivo), es decir se discute si pueden integrarlo los "bienes", en general, o sólo las "cosas" corporales, y dentro de estas últimas si ha de tratarse de muebles o de inmuebles.

Discuten asimismo los autores acerca de cuál es el *"fin"* (elemento teleológico) a que debe responder la inclusión de una cosa o de un bien en el dominio público; mientras unos sólo consideran como nota conceptual, el uso de todos (51) , otros estiman que ese uso público ha de ser *directo* (52) , en tanto que otros incluyen también el uso público *indirecto* (53) , y para expresar esto último se valen de diferentes expresiones: afectación a servicios públicos (54) , a utilidad general (55) , a utilidad o comodidad común (56) , a utilidad colectiva (57) , a utilidad pública (58) , a funciones públicas (59) , a finalidades públicas (60) , a un fin público (61) , etcétera, y, como si todo esto no fuese suficiente, hay quienes introducen la variante de que el bien respectivo ha de ser esencial o necesario para que el ente público cumpla su función o desempeñe en ésta el papel principal, función que ha de ser exclusiva del respectivo ente (62) , e incluso hay quien pretende que el uso público sea *"gratuito"* (63) , olvidando que la gratuidad u onerosidad son simples *modalidades* que presenta el uso

de los bienes públicos, pero que de ningún modo constituyen *"elementos"* característicos de éstos.

Finalmente, tampoco existe acuerdo acerca del elemento normativo integrante de la dominialidad. Hay quienes admiten que los bienes del dominio público son tales, o que pueden serlo, por su *naturaleza* (64) , concepto que a veces expresan repitiendo la desacreditada y falsa fórmula del artículo 538 del Código Civil francés, según la cual generalmente pertenecen al dominio público todas las porciones del territorio francés que no son susceptibles de una propiedad privada (65) ; pero otros autores sólo admiten que el carácter público de los bienes emane exclusivamente de disposiciones del legislador (66) .

Más adelante, al estudiar en particular cada uno de los distintos *elementos* que integran la noción conceptual de dominio público, haré mérito de la opinión personal de los autores que más hayan gravitado en el estudio de esta materia. Por ahora basta con lo dicho para tener una idea sobre los distintos criterios propuestos acerca de lo que ha de entenderse por dominio público (67) .

CAPÍTULO II - **ELEMENTOS QUE INTEGRAN LA NOCIÓN DE DOMINIALIDAD**

SUMARIO: *1699.* Dichos elementos son cuatro; deben concurrir simultáneamente. *a) Elemento subjetivo*. - *1700*. Los bienes dominiales no son "res nullius". - *1701*. El dominio público no puede pertenecer a los particulares o administrados. Fundamentos de ello. - *1702*. Las dos tesis extremas vigentes: el *"Estado"* como sujeto del dominio público; el *"pueblo"* como tal sujeto. Interés práctico de la cuestión. El titular del "dominio" y el titular del "uso" de los bienes dominicales. - *1703*. Opiniones que le atribuyen al Estado -"lato sensu"- la titularidad del dominio de los bienes públicos. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; crítica. Autores que le desconocen al Estado todo derecho de propiedad. - *1704*. Tesis del autor: el sujeto del dominio de los bienes públicos es el *"pueblo"*, no el Estado. Fundamentos de ello. Objeciones; refutación. - *1705*. El sujeto del uso de los bienes dominicales. Contenido del derecho que al respecto le corresponde al *"pueblo"*; sólo comprende los usos "comunes", no los usos "especiales". El concepto de "pueblo" en este caso particular. Los extranjeros. - *1706*. Sólo pueden ser titulares del dominio público entidades jurídico-públicas *"estatales"* o comunidades de *"substrato político"*. Aplicaciones de este principio. - *1707*. a) Iglesia Católica Apostólica Romana. No existe dominio público eclesiástico. Iglesias de otros cultos. - *1708*. b) Sociedades de economía mixta. - *1709*. Los concesionarios de servicios públicos y la titularidad de bienes dominiales. - *1710*. Lo atinente a las entidades autárquicas como sujetos del dominio público. Trátase de una propiedad *"pública"*. - *1711*. Naturaleza del derecho del titular sobre el dominio público. Trátase de una propiedad *"pública" b) Elemento objetivo*. - *1712*. En qué consiste y a qué se refiere. - *1713*. Principios aplicables para caracterizar el "objeto". El derecho privado. - *1714*. Qué objetos (bienes o cosas) pueden revestir calidad dominial. - *1715*. a) *Inmuebles*. Superficie, subsuelo y espacio aéreo. Los accesorios de inmuebles: árboles; flores; frutas; puentes; peces; hierbas o pastos; tesoro; leña o maderas resultantes de podas. Inmuebles por accesión. Los inmuebles dominicales en el derecho argentino. - *1716*. b) *Muebles*. Cosas consumibles y fungibles. Los semovientes. Los muebles dominicales en el derecho argentino. Las nubes. - *1717*. c) *Bienes*. 1º Objetos

inmateriales (espacio aéreo del Estado, fuerza hidráulica); 2º derechos (servidumbres públicas, derechos intelectuales). Las "rentas públicas". Objetos inmateriales y derechos dominicales en el derecho argentino. - *1718*. d) *Universalidades públicas*. Bienes que las constituyen: bibliotecas, museos, archivos; cosas afectadas a la prestación estatal directa de servicios públicos (ferrocarriles, teléfonos, líneas aéreas, etc.). Su importancia práctica. La cuestión en el derecho argentino. - *1719*. Acerca de la conveniencia de adoptar un sistema que permita individualizar fácilmente los bienes dominiales. *c) Elemento teleológico o finalista*. - *1720*. En qué consiste y a qué se refiere. - *1721*. La cuestión en la doctrina. Disparidades existentes. - *1722*. Teorías de Jèze, Guicciardi y Diez. Crítica. - *1723*. El elemento teleológico en el derecho argentino. El uso "directo" y el uso "indirecto". El "servicio público". "Bien final" o de "uso" y "bien instrumental". - *1724*. Concepto de *obras públicas construidas para utilidad o comunidad común*. *d) Elemento normativo o legal*. - *1725*. A qué se refiere. - *1726*. El dominio público es un *concepto jurídico*. Su existencia depende de la ley; no hay bienes públicos por "naturaleza", ni cosas insusceptibles de propiedad privada. Acto "atributivo" y acto "declarativo" de dominialidad. - *1727*. Establecer qué cosas revisten carácter *dominial* y cuáles carácter *privado* implica una cuestión *"civil"*, no una cuestión "administrativa". Pero una vez establecido, el dominio público constituye una institución de Derecho Administrativo. - *1728*. Autoridad competente en nuestro país para establecer qué bienes pertenecen al dominio público. - *1729* La "ley" como fuente exclusiva de dominialidad. Ley expresa; ley genérica; falta de ley. La analogía jurídica interna y los principios generales del derecho. El acto administrativo. La voluntad de los administrados. - *1730*. Metodología en materia de legislación sobre dominio público. - *1731*. Circunstancias a considerar para incluir un bien en el dominio público. Lo "material" y lo "ético". Lo "social" y lo "económico". - *1732*. Bienes hasta entonces "privados" declarados *"públicos"* para lo sucesivo. Consecuencias. Cuestión constitucional. Lo atinente a la responsabilidad estatal por acto legislativo. Las aguas subterráneas; la Nación y las provincias.

1699. Los *"elementos"* esenciales que integran la noción conceptual de dominialidad son cuatro: el subjetivo, que se refiere al sujeto o titular del derecho sobre los bienes dominicales; el objetivo, que se relaciona con los objetos (bienes o cosas) susceptibles de integrar el dominio público; el teleológico, referente al *"fin"* a que debe responder la inclusión de una cosa o bien en el dominio público; por último el elemento normativo o legal, en cuyo mérito se determina cuándo una cosa o bien que reúna los demás caracteres ha de ser tenido como dominial, pues mientras un sector de la doctrina admite que los bienes del dominio público son tales, o que pueden serlo, por su *naturaleza*, otro sector -en el cual me incluyo- sostiene que ningún bien o cosa puede tener carácter dominical *sin ley* que le sirva de fundamento.

Casi todos los autores sólo *mencionan* dos elementos: el subjetivo y el objetivo, aunque, sin advertirlo, *aluden* frecuentemente a los otros dos (teleológico y normativo) o a uno de estos últimos. Pero lo cierto es que los elementos esenciales integrantes de la noción conceptual de dominio público son los cuatro indicados, todo ello sin perjuicio de las discordancias que puedan existir entre los tratadistas en lo atinente a la caracterización de cada uno de esos elementos.

Una cosa o bien puede reunir alguno o algunos de los elementos esenciales de la dominialidad, pero eso no basta para que se le tenga como dependencia del dominio público: debe reunir simultáneamente *todos* los elementos, es decir los *cuatro* ya indicados. Si uno de esos elementos falta, aunque concurran los otros, el bien o cosa no puede ser tenido por dominical. Por eso muchos autores se equivocan cuando tienen por incluidas en el dominio público a cosas respecto de las cuales concurre un solo elemento, el teleológico o finalista, por ejemplo, faltando los otros elementos, ya sea el normativo o legal o, especialmente, el subjetivo (68) .

El primer autor que mencionó a los cuatro elementos indicados como integrantes de la noción de dominio público, fue el escritor español Manuel Ballbé, en un meduloso trabajo (69) .

Separadamente me ocuparé de cada uno de esos elementos, estableciendo cuál es su respectivo contenido y cuáles los principios que han de regirlos.

a) *Elemento subjetivo*

1700. El elemento inicial, primario, para que una cosa pueda ser considerada como del dominio público, es el atinente al sujeto o titular de la misma.

¿Tienen sujeto o titular las cosas o bienes dominiales? Evidentemente sí, pues ellos no son *"res nullius"*, bienes sin sujeto, cosas de nadie; de lo contrario cualquier persona podría apropiárselos, desvirtuando así la propia razón de ser del dominio público.

1701. Pero ¿quién es el sujeto o titular de las cosas dominicales? Es aquí donde aparecen las dificultades y controversias. Sin embargo, hay un punto sobre el cual la generalidad de la doctrina hállase conteste: los bienes del dominio público jamás pueden pertenecerles a las personas particulares, a los administrados (70) . Ese es el punto de partida.

¿Por qué un particular, un administrado, no puede ser titular de un bien dominical? En primer lugar, porque la satisfacción de las necesidades públicas, a que esencialmente hállanse destinadas las cosas dominicales, es hoy una típica función estatal, y de ningún modo actividad a cargo de los particulares. En segundo lugar, porque, como acertadamente lo dice García de Enterría, si bien la afirmación de que los particulares no pueden ser titulares del dominio público puede quizá parecer obvia, "es evidente que en cuanto construcción histórica no lo es, y que por sí mismo alcanza a definir un carácter esencial de la institución. En la Edad Media, y aun en la época inmediatamente anterior al constitucionalismo, era plenamente posible que un particular ostentara personalmente una titularidad pública o regaliana a través, bien de un título original, como un privilegio real traslativo, bien de la presunción de este que consagraba la posesión centenaria. Un río, un camino, cualquier cosa o cualquier función de señorío, podrían concebirse perfectamente, y de hecho la práctica registraba su habitualidad, en manos de un particular, el cual ejercitaba las facultades exorbitantes derivadas de esa titularidad con plena libertad y en la integridad de contenidos que el mismo rey tendría. El régimen administrativo ha acabado absolutamente con esta posibilidad. El principio de *igualdad* y su correlativo de la *centralización de prerrogativas y funciones públicas en el poder* impone la pertenencia

exclusiva y necesaria a la Administración de este tipo de titularidades. El dominio público es una de ellas" (71) .

1702. Establecido que los bienes dominicales no son *"res nullius"* y que ellos en caso alguno pueden pertenecerles a los particulares o administrados, quedan frente a frente las dos tesis que hoy dividen la doctrina en lo que respecta a la determinación del sujeto del dominio público: la que considera como titular de los bienes dominicales al *"Estado"* y la que tiene como tal titular al *"pueblo"*.

Va de suyo que el esclarecimiento de esto no constituye una simple cuestión teórica o académica, sino que, por el contrario, tiene importancia en el terreno práctico. No siempre se lo juzgó así. Federico Cammeo dijo que "la cuestión es quizá más teórica que práctica, porque las leyes positivas, de derecho privado y de derecho público definen en general, con suficiente claridad, la esfera jurídica respectiva del Estado y de los ciudadanos sobre las cosas públicas" (72) ; pero tal argumento en modo alguno le quita interés práctico a la cuestión, ya que lo mismo que, según Cammeo, ocurre con las cosas públicas, sucede también con la propiedad privada en general, a pesar de lo cual la determinación del sujeto de las cosas o bienes privados es siempre un punto de evidente trascendencia. Son varias las razones que justifican la determinación precisa de si el titular de los bienes públicos es el Estado o el pueblo:

a) En primer lugar, el elemento inicial cuya concurrencia es menester para que una cosa pueda ser considerada como dominial, se refiere al sujeto a quien ella corresponda (73) , circunstancia que requiere ser debidamente esclarecida.

b) En segundo lugar, de ese esclarecimiento depende lo atinente al sujeto de los diversos tipos de *"usos"* -*comunes* o *especiales*- de los bienes dominicales. Como consecuencia de mi convicción de que la titularidad del dominio público le corresponde al *"pueblo"*, ya en otra oportunidad dije que al sostener que el "pueblo" es el titular de ese conjunto de bienes cuyo uso les pertenece a *todos* los habitantes, me refiero únicamente 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, que es el órgano a través del cual el pueblo delibera y gobierna. En cambio, la facultad de ejercitar usos "especiales" *excede* del contenido del derecho de propiedad que sobre el dominio público le corresponde al pueblo (74) . Al ocuparme del sujeto del "uso" de los bienes dominiales volveré sobre esta cuestión.

c) Como *consecuencia* de lo dicho en el párrafo que antecede, la determinación de si el sujeto del dominio público es el Estado o el pueblo permite establecer, con toda facilidad, la naturaleza jurídica de los derechos emergentes de una concesión de uso otorgada por el Estado. Tratándose de una "concesión", resulta obvio que el "uso" a que la misma se refiere es el uso *"especial"*, que según quedó dicho excede del contenido del derecho de propiedad correspondiente al pueblo sobre el dominio público. Esos "usos especiales", como se verá en el lugar oportuno de este trabajo, constituyen derechos reales administrativos creados a favor de los titulares de las concesiones (75) .

d) Finalmente, el esclarecimiento de si el titular del dominio público es el Estado o el pueblo, suministrará los datos para construir la doctrina referente a los medios de que el

Estado -gestor de los derechos del pueblo- podrá valerse para la tutela de las dependencias del dominio público, es decir, si tal tutela ha de llevarse a cabo "motu propio", directamente, por medidas de policía, o si requiere el ejercicio de los remedios posesorios de tipo ordinario o común deducidos ante las autoridades judiciales. Sea que como propietario del dominio público se considere al Estado o al pueblo, lo cierto es que, por la naturaleza pública de ambas entidades, y los fines que en la especie se proponen lograr, la propiedad que les corresponda no puede ser la de tipo "civilista" o privada, relacionándose con esto la índole de los medios de tutela de esos bienes; además, si se le reconoce al pueblo el carácter de titular de los mismos, queda en pie lo atinente a si el Estado -mero gestor de los intereses de aquél- debe ejercer los remedios posesorios de tipo ordinario ante el poder judicial o puede actuar por sí solo mediante el ejercicio de su poder de policía, es decir por auto-tutela. De todo ello me ocuparé en el lugar oportuno.

La importancia práctica de determinar si la titularidad del dominio público le corresponde al Estado o al pueblo es, pues, manifiesta.

Cualquiera sea la postura doctrinaria que se adopte, lo atinente al sujeto de los bienes dominicales debe considerarse separadamente con relación al *"dominio"* y con relación al *"uso"*.

1703. No siempre los autores estudiaron en forma *expresa* si ha de tenerse como titular de los bienes dominiales al Estado o al pueblo. A veces se pronuncian en un sentido o en otro sin dar fundamento alguno de ello.

Un sector de la doctrina sostiene que el sujeto del dominio público es el *Estado* (76) , al que le atribuyen sobre ese conjunto de bienes ya sea un derecho de propiedad idéntico al de derecho privado (77) , o un derecho de propiedad "pública" (78) , sin perjuicio de haber quienes, como Berthélemy, niegan toda relación de "propiedad" entre el Estado y el dominio público, por considerar que éste hállase constituido por cosas insusceptibles de propiedad (79) . Pero son contados quienes al atribuirle al Estado la titularidad del dominio público, dan argumentos concretos en apoyo de su opinión (80) .

Otras veces los expositores se pronuncian en forma contradictoria, ya que, sin advertirlo -prueba del poco análisis de la cuestión- se expiden simultáneamente con argumentos idóneos para las dos tesis antagónicas, la que le atribuye la titularidad del dominio público al *pueblo* y la que se la adjudica al *Estado* (81) .

Finalmente, hay autores que consideran como sujeto de los bienes dominicales no sólo al Estado -"lato sensu"-, sino también a las entidades juridicopúblicas, concepto que en ocasiones limitan a las de carácter *"territorial"* (Nación, provincias, comunas) (82) , y que otras veces amplían comprendiendo en él no sólo a las "territoriales", sino también a las entidades juridicopúblicas *"institucionales"* (83) ; pero en este último caso, con rarísimas excepciones, no aclaran, como deberían haberlo hecho, si tales entidades "juridicopúblicas institucionales" deben ser o no *estatales*, es decir "organismos del Estado" (84) , pues, como lo advertiré más adelante, no toda persona juridicopública institucional es entidad estatal, en tanto que sólo pueden ser titulares del dominio público entidades estatales o comunidades de substrato típicamente político *(Estado* "lato sensu" o *pueblo,* respectivamente), según cuál sea la tesis que en la especie se adopte.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación no se pronunció concretamente sobre la cuestión que aquí se analiza; pero por las palabras empleadas en sus decisiones, pareciera inclinarse a la tesis que tiene al *Estado* como titular del dominio público: dijo que para la afectación eficaz de una cosa al dominio público se requiere que dicha cosa se halle actualmente en el patrimonio del *"poder público"* (85) . Si bien el Tribunal no habló ahí de *"Estado",* sino de "poder público", el sentido general de esta locución permite afirmar que se refirió al Estado y no al *pueblo,* tanto más cuanto en un considerando anterior habló de la propiedad privada del *Estado,* regida después por el derecho público; por otra parte, sabido es que el pueblo, a pesar de ser -como asiento de la soberanía- el titular originario de todas las potestades públicas, no es precisa y técnicamente un "poder" público (86) . Debe convenirse en que la terminología utilizada por la Corte Suprema es confusa.

Pero hay autores que si bien niegan que el *Estado* sea el titular de los bienes dominicales, pues al respecto sólo le reconocen un derecho de custodia y administración, no expresan quién ha de ser considerado como sujeto de tales bienes (87) .

1704. Ya anteriormente sostuve que el sujeto del dominio público es el *"pueblo"* y no el Estado, si bien el pueblo actúa representado en el Estado (88) . Ratifico categóricamente tal afirmación.

Esta tesis que imperaba entre los romanos (89) y que desde antaño sostuvieron juristas eminentes, como Proudhon (90) . y Rudolf von Ihering (91) . Posteriormente dicha conclusión fue sustentada por numerosos expositores (92) . Entre nosotros es también la sostenida por Bielsa (93) y Linares Quintana (94) , habiendo sido intuida por el tribuno Bartolomé Mitre (95) .

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. Pero ya en otra oportunidad, refiriéndome a este asunto dije lo siguiente: "La redacción actual del artículo 2340 del Código Civil no puede servir de base razonable para dilucidar la cuestión, ya que el doctor Vélez Sarsfield no tenía un criterio claro y definido sobre este punto, lo que así se comprueba si se tiene en cuenta que en la parte final de la nota al inciso 3º del artículo 2340 le atribuye al Estado la propiedad de los bienes públicos, mientras que en la nota al artículo 2644 , refiriéndose a bienes clasificados como del dominio público, dice que en este Código los reconocemos como del dominio común. La contradicción o confusión del doctor Vélez es, pues, notoria. El sentido verdadero del actual artículo 2340 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 la misma" (96) . De modo que la opinión de quienes le atribuyen al *Estado* la titularidad del dominio público, basándose para ello en la letra de nuestro Código Civil, es inconsistente e inaceptable.

Sostener que el *Estado* y no el *pueblo* es el sujeto del dominio de las cosas públicas, equivale a 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 de "independiente", pero ese aspecto de la cuestión no es el que ahora se contempla.

Un Estado es un conjunto organizado de hombres que extiende su poder sobre un territorio determinado y reconocido como unidad en el concierto 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" (97) .

De manera que el concepto de *Estado* traduce la idea *conjunta* de territorio y de pueblo; si falta uno de éstos no hay Estado (98) . Siendo así, es evidente que sostener que el Estado es dueño de los bienes públicos, es lo mismo que sostener que el *todo* es dueño de *una de las partes*, lo que es un absurdo, porque en este caso equivale a sostener que el Estado es dueño de sí mismo, ya que el "territorio" (del cual forman parte los bienes públicos) es uno de los elementos esenciales que concurren en la formación del Estado.

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, quedó en poder de un *conjunto* de hombres ("pueblo") unidos entre sí por vínculos comunes: raza, lengua, religión, etcétera (99) . Por eso ha podido decirse que en la esencia del dominio público hay una persistencia de la antigua propiedad *colectiva* (100) .

Por lo demás, el "pueblo" titular del dominio público es el constituido por nativos, o equiparados legalmente a éstos; los extranjeros quedan excluidos, pues no formaban parte del agregado originario.

Pero si bien el *"pueblo"* es el titular del dominio público, él no lo administra en forma directa, sino por medio de sus representantes, o sea por medio de las autoridades constituidas. Es la solución que se impone por aplicación del artículo 22 de la Constitución.

Tal es mi criterio en lo atinente a la titularidad del dominio de los bienes públicos.

Mi expresada tesis ha sido objeto de una minuciosa crítica por parte del doctor Villegas Basavilbaso. Trátase de una crítica constructiva y elevada. Las respuestas requeridas por las objeciones de dicho jurista, me permitirán aclarar mis ideas y afirmar mi posición.

En síntesis, las objeciones hechas por Villegas Basavilbaso son las siguientes, que en cada caso contestaré en forma inmediata.

A. Que no obstante que yo niego que el *Estado* sea el titular de los bienes del dominio público, en diversos pasajes de mi obra digo que el Estado ribereño *posee* el mar territorial; que las provincias ejercen con relación al mar territorial todos los derechos inherentes a su calidad de *propietarias;* etcétera (tomo 4º, página 164, nota 51).

Cuando en distintas partes de mis trabajos hablo de que el *Estado* (Nación o provincias) es el titular de tal o cual bien público, lo hago por comodidad de lenguaje, por sencillez de expresión, entendiendo referirme en tales supuestos al Estado como *"órgano"* a través del cual el pueblo ejercita sus derechos e impone sus decisiones (101) . Lo hago al solo efecto de recalcar que no se trata de propiedades privadas, pertenecientes a individuos considerados en particular y aisladamente. Por eso, para evitar equívocos y que no se piense

en inconsecuencias o en contradicciones, en el nº 1694 *in fine*, de la presente obra, al referirme a la terminología en materia de dominio público, hice resaltar especialmente esa circunstancia.

B. Que si el Estado no tiene la propiedad del dominio público ¿cómo se explica que por el solo hecho de la desafectación queden incorporados al dominio *privado* del mismo los bienes respectivos? (tomo 4º, página 169).

Ante todo, cabe advertir que lo que se diga -en materia de sujeto del derecho- respecto del dominio público, podría igualmente extendérselo al hoy llamado dominio privado del Estado, pues el desdoblamiento de la personalidad de éste responde a construcciones jurídicas *posteriores* a la organización originaria del Estado, época en la que ya había ciertos bienes usados "directamente" por el pueblo y otros usados "indirectamente" por el pueblo a través de las respectivas autoridades públicas; pero en ambos casos tratábase de bienes del *"pueblo",* del "público", considerado como unidad política total.

El hecho de que, una vez desafectados, los bienes públicos pasen a ser bienes "privados" del Estado, es sólo la *consecuencia de un régimen jurídico* aceptado después de constituido el Estado. Prueba de ello es que no todos los bienes públicos desafectados pasan a ser propiedad "privada" del Estado: el cauce abandonado de los ríos -que es un supuesto de desafectación-, en todos los países que siguen el sistema accesionista romano, pasa a ser propiedad privada de los ribereños y no del Estado.

El *"fin"* a que responde el dominio público es el que exigía que los bienes que lo integraban continuasen en poder de su titular originario, anterior al Estado, es decir el "pueblo"; pero cambiando el *destino* de esos bienes, de acuerdo con el ordenamiento jurídico aceptado al constituirse el Estado, dichos bienes cambian simplemente de *"régimen jurídico"*, pasando por virtud de ello al dominio privado del Estado. No debe olvidarse que lo que distingue los bienes "dominiales" del llamado "dominio privado del Estado", es sólo una cuestión de *"régimen jurídico"* (ver el nº 1692 de la presente obra); pero este régimen jurídico -en lo atinente al llamado dominio privado del Estado- es *posterior* a la formación del Estado, en tanto que el dominio público, como institución, es *anterior* a dicha formación. Antes de la formación del Estado actual, no existía lo que hoy se denomina *dominio privado del Estado*. La antigua propiedad *colectiva* -que generalmente fue anterior a la individual- constituye un antecedente histórico del dominio "público", no del dominio privado del Estado (véase a Huc, tomo 4º, páginas 65-70).

C. Que los autores que tienen al pueblo como sujeto del dominio público, consideran bienes públicos únicamente los afectados al uso *directo* de la colectividad, no a los bienes patrimoniales del Estado afectados al uso *indirecto* (al servicio público), sobre los cuales el Estado tiene un verdadero derecho subjetivo (tomo 4º, página 170).

Para mí no sólo son públicos los bienes afectados al uso *directo*, sino que también pueden serlo los destinados al uso *indirecto,* siempre que en este supuesto estén cumplidos los requisitos legales pertinentes, de lo cual me ocuparé más adelante al referirme al elemento "teleológico" integrante de la noción de dominialidad. Pero aun en este último caso considero que el titular de dichos bienes es el *pueblo*. Las mismas razones esenciales que

militan para atribuirle esa titularidad respecto a los bienes afectados al uso directo, subsisten para atribuírsela respecto a los bienes afectados al uso indirecto.

D. Que como el pueblo no es una individualidad jurídica, para salvar la ficción se dice que el pueblo está *representado* en el Estado. Pero esa representación no se asienta, por lo menos en nuestro derecho positivo, en ningún texto legal (tomo 4º, página 170).

La objeción es infundada.

El dominio público es *anterior* a la formación del Estado actual. Era un conjunto de bienes poseído en común por el grupo de individuos que después, bajo el concepto de "pueblo", integró el Estado. Así resulta de los antecedentes relatados en las páginas precedentes. Pero hoy, merced a principios fundamentales establecidos y aceptados al organizarse el Estado, ese grupo de individuos no puede disponer, por sí, de esa masa de bienes.

En lo que a nuestro país respecta, la Constitución de la República dispone clara y expresamente que "el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus *representantes* y autoridades creadas por esta Constitución" (artículo 22). 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 existe.

E. Que el pueblo, como tal, es una ficción, desde que no tiene individualidad jurídica (tomo 4º, páginas 173-174).

No lo creo así. El pueblo no es una ficción. Si el Estado existe es porque existe el pueblo; sin pueblo no hay Estado, de cuya existencia constituye un elemento esencial y preexistente. Lo que *existe* no es ficción. Hay quienes aceptan la posibilidad de que exista un Estado sin territorio, pero nadie acepta o concibe la existencia de un Estado sin el correlativo *pueblo*. Un jurista dijo: "Cualquiera que sea la concepción que se tenga del Estado, es indudable que, en primer término, le es consubstancial la asociación de hombres o de grupos humanos" (102) .

El pueblo, en nuestro ordenamiento al menos, si bien no tiene personería jurídica, sí tiene *individualidad* jurídica. En tal sentido constituye una evidente *realidad*. Varias normas fundamentales hablan del *pueblo* como titular de potestades esenciales. De acuerdo con el preámbulo de la Constitución, ésta fue establecida por los *representantes del pueblo:* los constituyentes no representaron a un ente inexistente o ficticio. El artículo 22 de ese estatuto dispone que el *pueblo* no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes: sólo es posible representar a un ente existente. El artículo 33 de la Constitución se refiere al *pueblo* como titular originario de la soberanía, la máxima potestad de orden político, siendo de advertir que los seres inexistentes, ficticios, no pueden ser titulares de prerrogativa alguna. El artículo 37 de la misma Constitución habla de representantes elegidos directamente por el *pueblo* de las provincias: no es concebible que el ejercicio de un derecho se le atribuya a entes ficticios o que no existen.

La individualidad jurídica del pueblo es, pues, evidente. Con razón Freitas incluía al *"pueblo"* entre las *personas jurídicas* de existencia necesaria, a la que consideraba propietaria de los bienes públicos (103) .

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 (104) .

F. Que en la tesis que considera al *pueblo* como sujeto del dominio público, el derecho a esos bienes se manifiesta por el uso de todos, el cual absorbe el derecho total sobre la cosa, no quedándole al Estado sino un derecho de vigilancia y conservación (tomo 4º, página 174).

No es precisamente así.

Como lo expresé en otra oportunidad y lo advertiré más adelante en el nº 1705, sólo los usos *"comunes"* integran el contenido del derecho perteneciente al pueblo sobre el dominio público. La facultad de ejercitar usos *"especiales"* excede del contenido del derecho de propiedad sobre el dominio público. El *pueblo*, como titular de ese conjunto de bienes, no está habilitado para ejercitar, por sí, usos "especiales"; el ejercicio de éstos requiere, en cada caso, *autorización especial del Estado* (105) .

De manera que no es admisible la afirmación de que el derecho del *pueblo* sobre esos bienes absorbe el derecho total sobre la cosa y que, en consecuencia, al Estado no le queda sino un derecho de vigilancia y conservación. Al Estado le queda nada menos que la facultad de otorgar derechos para ejercitar usos "especiales".

G. Que la tesis que sustento, limita los bienes públicos a los que forman parte del *"territorio"* del Estado, esto es, a los *inmuebles,* quedando excluidos los que no forman parte del *territorio* (tomo 4º, página 171).

Desde luego, en parte alguna de mi exposición dije o di a entender que sólo los *inmuebles* formaban parte del dominio público. Me referí a ellos en particular porque lógicamente han representado y constituido el dominio público *originario*, ya que los inmuebles -cursos de agua, caminos, calles, plazas, etc.- tenían la aptitud necesaria para satisfacer las primeras necesidades de carácter general de las antiguas comunidades humanas. Más tarde -posiblemente después de constituido el Estado-, con la mayor cultura y el correlativo refinamiento de las costumbres, las necesidades generales a satisfacer necesitaron de las cosas "muebles", y hoy incluso de los "derechos", ampliándose así las especies de bienes integrantes del dominio público, todo ello sin perjuicio de que aún actualmente existen quienes rechazan la existencia de "muebles" y "derechos" dominiales, ya que limitan esta categoría de bienes a los inmuebles.

Si el régimen jurídico -escrito o consuetudinario- del *dominio público*, existió originariamente para los *inmuebles,* que eran los únicos que entonces interesaban, nada obsta, y la lógica más elemental así lo exige, que, extendido posteriormente ese régimen a los *muebles* y a los *derechos,* éstos se gobiernen por los mismos principios establecidos "ab-initio" para los inmuebles. *"Eadem ratio, idem jus"*.

La única salvedad que corresponde hacer aquí es la siguiente: si bien el dominio público es *anterior* al Estado, ese dominio público originario se circunscribe a los *inmuebles;* la

inclusión de los *muebles* y de los *derechos* en esa categoría legal es posterior a la creación del Estado actual, y tal inclusión es sólo la consecuencia de un sistema jurídico imperante después de constituido el Estado. Pero todos los bienes dominiales, cualquiera sea su superficie, responden a los mismos principios jurídicos esenciales; por virtud de esto el titular de todos los bienes públicos -inmuebles, muebles y derechos- es el mismo: el *pueblo*.

H. He sostenido que el concepto de *Estado* traduce la idea conjunta de "territorio" y de "pueblo", y que, siendo así, era evidente que sostener que el Estado es dueño de los bienes públicos -*territorio*, en la especie-, equivalía a sostener que el "todo" es dueño de "una de las partes", lo que es un absurdo, porque en este caso implica sostener que el Estado es dueño de sí mismo, ya que el "territorio" (del cual formaban parte los bienes públicos originarios) es uno de los *elementos esenciales* que concurren en la formación del Estado.

El doctor Villegas Basavilbaso disiente de la calificación de absurda que le atribuyo a la doctrina contraria (tomo 4º, página 171).

Insisto en mi expresada calificación de absurda.

Para contestarle al maestro, me basta con invocar la alta autoridad de Fischbach, quien se expresa así:

"Un inmediato dominio del Estado sobre su territorio *es imposible,* según la moderna teoría política; siempre precisa, para ello, la mediación de un *pueblo* determinado.

"A pesar de la inmediata analogía con la función positiva y negativa de la propiedad, la relación del Estado con su territorio no puede considerarse desde el punto de vista del derecho civil, *por la razón de que entre los distintos elementos de un concepto no pueden existir relaciones de aquel orden*.

"La teoría, antes tan extendida, que consideraba al territorio como un objeto del dominio del Estado (llamada por tal razón teoría del objeto), es, por consiguiente, inexacta. El territorio es más bien una de las características esenciales del Estado, es decir, un elemento conceptual del sujeto del poder del Estado (teoría del sujeto)" (106) .

Quizá alguien se pregunte: si el Estado no puede ser dueño de su "territorio", porque ello implicaría decir que el Estado es dueño de sí mismo, ¿cómo entonces las personas jurídicas privadas son dueñas de sus bienes? A esto debe contestarse: 1º) que contrariamente a lo que ocurre con el territorio respecto al Estado, los bienes de las personas jurídicas, por principio, no integran los elementos *constitutivos esenciales* de las mismas; 2º) que respecto al *dominio público*, su titular originario, es decir el "pueblo", nunca renunció a esa titularidad, ni aun al organizarse el Estado bajo las formas actuales; en cambio, tratándose de personas jurídicas privadas, el individuo o el grupo de individuos que decide su creación, "ab-initio" resuelve expresamente ya sea *transferir* ciertos bienes a la nueva entidad, o autorizar a ésta a que en lo sucesivo los adquiera a su propio nombre. De modo que la imposibilidad lógico-jurídica de que el *Estado* pueda ser considerado titular de su territorio*,* nada tiene que ver con el régimen de las personas jurídicas privadas y sus bienes.

I. Que el Estado en la realidad jurídica es una persona extraña a los tres elementos que contribuyen a su formación. En virtud de esta consideración, no existen partes en el Estado, y, por lo tanto, no es exacto que éste no pueda ser dueño de una de aquéllas (tomo 4º, página 173).

Para contestar este argumento del doctor Villegas Basavilbaso, aparte de reiterar lo dicho precedentemente (letra *H*), transcribiré las siguientes palabras del escritor italiano Giuseppe Ugo Papi:

"Pero el Estado, como máxima persona jurídica, de la cual depende la existencia de todas las otras, respecto a la propiedad pública destinada al uso inmediato de los particulares, no puede ser considerado como una abstracción distinta de cada uno de los individuos que forman el substrato originario, sino más bien como el pueblo mismo ordenado y representado. El Estado es la forma de cooperación social que le permite al pueblo ser propietario; no es una entidad conceptual, separada de los integrantes de la comunidad y propietaria ella misma. Si bien la necesidad de coexistir pudo producir el derecho, la ley, y constituir al pueblo -en cuanto autoridad preeminente- en una fuerza de unidad estatal distinta de los individuos que lo integran, aún ahora la realidad concreta de la organización estatal reposa en cada uno de los individuos agrupados, en el pueblo, en la colectividad, agregado de personas físicas, que es el sujeto esencial de la propiedad pública" (107) .

Además, si fuere exacto, como lo sostiene Villegas Basavilbaso, que el Estado es una persona extraña a los tres elementos que contribuyen a su formación, ¿de dónde nace el pretendido derecho de *propiedad* del Estado sobre los bienes del dominio público, siendo que la existencia de esta clase de bienes es *anterior* al Estado y data de épocas en que sólo existía un conjunto de hombres que ejercía su poder sobre una parte de la superficie terrestre?

1705. Estudiado ya lo atinente al sujeto del *dominio* de los bienes públicos, corresponde examinar ahora lo relacionado con 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* (108) , que, como lo sostuve en el parágrafo anterior, es el titular de su *dominio*. Pero al respecto deben hacerse dos fundamentales advertencias:

a) Al sostener que el *"pueblo"* es el titular de los bienes públicos cuyo uso les pertenece a *todos* los habitantes, me refiero únicamente 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 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". El contenido del derecho de propiedad que al pueblo le corresponde sobre el dominio público, en su ejercicio se limita a los usos "comunes"; los usos "especiales", "privativos" o "diferenciales" no integran ese derecho. Es que el régimen jurídico del dominio público es distinto al del dominio privado. Como acertadamente advirtió Otto Mayer, si bien en el

dominio público existen diversas instituciones que se vinculan a la propiedad privada, *hay que guardarse bien de confundirlas* (109) .

¿Por qué razón sólo los usos "comunes" integran el contenido del derecho de propiedad perteneciente al *pueblo* sobre el dominio público? 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, pues, 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 lo constituyan, en tanto se trate de realizar usos "comunes" o "generales". Tratándose de efectuar usos "especiales", "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", "privativo" o "diferencial", excede del que les corresponde a los habitantes en su calidad de titulares del dominio público.

De modo que el "uso *especial"* no tiene un titular determinado "a priori"; su eventual titular puede ser cualquier *miembro* de la *"comunidad"* -y no ya los nativos exclusivamente-, lo cual depende del *régimen administrativo* imperante.

b) Contrariamente a lo que sucede respecto al *dominio,* en materia de *uso* 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 (110) . Esto vale no sólo para los usos *comunes* o *generales,* sino también para los usos *especiales, privativos* o *diferenciales*.

¿Cómo se explica que si el titular del dominio de las cosas públicas es el *pueblo,* entendiendo por tal la masa de ciudadanos exclusivamente, también los extranjeros sean y puedan ser titulares del uso de tales cosas? En unos supuestos tal uso es inherente a la "personalidad humana" (verbigracia, uso de las aguas por el hombre para apagar su sed) (111) ; pero, en los demás casos, ya se trate de usos comunes o especiales, y aunque ello engendre un derecho *público* subjetivo, ese uso constituye un derecho de naturaleza "civil", por oposición al derecho de carácter "político" (112) . 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 (113) ; claro está que no todos los países hacen igual declaración, pero entonces sólo correspondería una excepción expresa respecto de ellos (114) .

1706. En un parágrafo anterior dije que sólo pueden ser titulares del dominio público entidades *"estatales"* o *"comunidades de substrato típicamente político"* (*Estado,* "lato sensu", o *pueblo*, respectivamente) (115) .

Una consecuencia obvia de ello, cualquiera sea la tesis que se siga acerca del titular del dominio público -Estado o pueblo-, es que las personas juridicopúblicas, que algunos aceptan como posibles sujetos del dominio público, jamás podrán ser titulares de bienes dominicales si, además de personas juridicopúblicas, *no son también organismos estatales*. En otras palabras: no pueden ser titulares de bienes del dominio público las personas juridicopúblicas no *estatales*.

¿Por qué las entidades juridicopúblicas *no estatales* no pueden ser sujetos de bienes dominiales? La titularidad del dominio público apareja delicados privilegios -verbigracia, el ejercicio del poder de policía sobre la cosa pública-, sólo admisibles en el Estado o en sus organismos descentralizados; baste recordar, al efecto, que para la tutela de los bienes dominicales el Estado puede proceder por sí, directamente, ejercitando atribuciones inherentes al poder de policía sobre la cosa pública, sin necesidad de recurrir a los tribunales de justicia. Sería ciertamente inconcebible que una entidad juridicopública no estatal, para recuperar la tenencia de un bien o cosa de que se considere titular, proceda por sí, prescindiendo de los órganos jurisdiccionales ordinarios. El poder de policía sobre las cosas dominiales -que le compete al titular de las mismas-, es un atributo *estatal* exclusivo e indelegable. Además, las entidades simplemente juridicopúblicas, no obstante este último carácter, frente al Estado no dejan de ser "administrados", y éstos no pueden ser titulares de los bienes públicos (116) .

Generalmente, cuando se habla de delegación del poder de policía, se trata de la delegación entre *órganos estatales o administrativos*. Pero el poder de policía sobre el dominio público es indelegable en favor de entidades o personas *"no estatales",* máxime si se tratare de una delegación *"genérica"* y no específica o para un acto determinado, ya se trate de una delegación expresa o de una delegación tácita, permanente o transitoria, sobre una masa de bienes o sobre una cosa determinada (117) .

Las conclusiones que preceden requieren especial análisis en lo atinente a la Iglesia y a las sociedades de economía mixta. Separadamente me ocuparé de cada uno de estos supuestos.

1707. La Iglesia Católica Apostólica Romana, dado el ámbito en que actúa y los fines que cumple, en nuestro ordenamiento legal es una *persona juridicopública*. Esto nadie lo discute, ni lo pone en duda (118) . Después de la reforma del Código Civil, efectuada en 1968 por la ley 17711 , la Iglesia Católica es una persona jurídica *"pública"* (art. 33, inciso 3º). Pero es una persona pública *"no estatal"*. Véase el tomo 1º, número 180.

El hecho de que la Iglesia Católica sea una persona *juridicopública,* en modo alguno significa que sea un organismo del Estado, una persona pública estatal, pues no integra la organización jurídica de la Nación (119) , y menos aún significa que la Iglesia Católica constituya un "poder político" (120) . El hecho de que la Iglesia Católica sea una persona juridicopública de existencia necesaria, 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, va de suyo que sus bienes *no pertenecen al dominio público,* ni siquiera al dominio público *eclesiástico,* como lo consideran algunos distinguidos tratadistas (121) . Para que los bienes de la Iglesia Católica, afectados al culto, sean dominicales, falta un *elemento* esencial: el subjetivo, en cuyo mérito el bien o 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, artículo 2345 , le atribuye a la *Iglesia* la propiedad de esos bienes.

Cualquiera sea, pues, la teoría que se acepte respecto al titular del dominio público, es decir si por tal ha de tenerse al *Estado* o al *pueblo*, para ser sujeto de bienes dominicales se requerirá ser entidad estatal -"lato sensu"- o comunidad de substrato político (pueblo). No encontrándose la Iglesia Católica Apostólica Romana en alguna de esas situaciones, sus bienes no pueden integrar el *dominio público,* no son bienes públicos: falta el *"sujeto"* indispensable (122) .

No obstante su calidad de persona *juridicopública,* la Iglesia Católica no puede, pues, ser titular de bienes dominicales, porque no es entidad estatal, ni comunidad de substrato político, únicos posibles sujetos de bienes *públicos*.

Al estudiar la condición legal de la Iglesia Católica Apostólica Romana y la de sus bienes, nuestros autores no hicieron la indispensable distinción entre persona juridicopública y entidad estatal. Dicha distinción, al menos en lo atinente a la posible titularidad de bienes dominiales, es fundamental. Por eso la argumentación de quienes, sin hacer esa distinción esencial, le atribuyen carácter de dependencias del dominio público a los bienes eclesiásticos, es totalmente deleznable. El profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Montevideo, doctor Enrique Sayagués Laso, hace resaltar en forma expresa y concreta la distinción entre persona juridicopública y entidad estatal, teniendo en cuenta al respecto las enseñanza de la moderna doctrina francesa y especialmente de la italiana, para las cuales no toda *persona pública* integra la estructura estatal, ni forma parte de la Administración Pública "stricto sensu" (123) .

El culto católico, atendido por la Iglesia, desde el punto de vista jurídico implica la prestación de un *servicio público* (124) , regido en lo 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 o menoscaben la "continuidad", "regularidad" y -dada la especial jerarquía de dicho *servicio*- la *"dignidad"* del mismo; pero sí 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 perderán este último carácter si fueren válidamente desafectados. Véase mi publicación "Los bienes corporales de la Iglesia Católica en

Argentina. Su régimen público", en "Revista Argentina del Regímen de la Administración Pública" (R.A.P.), Buenos Aires, febrero 1977, Año XIX, nº 221.

De modo que los bienes o cosas afectados al culto católico son propiedad *"privada"* de la Iglesia, salvo que excepcionalmente se trate -como puede ocurrir- 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 de 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 (ver nº 1709), lo mismo debe decirse de los bienes de la Iglesia Católica afectados al servicio público de culto. Las situaciones son análogas. Numerosos autores o legislaciones admiten que los bienes estatales afectados a servicios públicos directamente prestados por el Estado, pertenecen al dominio público. Pero los bienes de la Iglesia Católica no están en esa situación: el servicio público de culto no lo presta el Estado, *sino la Iglesia;* el Estado se limita a "sostener" ese servicio con fondos del tesoro nacional, aparte de que los fieles también contribuyen a dicho sostenimiento.

El carácter "privado" de las cosas afectadas al culto católico surge, asimismo, del propio Código de Derecho Canónico (125) . La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación permite llegar a igual conclusión. Según el alto Tribunal, para que un bien forme parte del dominio público es necesario que actualmente se halle en el patrimonio del *"poder público"* (126) ; siendo así, va de suyo que para la Corte Suprema no existe un dominio público eclesiástico, desde que la Iglesia no es ni constituye un *poder público*.

En cuanto a los cultos no católicos, a cargo de las iglesias llamadas disidentes o libres (127) , resulta fuera de toda duda que sus bienes no sólo constituyen una propiedad *"privada"* de las dichas instituciones o entidades (128) , sino que ni siquiera se hallan sujetos a régimen jurídico diferencial alguno, pues en la especie no estamos frente a un "servicio público" que haga procedente tal régimen diferencial, sino en presencia de un *"servicicio privado"* (129) , de una actividad particular o privada, sólo sometida al respectivo poder de policía, como pudiera estarlo cualquier otra actividad.

1708. ¿Cuál es la condición jurídica de los bienes pertenecientes a una sociedad de economía mixta *"pública",* afectados al cumplimiento de los fines de la entidad? ¿Pertenecen al dominio público o al dominio privado? Un autor los considera incluidos en el dominio público (130) , opinión con la cual debo disentir.

Las sociedades de economía mixta pueden ser entidades de derecho *privado* o de derecho *público,* según las circunstancias. Pero aun tratándose de una sociedad de economía mixta de *derecho público,* ella no constituye una entidad estatal o persona administrativa.

Tratándose de una sociedad de economía mixta *"pública"* -no de una entidad autárquica-, va de suyo que la misma no es un organismo estatal o persona administrativa. Siendo así, cualesquiera sean los fines que satisfaga la entidad, sus bienes no son dominiales, no

pueden pertenecer al dominio público, pues para ello falta un elemento esencial: el subjetivo, en cuyo mérito el titular del bien, según cual sea la teoría que se adopte, ha de ser el Estado ("lato sensu") o una comunidad de substrato político (pueblo). Para determinar la condición jurídica de un bien, no basta considerar el "destino" de él (elemento teleológico), sino también la naturaleza de su titular (elemento subjetivo). Sólo puede haber dominio público cuando están reunidos los *cuatro* elementos que lo caracterizan.

Claro está que si para la atención de la respectiva actividad o servicio, la entidad fuese organizada como *"ente autárquico"*, si bien estaríamos frente a un organismo estatal, nos hallaríamos totalmente fuera del ámbito estricto de la sociedad de economía mixta. Y aquí estoy refiriéndome a este tipo de entidades, y no a las entidades autárquicas. Desde el punto de vista jurídico, una cosa es la "entidad autárquica" (organismo administrativo o estatal) y otra muy distinta la mera sociedad de economía mixta (organismo *no estatal*) (131) .

De modo que tratándose de sociedades de economía mixta, aun las de *derecho público,* sus bienes jamás podrán considerarse *"dominiales":* faltaría el elemento subjetivo. Por cierto que si la sociedad de economía mixta tuviese a su cargo la prestación de un servicio público, sus bienes, aunque no pertenezcan al dominio público, estarán sujetos en cambio a un régimen jurídico diferencial mientras dure su afectación a ese servicio público.

Tratándose de sociedades de economía mixta de derecho *privado,* está fuera de toda duda que sus bienes no podrán revestir calidad de *dominicales,* pues éstos no pueden pertenecer a personas particulares, a administrados.

1709. Los bienes pertenecientes a los concesionarios de servicios públicos, afectados directamente a la prestación del respectivo servicio, son bienes *"privados"* de dichos concesionarios; vale decir, no constituyen bienes del dominio público.

Lo expuesto es así ya se trate de bienes que el concesionario haya tenido con anterioridad a la concesión o adquiera después del otorgamiento de ella por medios de derecho privado (compraventa, etc.), o ya se trate de bienes adquiridos por el concesionario mediante el procedimiento expropiatorio. En ambas hipótesis trátase de cosas privadas pertenecientes al concesionario.

Los bienes que el concesionario ya tenía con anterioridad al otorgamiento de la concesión o adquiera después del otorgamiento de ésta, por procedimientos de derecho privado (verbigracia, compraventa), es evidente que no pueden ser *"dominicales",* porque, como se expresó en un parágrafo anterior, las personas particulares o administrados -tal es la condición del "concesionario"- no pueden ser sujetos de dependencia del dominio público (132) : en la especie faltaría el elementos subjetivo. Hay veces en que para la prestación de un servicio público concedido, se encuentran afectados bienes del *dominio público;* pero en tales casos el titular del bien no es el concesionario, sino el concedente (133) .

Cuando los bienes que el concesionario afecta a la prestación 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 ese solo hecho, calidad dominial (134) . La calidad *"pública"* de un bien no deriva, precisamente, del hecho expropiatorio, sino de que ese bien, de acuerdo con 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 (135) .

1710. También con referencia a las entidades autárquicas debe analizarse lo atinente a la titularidad de los bienes dominiales. ¿Pueden tales entidades ser sujetos del derecho sobre dependencias del dominio público?

La respuesta a tal pregunta depende de la teoría que siga el intérprete respecto al sujeto de las cosas dominiales. Hay que distinguir, pues, entre los que sostienen que el titular de éstas es el *Estado* y los que afirman que dicho sujeto es el *pueblo*.

a) Los que consideran al *Estado* como sujeto de dominio público, no tienen inconveniente alguno en aceptar a las entidades autárquicas como sujetos posibles de bienes dominicales. Sólo disienten entre ellos respecto a si cualquier tipo de entidad autárquica puede ser titular de esos bienes, pues mientras unos autores sólo consideran que las entidades autárquicas *"territoriales"* puedan tener esa calidad (136) , otros juzgan que también pueden ser sujetos de bienes públicos las entidades autárquicas *"institucionales"* (137) .

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 (138) . Juzgo deleznable tal argumento, pues respecto a los bienes públicos, no se ejercen precisamente 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 las entidades autárquicas pueden ejercitar la porción de poder de policía indispensable para el cumplimiento de sus fines.

Por eso, dentro de la teoría que considera al Estado como titular de los bienes dominiales, juzgo más aceptable la opinión de quienes incluyen no sólo a las entidades autárquicas territoriales, sino también a las *"institucionales"*, entre los posibles sujetos de bienes del dominio público. En este orden de ideas, resultan juiciosas las siguientes palabras de Ballbé: "puede objetarse a aquella doctrina que, si bien es cierto que sólo los entes públicos territoriales disfrutan, de modo general, de poderes ilimitados respecto al número y a la calidad de las personas, ello, no obstante, no es óbice para que las personas públicas no territoriales ostenten tales poderes, si no con carácter de generalidad, sí de modo limitado, tan amplio, sin embargo, como requiera el cumplimiento de los fines para los que hayan sido instituidas, entre los que pueden haberlos que atañan a los bienes dominiales" (139) .

b) Para quienes sostenemos que el sujeto de los bienes del dominio público es el *"pueblo"* -y no el Estado-, no existe problema alguno relacionado con 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 serlos las entidades autárquicas, que son desprendimientos del Estado. Pero a 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 autárquica 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 los fines que determinaron su creación.

1711. En parágrafos anteriores quedó analizado lo atinente a quién debe ser considerado como sujeto del dominio público, habiéndose establecido que el titular del mismo es el *"pueblo",* conjunto de hombres considerado como comunidad política.

Ahora corresponde concretar cuál es la naturaleza del derecho que el *pueblo* tiene sobre el dominio público, en su carácter de titular de éste.

Ese derecho constituye una *"propiedad"*, pero ésta hállase condicionada por las modalidades del sujeto a que pertenece, por las del contenido de la misma, por las del fin a que hállase destinada, por las de los actos jurídicos de que es susceptible, por las del régimen jurídico que la preside y por las de la índole de las normas que la disciplinan. No se trata, pues, de la propiedad común u ordinaria, regida por el derecho privado, sino de una propiedad de derecho público, de una "propiedad *pública"* en suma (140) . Como acertadamente advirtió Otto Mayer, si bien en el dominio público existen diversas instituciones que se vinculan a la propiedad privada, *hay que guardarse bien de confundirlas* (141) .

El sujeto del dominio público es el conjunto de hombres considerado como comunidad política, es decir el *"pueblo"*; en tanto que el sujeto de la propiedad común o civil es esencialmente el individuo en particular, o la persona jurídica de derecho privado. Respecto al titular del llamado "dominio privado" del Estado, véase precedentemente nº 1704, letra B.

El contenido del derecho que le corresponde al *pueblo* como titular del dominio público, presenta algunas particularidades: a) el derecho de uso perteneciente al pueblo sólo comprende los usos "comunes" y excluye los usos "especiales" o "privativos"; b) si bien el sujeto del *dominio* de los bienes públicos es el pueblo, constituido exclusivamente por los nativos o nacionales, en materia de *uso* el concepto de pueblo incluye a todos los "habitantes", incluso los extranjeros (ver el nº 1705). En cambio, la propiedad común u ordinaria le atribuye a su titular todas las ventajas de que el bien o cosa es susceptible.

El dominio público hállase afectado al uso público, a la utilidad común, mientras que la propiedad privada u ordinaria responde al uso particular de su dueño.

El dominio público admite una comercialidad restringida, de derecho público, compatible con los fines que motivan su institución. En cambio, la propiedad común u ordinaria admite, por principio, una comercialidad amplia, sólo limitada por normas expresas.

El dominio público hállase 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 de policía, 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 que 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 las propiedad privada o común, en su vinculación con los particulares, sean normas de coordinación.

Se ha pretendido que porque el Código Civil se refiere al dominio público en sus artículos 2340 y 2341, la naturaleza jurídica del mismo es "civil" (142) . Disiento 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. Cuando dicho Código establece qué cosas pertenecen al dominio público y cuáles al dominio privado, lo hace al solo y único efecto de deslindar ambos tipos de dominio, estableciendo así la distinción o clasificación básica en la condición legal o naturaleza jurídica de las cosas, materia que, por pertenecer a la legislación substantiva, es propia del Código Civil (143) .

Más adelante, al referirme al elemento *"normativo"* o *"legal"* como nota de la dominialidad, me ocuparé con detenimiento de esta cuestión.

b) *Elemento objetivo*

1712. 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.

1713. La caracterización legal de los distintos objetos que integran el dominio público se rige por los principios recibidos por el derecho privado. Trátase de nociones generales de derecho, aplicables incluso en derecho público.

En ese sentido son oportunas las siguientes palabras de Ranelletti; "El concepto de cosa y todas las distinciones *objetivas,* que de las cosas encontramos en el derecho privado, valen también en nuestro campo. Son conceptos fundados sobre elementos objetivos, y no pueden por consiguiente sufrir variaciones. Valen por lo tanto para nosotros las distinciones de las cosas en corporales e incorporales; muebles e inmuebles; fungibles y no fungibles; consumibles y no consumibles; divisibles y no divisibles; simples y compuestas; universalidad de cosas, universalidad de derechos; cosas principales y accesorias" (144) .

Por cierto, la expresión "cosas incorporales", si bien indica con claridad la idea que quiere significarse, no es recomendable, ya que, desde el punto de vista legal, el concepto de cosa está circunscripto a los objetos *"corporales"* (Código Civil, artículo 2311). Los objetos "incorporales" o "inmateriales" entran en la categoría general de *bienes* (Código Civil, artículo 2312) (145) .

1714. La propia *"ratio iuris"* a que responde el dominio público demuestra que cualquier bien puede incluirse en él: bastará con que el respectivo bien tenga la aptitud necesaria, o

reúna las correspondientes características, para cumplir las finalidades que motivan la institución dominial.

Acertadamente se dijo que *el dominio público se ejerce sobre bienes idénticos a aquellos sobre los que se ejerce la propiedad privada* (146) , pues, como también se expresó, *la dominialidad es independiente de la cualidad material de las cosas* (147) .

De manera que, objetivamente, pueden integrar el dominio público cualesquiera clase de *bienes* o de *cosas* (objetos corporales e incorporales, ya se trate de inmuebles, muebles o derechos).

1715. La posibilidad de que los *inmuebles* fuesen incluidos en el dominio público nunca fue objeto de controversias. Quizá haya contribuido a ello la redacción del artículo 538 del Código Civil francés, en vigor desde el año 1804, ya que, en los estudios modernos, ese texto tuvo gran influencia en el análisis de esta cuestión. De manera que en el terreno doctrinario hay absoluta uniformidad en el sentido de que los inmuebles pueden constituir dependencias dominiales.

Más aun: es de advertir que todavía hoy existen tratadistas que sólo aceptan a los *"inmuebles"* como posibles bienes públicos. Ello ocurre no sólo con algunos autores franceses, que se pronuncian así influidos por el artículo 538 de su Código Civil (148) , sino también con algunos escritores italianos que escribieron con anterioridad al actual Código Civil de su país, en vigencia desde 1942 (149) , como asimismo con escritores de otras nacionalidades (150) . Es frecuente incluir a Proudhon entre los autores que circunscribían el dominio público a los "inmuebles", pero ello implica un error: el eminente ex decano de la Facultad de Derecho de Dijon también consideraba dominiales a ciertos "muebles", verbigracia las *cosas sagradas* (151) .

Tratándose de un inmueble dominial, no sólo integrará el dominio público su *superficie,* sino también el *espacio aéreo* que lo cubre y el *subsuelo*. Al respecto es de aplicación el principio general contenido en el artículo 2518 del Código Civil. Por virtud de ello, entre nosotros la Administración Pública ha autorizado el uso del subsuelo de un inmueble dominical (152) y también el del espacio aéreo de un bien de esa naturaleza (153) .

Si se observan los bienes inmuebles integrantes del dominio público, fácilmente se comprueba que, junto a los bienes principales, suele haber bienes *"accesorios"*. El régimen legal de las cosas accesorias de inmuebles dominiales presenta analogías con el de las cosas principales y accesorias del derecho privado; pero la aplicación de los principios del derecho privado sólo será pertinente cuando lo consientan los principios del Derecho Administrativo aplicables en materia de dominio público. Por eso es que si bien en derecho privado las cosas accesorias participan de la condición legal de la cosa principal a que acceden, en derecho administrativo no siempre ocurre así.

En ciertos casos, también integrarán el dominio público los "accesorios" de inmuebles dominicales; por ejemplo, flores de una *plaza* (154) , árboles de una avenida o camino (155) , árboles de un parque público (156) , puentes construidos en una carretera o en un curso de agua (157) , etcétera. En otros supuestos los "accesorios" no tienen carácter dominical; verbigracia, los peces existentes en aguas públicas (158) , las hierbas o pastos

que nacen o crecen en los costados de las carreteras o caminos (159) , los tesoros hallados en el subsuelo dominial (160) . Tampoco tendrían calidad dominial las frutas y aun las flores de los árboles plantados en las *calles o avenidas* (161) , como igualmente carecería del carácter dominial la leña y aun la madera resultante de la poda de los árboles existentes al borde de las calles, carreteras o caminos públicos, o en cualquier otra dependencia del dominio público (162) .

Para determinar si el "accesorio" integra o no el dominio público, es decisivo establecer si dicho accesorio contribuye o no, en forma *permanente,* directa e inmediata, a que el bien dominical cumpla su destino y satisfaga los fines que motivan su institución (163) ; desde luego, si el "accesorio" fuere *esencial* para que el bien público cumpla su destino, dicho accesorio también revestirá calidad dominical.

Con referencia a "inmuebles dominicales", hay entonces cosas que son simples *"accesorios"* de ellos (verbigracia, los peces respecto a los ríos o mares) y otras cosas que son verdaderos *"inmuebles por accesión"*. La condición legal de esas cosas "accesorias" o de esas cosas "inmuebles por accesión", depende de las circunstancias: es una condición legal contingente, no absoluta (164) , depende de una *cuestión de hecho*.

Va de suyo que para todo lo atinente a la utilización de los accesorios *no* dominicales de inmuebles públicos, el Estado puede valerse de procedimientos de derecho privado, por tratarse de bienes de carácter patrimonial. Es así como puede concluir contratos civiles con terceros para la adjudicación de la hierba que crece en los costados de los caminos, o para la adjudicación de los frutos o de las flores de los árboles existentes al borde de las calles, caminos, avenidas o carreteras (165) .

En el derecho argentino son numerosos los *inmuebles* pertenecientes al dominio público. Así, tienen esa calidad todos los bienes *específicamente* mencionados en el artículo 2340 del Código Civil (mares; cursos de agua; lagos navegables; islas formadas o que se formen en el mar territorial, en toda clase de río o en los lagos navegables (166) ; calles, plazas, caminos, canales y puentes), y los *específicamente* mencionados en otros textos legales, como los parques nacionales (ley 22351) (167) . Por lo demás, en la última parte del inciso 7º del citado artículo 2340 , que es una disposición *genérica*, hallarán cabida muchos otros inmuebles no expresamente especificados en ese texto, ni en leyes especiales; por ejemplo: cementerios; ciertos edificios o construcciones; monumentos; determinados aeródromos y aeropuertos; jardines botánicos (168) y zoológicos. Otros inmuebles tienen carácter dominial por aplicación de los principios de la analogía jurídica interna; por ejemplo: islas situadas en alta mar o fuera del mar territorial; ventisqueros, 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 dominicales; subsuelo de inmuebles del dominio público; flores de las plazas públicas; árboles de una avenida, calle, camino o carretera; árboles de los parques públicos.

1716. La inclusión de las cosas "muebles" en el dominio público, no ha contado con la misma unanimidad que al respecto se advierte en materia de inmuebles.

Algunos autores, para negarles o para asignarles carácter dominial a los *muebles*, se basaron en el derecho positivo vigente en su respectivo país; así ocurrió en Italia, antes de la vigencia del actual Código Civil (169) .

Con las salvedades que luego indicaré respecto a las cosas consumibles y fungibles, no hay razón alguna que obste a que los *muebles* integren el dominio público.

La generalidad de la doctrina acepta la posibilidad de que las cosas *muebles* ostenten calidad dominial (170) . La mayoría de los tratadistas argentinos sigue ese criterio (171) .

No obstante, sobre la base de distintos argumentos, hubo y hay autores que rechazan la posibilidad de que las cosas muebles revistan calidad dominial (172) . Pero no comparto sus razonamientos.

Así, Mayer considera que las cosas muebles no revisten para la Administración un interés suficiente como para justificar la energía extraordinaria con que se tutelan las cosas del dominio público (obra y lugar citados). Tal criterio ha sido refutado por García Oviedo, en los siguientes términos: "Si la esencia de la propiedad pública radica en la afectación a un fin de utilidad pública, es inexplicable que no hayan de gozar de este concepto los objetos muebles destinados a un fin de interés social. La conexión con el interés público es, si cabe, mayor en los bienes muebles que en los inmuebles, pues si es susceptible de sustitución el inmueble soporte del servicio por otro, no ocurre otro tanto con los objetos muebles (cuadros, estatuas, documentos), cuyo valor social radica intransmisiblemente en ellos. El principio de la alienabilidad y prescriptibilidad de estos bienes ocasionaría un daño social muy superior al que originase en los inmuebles" (173) . Ballbé comparte esa crítica, y agrega: "a mayor abundamiento, es más necesaria la energía en la tutela de las cosas muebles, habida cuenta que, precisamente por su naturaleza, se hallan más expuestas a lesiones de su titularidad que los inmuebles" (174) .

Bielsa desconoce el carácter *público* de las cosas muebles (armas de guerra o de policía; cuadros, estatuas y demás objetos de los museos; libros de bibliotecas públicas; documentos de los archivos públicos), porque entiende que tales objetos no están afectados al "uso público", sino a un *"servicio público"* (op. y loc. cit., texto y nota). Semejante tesis, que juzgo inadmisible, obedece a un concepto restringido de lo que ha de entenderse por "uso" como nota característica del dominio público. Dicho autor limita el concepto de "uso" al *directo,* excluyendo el *indirecto* que es el comprensivo del "servicio público". Pero como lo advertiré más adelante, al ocuparme del elemento teleológico o finalista como nota del dominio público, el uso a que, de acuerdo con nuestro derecho positivo, hállanse sujetos los bienes dominicales, no es sólo el directo, sino también el *indirecto,* que incluye a los bienes del Estado afectados a servicios públicos. El profesor español Ballbé también ha refutado la posición de los que, como Bielsa entre nosotros, niegan el carácter dominial de las cosas muebles; dijo así: "Las argumentaciones en que se apoya aquella tesis caen por su base, en cuanto al primer razonamiento al reconocerse que, en realidad, el concepto del dominio público no está determinado solamente por la nota de uso público, sino, también, por otras, cual la de servicio público, al que, efectivamente, pueden estar afectadas las cosas muebles" (175) .

De modo que no existe principio jurídico alguno que impida incluir en el dominio público a las cosas *"muebles"*.

Pero el régimen especial del dominio público requiere que los bienes o cosas que lo integran, físicamente presenten o tengan un "relativo" carácter *"permanente"* e *"irremplazable"*: de no ser así, no se justificaría ese excepcional y severo régimen legal. Por eso las cosas "consumibles" y las "fungibles" no pueden revestir carácter dominial. Las cosas consumibles no ofrecen carácter "permanente" (176) .

Las cosas fungibles no tienen calidad de "irremplazables" (177) .

Conforme con lo expuesto, entre los muebles de las dependencias públicas no revestirán carácter dominial los lápices comunes, las plumas que se usan en las lapiceras, etcétera, pues se consumen por el uso. Tampoco serían dominicales los muebles de las dependencias públicas cuyos ejemplares sean de tipo común, existentes en plaza y fácilmente adquiribles en la misma, pues trataríase de cosas de indudable carácter fungible; mas no serían fungibles, y en consecuencia tendrían calidad pública, los ejemplares de esos muebles que constituyan piezas únicas, especiales o simplemente raras, como ocurriría con el sillón que ocupó Rivadavia, que actualmente se encuentra en el despacho del presidente de la República, o con los grandes y especiales sillones y mesas existentes en los salones de la Presidencia de la Nación, de los ministerios, etcétera, para celebrar acuerdos o reuniones (178) . Por cierto, no debe olvidarse que el concepto de cosa "fungible" es *relativo* e incluso circunstancial.

¿Los *semovientes* pueden revestir u ostentar calidad dominical? Los que integran una *universalidad pública* construida o creada para utilidad o comodidad común, deben reputarse "públicos" o "dominiales" (179) . En ese orden de ideas serían públicos los animales del jardín zoológico, como también la caballada del ejército, de la policía y de la municipalidad, mientras estén en condiciones de satisfacer el uso a que se les ha destinado (180) . Pero las manadas de yeguarizos que el Estado posea para proveerse de esos animales no pertenecen al dominio público, sino al dominio privado del Estado, pues constituyen simples bienes *instrumentales*. Tanto los caballos de referencia, como los animales del jardín zoológico, recién adquieren calidad dominial con su efectiva y actual incorporación al servicio pertinente (de defensa, de policía de seguridad, de limpieza, de recreo y cultura, respectivamente), ya que recién entonces se opera su "afectación". Por identidad de razón, también pertenecen al dominio público los perros que el Estado utiliza en la Antártida para la tracción de trineos.

En el derecho argentino la posibilidad de que existan bienes *muebles dominiales* encuentra apoyo en dos textos legales: a) en la disposición genérica del inciso 7º *in fine*, del artículo 2340 del Código Civil, pues las *"obras* públicas construidas para utilidad o comodidad común", de que habla esa norma, tanto pueden ser inmuebles como *muebles;* b) en el artículo 2415 de dicho Código, según el cual la presunción de propiedad de una cosa mueble 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,* según categóricamente lo expresan Aubry et Rau, indicados por el codificador como fuentes de esa disposición (181) .

De acuerdo con las conclusiones precedentes, en nuestro país tendrían calidad dominial los siguientes *muebles:* a) las armas portátiles de las fuerzas armadas y de la policía (182) ; b) las aeronaves (183) y los navíos de las fuerzas armadas (184) ; c) las colecciones de los museos (arte, historia natural, etc.) (185) ; d) los libros de las bibliotecas públicas (186) ; e) los documentos de los archivos públicos (187) ; f) la bandera de ciertas dependencias públicas (188) ; g) los semovientes del Estado afectados a la prestación de servicios públicos; h) 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.) (189) ; 2º mobiliario de dependencias públicas (190) ; etcétera.

Las nubes ¿son bienes dominiales? Considero que no lo son: les falta el requisito de *estabilidad* y *permanencia* necesario para ello. Las precipitaciones meteóricas, como así las mutaciones de forma y de lugar debidas a la acción de los vientos, les privan de esos caracteres. Las nubes, que no son otra cosa que *masas de agua* en estado de vapor, suspendidas en la atmósfera, jurídicamente son "objetos corporales", cuya condición legal es la de *"res nullius";* así lo expresé en otra oportunidad (191) , idea compartida por los doctores Lafaille (192) y Villegas Basavilbaso (193) .

1717. No sólo las "cosas", sino también los objetos inmateriales y los derechos pueden integrar el dominio público.

Desde un principio reconocióse esa posibilidad a ciertos derechos: las "servidumbres públicas", constituidas ya sea para beneficio de una dependencia dominial (inmueble público) o de una entidad pública (colectividad o grupo humano); verbigracia: servidumbre de sirga y servidumbre de acueducto en favor de un pueblo para servicio de sus habitantes, respectivamente. La doctrina siempre estuvo conteste en ello (194) , salvo una reciente objeción de Ballbé, a la cual me referiré luego. Los autores argentinos aceptan la posible existencia de tales *"derechos"* dominiales (195) .

Pero puede afirmarse que, aparte de las "cosas" -objetos corporales-, no sólo los "derechos" constituidos por servidumbres públicas integran el dominio público: también lo integran otros *"derechos",* como asimismo ciertos *"objetos inmateriales",* que no son precisamente "derechos". Vale decir que, además de las *"cosas",* pueden revestir calidad dominical los *"bienes"* en general.

En ese orden de ideas, integran el dominio público los siguientes *"objetos inmateriales"*:

1º El espacio aéreo que cubre el territorio del Estado. Es lo que hoy se denomina "dominio público aéreo".

En general, los autores que se ocupan del espacio aéreo que cubre el territorio del Estado, no concretan cuál es la condición legal del mismo; es decir, no determinan si se trata de un bien *público* o de un bien *privado.*

Anteriormente, al referirme a los "inmuebles" como dependencias del dominio público, dije que tratándose de un inmueble dominial, no sólo integrará el dominio público su superficie,

sino también el *espacio aéreo* que lo cubre y el subsuelo (nº 1715). Pero 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 estriba: a) en que el primero tiene trascendencia "internacional", en tanto que el segundo implica una cuestión de derecho público interno; b) que la extensión de ambos, en altura, es distinta: la del primero -dentro del "espacio terrestre", que excluye el espacio "cósmico" o "sideral" *(vacío espacial del universo)*- llega hasta la llamada *"frontera celeste"* (ver nº 1919, letra C); la del segundo llega hasta el "espacio útil", tal como ocurre en derecho privado.

Por cierto, una cosa es la condición legal del espacio aéreo en el orden internacional y otra distinta en el orden interno. Los autores, en general, sólo se ocupan del aspecto internacional, siendo por ello que hablan de la "soberanía absoluta" del Estado subyacente o de que dicha soberanía está restringida por el derecho de pasaje inocente a favor de los demás Estados; cuando se refieren al derecho interno, a lo sumo se limitan a decir que forma parte del dominio público, pero sin aclarar por qué.

En nuestro derecho no existe un texto legal *expreso* que incluya en el *dominio público* el espacio aéreo (196) . Pero a esto se llega igualmente recurriendo a los principios de la analogía jurídica, en cuyo mérito se le asigna la misma condición legal de un instituto similar: el mar territorial. Las razones que justifican la existencia del mar territorial y el carácter público del mismo, son de estricta aplicación al espacio aéreo que cubre el territorio del Estado (197) . Pero en el supuesto de este espacio aéreo, aparte de las razones existentes para el mar territorial -que limita "lateralmente" el territorio-, existe una de mayor peso aun: que el espacio aéreo, al limitar *verticalmente* el territorio del Estado, está *"sobre"* dicho territorio, posición o situación material que aumenta considerablemente los peligros de vuelos realizados sin consentimiento o control del Estado subyacente.

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. Siendo así, paréceme obvio que la condición legal de esa "fuerza" o "energía" debe ser exactamente igual a la de los elementos que la generan y de que depende íntimamente: vale decir, esa fuerza o energía, jurídicamente tiene la condición legal del curso de agua de que proviene. No puede negarse que entre un curso de agua y la fuerza motriz o energía que éste produce, existe la misma relación que entre lo principal y lo accesorio (198) ; por eso la fuerza motriz o energía hidráulica participa de la condición legal del curso de agua de que procede: *"accesorium sequitur principale"*. Si dicho curso de agua es "público", la respectiva fuerza o energía hidráulica tendrá también ese carácter" (199) ; si el curso de agua fuere "privado", la fuerza o energía hidráulica pertinente será también privada. Se sobrentiende que lo expuesto es salvo expresa excepción legal.

En nuestro país la energía hidráulica de los "ríos" formará parte del *dominio público,* sea ella originada por ríos navegables o por ríos no navegables, ya que todos ellos son del dominio público. No caben entre nosotros las discusiones suscitadas en Francia (200) , donde existe una diferenciación legal entre los ríos navegables o flotables y los que no lo son.

Integran el dominio público los siguientes *"derechos":*

1º Las servidumbres públicas, que, entre otras, en nuestro derecho incluyen las de sirga (Código Civil, artículo 2639), la de acueducto en favor de un pueblo para servicio de sus habitantes (Código Civil, artículo 3082), la de salvamento (201) , la de protección de fronteras (202) , la de seguridad de la navegación marítima y fluvial (203) , la de monumentos y lugares históricos (204) , etcétera.

Con referencia a dichos *"iura in re aliena"*, Ballbé plantea una disensión que juzgo inadmisible. Comienza por reconocer el carácter público de los mismos, pero concluye negando la correlación que la doctrina admite entre la respectiva dependencia del *dominio público* y el *"iura in re alinea"*. Expresa que "una institución es la del dominio y otra la de los *iura in re aliena,* modalidades ambas de la figura de los derechos reales, opuestos a los de obligación: el dominio constituye un derecho real comprensivo, pleno; los *iura in re aliena,* por el contrario, constituyen derechos reales restringidos, y, no sólo no se confunden con él, sino que se comportan como informados de un sentido opuesto, en cuanto representan y constituyen una limitación al mismo. Teniéndolo presente, en la construcción de la teoría de las relaciones juridicoadministrativas sobre las cosas hay que discernir, con toda precisión, de un lado el dominio público, expresión de una *plena in re potestas* en el ámbito del derecho público, y, de otro, independientes en un todo de él y constituyendo una figura jurídica autónoma, los *iura in re aliena* de carácter administrativo. En lo que aquí concretamente interesa, hay que concluir, por tanto, la inadmisibilidad de lo propugnado por la doctrina dominante que, frente al problema de si las cosas incorporales pueden ser de dominio público, lo solventa afirmativamente refiriéndolo a los citados derechos reales" (205) .

En el caso particular y concreto que aquí se contempla, lejos de existir entre el dominio público y el *iura in re aliena* la oposición a que hace referencia el profesor español, existe entre ambas instituciones una armónica correlación, al extremo de que ese *iura in re aliena,* en lugar de actuar como *limitación* al dominio público, actúa precisamente en sentido contrario: como *ampliación* de él. La "limitación" existe respecto al inmueble del dominio *privado* que soporta la servidumbre, pero en modo alguno respecto a la dependencia dominial en cuya utilidad se la ha constituido. Por eso es aceptable la opinión de Bielsa, para quien la servidumbre pública es la constituida sobre un inmueble del dominio privado, con el objeto de que este inmueble sirva al uso general, como *una extensión o dependencia del dominio público* (206) . Resultan, además, justificadas las siguientes palabra de Ranelletti: "Todas las normas sobre el derecho de soberanía del Estado en su aplicación a las cosas públicas; sobre la defensa jurídica del público contra las violaciones de la cosa pública; sobre la defensa de los derechos privados adquiridos sobre la cosa misma, valen para las *res privatae in público uso"* (207) .

El carácter *"dominical"* de las servidumbres públicas surge, entonces, por aplicación de los principios generales del derecho, relativos a las cosas principales y accesorias: la servidumbre constituye un accesorio del bien dominial en cuyo beneficio se la ha constituido.

2º Los derechos intelectuales sobre las obras científicas, literarias y artísticas, una vez vencidos los términos por los que la ley le acuerde al autor o a sus causahabientes la titularidad de tales derechos (208) .

Las *"rentas públicas"* ¿constituyen bienes del dominio público? La correcta respuesta exige una distinción entre "renta pública", como prerrogativa del Estado, y renta materializada en *dinero*. Estimo que en ninguno de esos supuestos las "rentas públicas" revisten calidad dominial. Tratándose de "rentas públicas", como prerrogativa estatal, no constituyen un "bien", sino una simple *"potestas",* que puede o no ser ejercida; si la renta se hubiere materializado en *dinero,* es de recordar que éste no puede revestir calidad dominial, por tratarse de una cosa fungible (ver nº 1716). La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado que "las rentas de las provincias y de sus municipios no figuran entre los bienes públicos" (209) .

De acuerdo con lo expuesto, en nuestro ordenamiento jurídico, la *dominialidad* de los *objetos incorporales* y de los *derechos* halla fundamento legal en el artículo 2340 del Código Civil, que es un precepto enunciativo y no taxativo, el cual no habla de "cosas", sino de "bienes", término éste que también comprende los objetos incorporales y los derechos. Además de esa disposición general, la dominialidad de los objetos incorporales y de los derechos encuentra base concreta en la *ley expresa* (por ejemplo: derechos intelectuales), en la *analogía jurídica* (verbigracia, en lo atinente al espacio aéreo del Estado) y en los *principios generales del derecho* relativos a las cosas principales y accesorias (así ocurre respecto a la fuerza hidráulica y a las servidumbres públicas).

1718. No sólo las cosas inmuebles o las muebles, aisladas o separadamente consideradas, pueden integrar el dominio público, sino también consideradas en su conjunto, formando un todo, siempre que ese complejo de cosas pertenezca a un mismo sujeto y se halle destinado a un fin único. Es lo que en derecho denomínase *"universalidad pública"* (210) .

Como ejemplos de universalidades públicas pueden mencionarse: las bibliotecas públicas, los museos públicos y los archivos públicos (211) . Igualmente constituyen universalidades *públicas* ciertos conjuntos de bienes del Estado afectados a la prestación de servicios públicos; verbigracia: explotaciones de teléfonos (212) , ferrocarriles (213) , ómnibus, líneas aéreas, etcétera. En estos últimos casos integrarán el dominio público no sólo los aparatos utilizados para las conversaciones, el material rodante o de vuelo, sino también los demás elementos afectados a la prestación del servicio: líneas telefónicas, vías férreas, estaciones, aeródromos, galpones, etcétera (214) .

La dominialidad de las *universalidades* generalmente ha de resultar de su carácter de obra destinada a la *utilidad* o *comodidad común*, circunstancia que las encuadra en el artículo 2340 , inciso 7º, *in fine*, del Código Civil.

En las universalidades públicas no sólo reviste carácter dominial la "universalidad", el *todo,* sino cada uno de sus elementos constitutivos. Así, como lo haré ver oportunamente al referirme a las bibliotecas, museos, archivos, etcétera, no sólo son públicos los museos, archivos y bibliotecas, sino también cada uno de los libros, objetos de arte y documentos que los integran (215) . En las *universalidades públicas* las cosas que les dan esencia, transmiten su cualidad a las demás cosas, formando ese todo jurídico.

A veces la universalidad comprende únicamente "muebles", como ocurriría en el caso de una biblioteca pública instalada en un edificio de un particular, alquilado por el Estado: otras veces la universalidad se compone de "inmuebles" y de "muebles", como ocurriría en el supuesto de una biblioteca pública instalada en un edificio perteneciente al Estado, en cuya hipótesis la dominicalidad abarca al conjunto: los libros y el edificio (216) . Los jardines zoológicos públicos también constituyen universalidades de muebles e inmuebles. Lo mismo corresponde decir de las líneas aéreas del Estado, afectadas a la prestación de servicios públicos, donde no sólo los aviones (cosas "muebles"; ver nº 1716, texto y nota 140), sino también los campos de aterrizaje (cosas "inmuebles"), revisten carácter dominical e integran la respectiva universalidad pública. Etcétera.

La teoría de las universalidades es útil, tiene proyecciones prácticas: permite determinar la condición legal de muchas cosas, cuyo carácter a veces resulta impreciso.

Jurídicamente, la "universalidad" es una aplicación de la teoría de los principal y de lo accesorio, donde lo principal, sea mueble o inmueble, imprime su carácter y lo transmite a lo accesorio. En nuestro derecho -sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 2340 , inciso 7º *in fine*, del Código Civil-, el fundamento jurídico de las universalidades radica en los principios generales atinentes a las cosas principales y accesorias.

1719. En los parágrafos que anteceden quedó de manifiesto la enorme heterogeneidad de *bienes* ("lato sensu") que integran el dominio público. No obstante, en nuestro derecho, como también en la generalidad de las legislaciones, no existe una nómina única y exhaustiva de los mismos. Ante tal situación, corresponde preguntar ¿es conveniente la existencia de una nómina semejante?

Esa lista legal o nómina, si fuere posible lograrla, resultaría indiscutiblemente beneficiosa, pues va de suyo que contribuiría a la seguridad jurídica, objetivo por demás plausible.

Pero no existiendo bienes dominiales por su "naturaleza", y siendo el dominio público un mero "concepto" jurídico -modificable por otro concepto-, la noción de dominicalidad resulta entonces contingente. Por eso estimo que será siempre difícil, si no imposible, lograr la enumeración exhaustiva de los bienes integrantes del dominio público.

En vista de ello, pienso que el temperamento más aconsejable es que el legislador, en textos expresos, vaya ratificando el carácter dominial atribuido por la doctrina a las diversas categorías de bienes cuya naturaleza pública, por ahora, sólo surge del juego lógico de los principios jurídicos. La estabilidad legal de los conceptos es quizá la mejor manera de contribuir a la seguridad jurídica.

c) *Elemento teleológico o finalista*

1720. Este elemento se refiere a la finalidad a que debe responder la inclusión de una cosa o bien en el dominio público. Al respecto no hay uniformidad en la doctrina.

1721. Precedentemente me ocupé de las distintas opiniones de los autores acerca de cuál es el *"fin"* a que responde la inclusión de un bien o cosa en el régimen de la dominialidad (nº 1698).

Claro está que dicha cuestión debe resolverse, en primer término, recurriendo al ordenamiento jurídico vigente en cada país; a falta de disposiciones en dicho ordenamiento, cobran particular importancia las conclusiones de la doctrina; por ello se impone el análisis de ésta.

En el lugar ya indicado (nº 1698), con referencia al elemento teleológico o finalista, expresé que mientras unos autores sólo consideran como nota conceptual el uso público, el uso de todos, otros estiman que ese uso público ha de ser *directo,* inmediato, en tanto que otros expositores incluyen también el uso público *indirecto,* mediato. Los sostenedores de este último criterio, para ponerlo de manifiesto se valen de diferentes expresiones: afectación a servicios públicos, a utilidad general, a utilidad o comodidad común, a utilidad colectiva, a utilidad pública, a funciones públicas, a finalidades públicas, a un fin público, etcétera (ver nº 1698).

También manifesté en el lugar mencionado que, dentro de los que afirman que el "uso público" a que hállanse afectados los bienes dominiales es no sólo el "directo", sino también el *"indirecto"* o mediato, están los tratadistas que introducen la variante de que el bien respectivo ha de ser esencial o necesario para que el ente público cumpla su función o desempeñe en ésta el papel principal, función que ha de ser exclusiva del respectivo ente. Tal es la posición de Jèze, Guicciardi y Diez, de la que me ocuparé en el parágrafo que sigue.

Ciertamente, la tesis que circunscribe al uso *"directo"* el uso a que están destinados los bienes dominiales, hoy está definitivamente superada. Puede afirmarse que en la actualidad tiene amplio afianzamiento la opinión de quienes, en el concepto de "uso público", no sólo comprenden el uso "directo" o inmediato, sino también el *indirecto* o *mediato*. Y adviértase que ya antiguos expositores extendían al uso *"indirecto"* la noción jurídica de dominicalidad.

Es explicable que cierto sector de la doctrina, como acaece en una parte de la dogmática italiana, haya insistido en circunscribir ese uso al "directo" o inmediato, porque, en la legislación de dicho país (217) , entre los bienes públicos y los privados del Estado, existe una categoría intermedia: la del *"patrimonio indisponible",* en la cual encuentran ubicación muchos bienes o cosas de uso público *indirecto,* pero que en otras legislaciones constituyen sin duda alguna bienes *"dominiales"*. Por eso, entre los autores italianos, es frecuente la opinión de que los bienes del Estado afectados a "servicios públicos" (que traducen un uso indirecto), no son dominicales, sino pertenecientes al *patrimonio indisponible* (218) . En nuestro derecho no existe esa categoría intermedia de bienes: con relación al Estado, los bienes son públicos o son privados.

1722. Entre las nociones conceptuales que se han propuesto para determinar qué bienes integran el dominio público, merecen una consideración especial, en lo atinente al elemento teleológico, las de Jèze y Guicciardi, como así la de Diez, que se basa en la de aquéllos.

a) *Teoría de Jèze*

Según el eminente maestro francés, las notas que caracterizan a los bienes del dominio público, son:

1º) Pertenecen al Estado ("lato sensu").

2º) Están afectados directamente a un servicio público.

3º) Debe tratarse de un servicio público esencial.

4º) En el servicio público, la cosa debe desempeñar el papel capital, principal (219) .

Estimo que el criterio de dicho jurista es impreciso, porque imprecisa es la noción de servicio público que le sirve de base; aparte de ello, es inexacto que la dominialidad dependa de que la cosa esté afectada a un servicio público, pues, como lo expresé anteriormente, la inmensa mayoría de los usos públicos "directos" sobre indiscutibles dependencias dominiales, nada tiene que ver con el servicio público (ver el nº 1695, letra a.). Puede haber dependencia del dominio público cuando la cosa respectiva esté afectada a un servicio público, prestado directamente por el Estado, pero no es indispensable que siempre ocurra así. El dominio público no es una consecuencia de la noción de servicio público (220) .

Además, es difícil, y a veces arbitrario, determinar en qué casos la cosa desempeña el papel capital o principal. En este sentido, considero que la tesis de Jèze es contradictoria: en los supuestos de los *cuarteles, escuelas* y *palacios de justicia,* juzga que esos edificios no pertenecen al dominio público, porque en los respectivos servicios públicos no desempeñan el papel capital o principal, el que es desempeñado por los soldados, por los profesores, por los jueces; en cambio, respecto al servicio público del culto, considera que las iglesias desempeñan el papel capital o principal (página 767). Para ser consecuente con su teoría, en el supuesto del servicio público del culto, Jèze debió sostener que el papel capital o principal no lo desempeñan las iglesias, sino los sacerdotes, pues en este orden de ideas no hay diferencia alguna con los soldados, con los profesores o con los jueces: cada uno actúa en su actividad.

Jèze olvidó que el juez no puede ejercer su magisterio en la calle, que el profesor no puede dictar clase en la plaza, que los soldados no pueden vivir a la intemperie. El ejército no podría desempeñarse sin soldados y sin que éstos tengan dónde albergarse; los tribunales no sólo necesitan jueces, sino también locales donde éstos puedan desenvolver su actividad; la enseñanza pública no sólo requiere profesores, sino también aulas adecuadas para el ejercicio de esa augusta función. Igualmente, el servicio público del culto no sólo ha menester de sacerdotes, sino también del local correspondiente, que en este caso es la iglesia.

La teoría de Jèze resulta, entonces, aparte de imprecisa, contradictoria. Además, traduce un olvido de las enseñanzas de la etnografía jurídica y de la arqueología jurídica: la personalidad del hombre actual no es la misma que la del hombre primitivo (221) . Antes, dicha personalidad reducíase al cuerpo mismo del individuo; en cambio, hoy se ha extendido a los elementos indispensables o mínimos puestos a su servicio por la civilización: ropas o elementos de vestir, alimentos mínimos y, además, *vivienda o ámbito adecuado para el desarrollo o ejercicio de sus actividades*.

En el estado actual de la civilización, así como es inconcebible considerar al hombre sin el complemento de sus ropas de vestir, es también inconcebible considerar al hombre -y, correlativamente, a sus actividades- sin el pertinente y adecuado ámbito físico para el desenvolvimiento de su personalidad: así como hoy no es posible concebir al hombre viviendo debajo de los árboles, o andando desnudo -como ocurría en las edades primitivas-, tampoco puede concebirse que ciertas actividades fundamentales y esenciales del mismo, como la administración de justicia, la enseñanza pública, la defensa del país, la profesión de su culto, no cuenten con el correlativo ambiente físico indispensable para su ejercicio: la administración de justicia requiere locales adecuados; la enseñanza exige escuelas; el ejército necesita cuarteles; el culto requiere iglesias. Todos esos ambientes -tribunales, escuelas, cuarteles, iglesias-, en relación con la actividad a que se refieren, son *esenciales,* al extremo de que sin ello no se concibe el ejercicio de la actividad correspondiente. Hay una interdependencia íntima e inseparable entre el *ambiente físico* donde se lleva a cabo la actividad, y la *parte intelectual o ideal* que se traduce en el ejercicio de esa actividad.

La opinión de Jèze la juzgo, pues, inaceptable, no sólo en lo atinente a la exigencia de que los bienes, para ostentar carácter dominial, deben hallarse afectados a un servicio público, sino también, y muy especialmente, en cuanto a la nota de que, en el servicio público, la cosa debe desempeñar el papel capital, principal. Tan principal es la *cosa* como la respectiva *actividad*.

b) *Teoría de Guicciardi*

Para este autor es dominial, y por lo tanto objeto de propiedad pública, todo inmueble perteneciente a un ente público territorial, necesario para una función *exclusiva* del ente y que haya sido destinado a dicha función (222) .

A la tesis que precede la juzgo inaceptable. Su aplicación deja al margen de la dominialidad a ciertos bienes cuyo carácter público es aceptado por la generalidad de la doctrina, incluso la argentina.

Existen, por ejemplo, cementerios privados, pertenecientes a colectividades extranjeras o a cultos ajenos al catolicismo. Eso significa que la función que el Estado ejercita sobre los cementerios no es *exclusiva* de él, ya que, en lo pertinente, también la ejercitan esas colectividades extranjeras. De acuerdo con la opinión de Guicciardi, ello da como resultado que los cementerios del Estado no constituyen dependencias del dominio público. Así lo reconoce expresa y concretamente el propio Guicciardi (223) .

En cambio, en el ordenamiento jurídico argentino, tanto la jurisprudencia como la doctrina les reconocen carácter dominial a los cementerios del Estado. Para llegar a esta conclusión, que comparto plenamente, se utiliza una técnica jurídica basada en una noción conceptual distinta a la propuesta por Guicciardi (224) .

c) *Teoría de Diez*

Este 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 (225) .

Fácil es advertir que la opinión de Diez responde a la de Jèze y, especialmente, a la de Guicciardi. Por eso le hago extensivas las críticas precedentes formuladas a las teorías de éstos.

1723. En el ordenamiento jurídico argentino, el uso público determinante de la dominialidad es no sólo el *directo* o *inmediato,* sino también el *"indirecto"* o *"mediato"*. Así ocurre *iure condito*.

¿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 comunidad 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 (verbigracia, 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*) (226) .

La circunstancia de que nuestro Código Civil incluya en el dominio público a cualquier obra pública construida para *utilidad o comodidad común*, revela claramente que dicha norma no sólo comprende el uso directo, sino también el *indirecto*. La "utilidad o comodidad común" excede del mero uso *directo*. La expresión de nuestra ley es *"genérica"*: no sólo abarca el uso directo, sino también el indirecto, una de cuyas expresiones es el *servicio público*.

La fórmula del Código Civil argentino *"y cualesquiera otras obras públicas, construidas para utilidad o comodidad común",* es más amplia que la de *"afectación a un servicio público";* por eso, en nuestro país, lo que caracteriza al dominio público no es, precisamente, ni el *uso directo,* ni la afectación a un *servicio público*, sino la afectación del bien *a utilidad o comodidad común,* concepto éste más amplio que aquéllos. El "servicio público" es sólo una *especie* en que se concreta la *utilidad o comodidad común,* la que puede hallar satisfacción por medios ajenos o extraños al *servicio público* "stricto sensu". Y adviértase que no sólo se trata de la *"utilidad"* común, sino también de la *"comodidad"* común, concepto aun más lato que el de "utilidad".

La fuente concreta del inciso 7º del artículo 2340 de nuestro Código Civil, a pesar de las citas del doctor Vélez Sarsfield, es, como lo advirtió Llerena (227) , el proyecto de Código Civil de Freitas, artículo 328, inciso 7º. El jurisconsulto brasileño consideraba que las cosas que él incluía en ese artículo 328, sólo eran susceptibles de *uso gratuito* (preámbulo de dicho texto), expresión suprimida por el codificador argentino al trasladar aquella norma a nuestro Código Civil. Si bien la onerosidad o la gratuidad del uso -que generalmente se vincula al uso *"directo"* o inmediato-, hace presumir razonablemente que nuestro codificador quiso que en la parte final del citado inciso 7º, no sólo quedare incluido el uso *"directo",* sino también el *"indirecto"* o mediato (verbigracia, cosas afectadas a los servicios públicos), ya que *generalmente* -no siempre- éste reviste carácter oneroso. De modo que la fuente de nuestro artículo 2340 , inciso 7º, y la forma en que al respecto actuó

nuestro codificador, constituyen un poderoso argumento para corroborar que esa disposición de nuestro Código no sólo contempla el uso directo, sino también el indirecto (228) .

En nuestro ordenamiento jurídico, los bienes consagrados al uso público *indirecto* pertenecen, pues, al *dominio público,* siendo por ello que los bienes del Estado afectados a un servicio público, son *públicos,* máxime cuando dicho servicio es directamente prestado por el Estado. Tal opinión es también la sustentada por conspicuos representantes de la doctrina nacional (229) ; es asimismo la sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (230) .

Cierto es que un autor ha pretendido lo contrario de lo que dejo expuesto, sosteniendo que los bienes del dominio público sólo están afectados al uso público *"directo"* (231) . Pero tal opinión tiene un fundamento deleznable: sin base legal que lo autorice, trasplanta a nuestro ámbito la doctrina italiana, para la cual, en materia de bienes del Estado, existen tres categorías: públicos, patrimoniales indisponibles y privados. Los bienes de uso público *indirecto,* según esa doctrina, quedan incluidos en el patrimonio indisponible del Estado, limitando la categoría de bienes públicos a los de uso público "directo". Mas tal doctrina carece de base legal en nuestro país, habiendo sido por ello, con acierto, expresa y terminantemente objetada (232) .

Si el uso *"indirecto"* hallare expresión en un *"servicio público",* el carácter dominial comprenderá a todos los bienes afectados o consagrados a dicho servicio, sea que el bien constituya el "objeto" del servicio (verbigracia, museos, bibliotecas, archivos), o constituya el "medio" de prestación del servicio (por ejemplo, explotaciones ferroviarias (233) , de ómnibus, aviones de pasajeros, etc.) (234) .

Desde luego, el uso "indirecto" que les 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"*, mas no al *"bien instrumental"* (235) . ¿Qué significa esto? De ello me ocupé en un parágrafo precedente (ver nº 1718, texto y nota 170), donde me referí al 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, carecería de todo carácter dominical. 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 (236) .

Por último, cuando se trata del carácter dominical 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 la 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" (237) . 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".

1724. El Código Civil incluye en el dominio público "cualesquiera otras *obras públicas, construidas* para *utilidad o comodidad* común" (artículo 2340 , inciso 7º *in fine*).

Por de pronto, está fuera de toda duda que ese precepto comprende las obras construidas por el *Estado* ("lato sensu").

Pero estimo que igualmente quedan incluidas en aquel texto no sólo las obras construidas *"ab-initio"* por el Estado, sino también las construidas por terceros y *adquiridas después* por el Estado por cualquier procedimiento jurídico, sea de derecho público o de derecho privado, para destinarlas a fines de utilidad o comodidad común. *"Eadem ratio, idem jus"*. Ejemplo de ello es el caso de monumentos construidos en nuestro país por Estados o colectividades extranjeros, con el objeto de donarlos al nuestro. Va de suyo que tales monumentos pertenecen al dominio público, por encuadrar en el artículo 2340 , inciso 7º *in fine*, del Código Civil.

Por obra *"construida"* no sólo debe entenderse la obra "fabricada", "confeccionada" o "realizada", sino también la obra *"organizada"* o *"formada"*, como lo sería, por ejemplo, un museo, una biblioteca, etcétera, que constituyen universalidades públicas. Tampoco es menester que los elementos constitutivos de la universalidad, aisladamente considerados, hayan sido "fabricados", "confeccionados" o "realizados" por el Estado. Basta con que éste los *"organice"* y cree la universalidad (la "obra"). El Estado no tiene por qué crear los "libros" de la biblioteca, ni los "cuadros" del museo: es suficiente con que, "organizándolos", cree la biblioteca, el museo, etcétera. Y así como es suficiente que el Estado adquiera de terceros las obras *construidas* por éstos, es también suficiente que el Estado adquiera de terceros las obras *"organizadas"* por ellos; como ejemplo puede citarse el caso de un museo o de una biblioteca, formados, creados u organizados por un particular, y luego donados o vendidos por él al Estado.

Las "obras" de referencia pueden responder a cualquier objeto, ya sea a los relacionados con la "defensa nacional", como en general a los de la "vida civil" de la sociedad (238) .

El concepto de "obra pública" es el que resulte de la legislación vigente y, en particular, de las enseñanzas de la doctrina dominante (239) . Pero adviértase que la obra pública tanto puede ser *"inmueble"* como *"mueble"*.

Finalmente, repárese en la enorme amplitud conceptual de nuestra ley, la cual no habla de obras destinadas a un "servicio público", sino de obras destinadas a la "utilidad o comodidad común", expresión de mayor latitud de contenido. Más aún: dentro mismo de

esta última expresión, el concepto de *"comodidad común"* es aún de mayor alcance que el de *"utilidad común"*.

d) *Elemento normativo o legal*

1725. Como se expresará más adelante, 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 (240) .

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

Dado que las leyes varían de país a país, va de suyo que lo que ha de tenerse como cosa o bien dominial, depende del ordenamiento jurídico que se considere. Una cosa o bien puede ostentar carácter público en un país dado, mientras que en otro país esa misma cosa puede constituir un bien privado. En todo esto influye el ambiente físico, cuyas exigencias refléjanse en la legislación (241) .

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 (242) . 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.

1726. De lo expuesto en el parágrafo que antecede, dedúcese 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 (243) .

El hecho de que una cosa no *"deba"* ser de propiedad privada o que no *"convenga"* que lo sea, es distinto a que no *"pueda"* serlo, pues no hay cosa o bien alguno insusceptible de ser propiedad privada. Por eso juzgo poco feliz la disposición del artículo 538 del Código Civil de Francia, que incluye en el dominio público "generalmente todas las porciones del territorio francés insusceptibles de una propiedad privada". Pelloux sostuvo con acierto que la noción de cosa insusceptible de propiedad, no es lógicamente aceptable y que se halla en contradicción con los hechos (244) .

Física o materialmente, ni el mar (245) , ni los ríos (246) , y ni siquiera el espacio aéreo que cubre los Estados, son insusceptibles de propiedad. La técnica científica moderna tiene medios que, idealmente, permiten medir y deslindar las superficies marítimas y aéreas casi con la misma precisión que las superficies terrestres. Más aún: el derecho interplanetario, nuevo derecho en formación, postula soluciones basadas en la posibilidad de deslindar el espacio terrestre y el espacio cósmico o sideral (vacío espacial del universo) (247) .

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 la 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 (248) . 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. Un prestigioso tratadista atribuye tal error común a una especie de espejismo jurídico. Muchas veces, dice, la gran antig□edad desde la cual un bien es considerado "público", hace que ello adquiera un casi carácter *histórico,* tradicional, y tal antecedente remoto, por una falla lógica, les hace pensar -equivocadamente, desde luego- en una dominialidad *natural* de esa cosa (249) .

1727. La determinación de qué bienes revisten carácter *"público"* y cuáles *"privado",* implica una cuestión de carácter *civil,* pues significa establecer la distinción o clasificación básica en la condición legal o naturaleza jurídica de las cosas, materia propia de la legislación susbstantiva (250) . Tal conclusión, que ya sostuve en anteriores publicaciones, fue expresamente compartida por Villegas Basavilbaso (251) .

Así también lo ha entendido nuestro codificador doctor Vélez Sarsfield, quien, en el artículo 2340 , hizo una "enunciación" de bienes considerados *"públicos"*, y al hacerlo consideró sin duda legislar sobre una cuestión *civil,* ya que en la nota al artículo 31 expresó que *"en un Código Civil no se trata sino del derecho privado"*.

De modo que establecer qué bienes son públicos y cuáles son privados traduce una cuestión de índole *"civil"*. Pero una vez establecido cuáles son los bienes que integran el *dominio público,* va de suyo que éste constituye una institución de derecho público y, más precisamente, de Derecho Administrativo (252) .

El dominio público no es, pues, una institución de naturaleza civil: es de *Derecho Administrativo*. Si el Código Civil hace referencia al dominio público no es para atribuirle naturaleza civil, ya que, como lo expresé precedentemente, cuando dicho Código establece qué cosas pertenecen al dominio público y cuáles al dominio privado, lo hace al solo y único efecto de deslindar ambos tipos de dominio, estableciendo así la clasificación básica en la condición legal o naturaleza jurídica de las cosas, materia que, por pertenecer a la legislación substantiva, es propia del Código Civil. Pero respecto al dominio público, el Código Civil termina su misión estableciendo qué cosas lo integran o dando las reglas que permitan establecerlo. Todo lo atinente a la regulación del uso de tales bienes, es materia extraña al Código Civil o a la legislación substantiva.

1728. En un país de la organización federal del nuestro, donde las provincias conservan poderes no delegados a la Nación, ¿a quién le corresponde establecer qué cosas serán públicas y cuáles privadas? ¿Es una facultad de las provincias o de la Nación?

A raíz de la enunciación de bienes integrantes del dominio público, contenida en el Código Civil, se ha pretendido que ello excedía de las atribuciones correspondientes a la Nación. "Es indudable, dijo Carlos Silveyra, que bajo el punto de vista del Derecho Administrativo, nuestro Código Civil ha ultrapasado sus atribuciones, entrando en la determinación de lo que constituye el dominio público de los Estados, porque siendo el derecho privado de las personas, no ha podido dictar disposiciones que sólo tendrían eficacia en un texto de derecho público" (253) . Juzgo equivocado ese criterio. Igualmente equivocada considero la opinión de Bielsa, quien, refiriéndose a los cementerios, dice en lo pertinente: "El Código Civil no los legisla nominalmente; pero de ello no se deduce que los cementerios no sean bienes públicos, porque la enumeración del Código Civil no es taxativa; y porque, de serlo, no es el Código Civil sino el *Derecho Administrativo* quien debe *determinar* y regir los bienes públicos" (254) .

En el parágrafo precedente quedó dicho que establecer qué bienes son públicos y cuáles privados constituía una cuestión *"civil"*, ya que implicaba determinar la condición jurídica de las cosas, materia de indudable carácter substantivo. Siendo así, es claro que, en nuestro país, la facultad de establecer o determinar cuáles cosas son públicas y cuáles privadas es exclusivamente nacional, porque es a la Nación a quien le corresponde la facultad constitucional de dictar los códigos substantivos del país, verbigracia, el Código Civil.

Tal opinión ya la sostuve en otras publicaciones (255) ; con posterioridad fue expresamente compartida por juristas distinguidos (256) .

Dicho criterio ya había sido oportunamente auspiciado por el jurisconsulto doctor Rodolfo Rivarola, en el interesante dictamen a que hice referencia en el parágrafo anterior (257) . Y fue sostenido por los redactores de los proyectos de Códigos de Aguas para Buenos Aires (258) y Mendoza (259) . El Primer Congreso Argentino del Agua, reunido en Mendoza en 1941, dio un voto en igual sentido (260) .

De modo que, en nuestro país, la facultad de determinar o establecer cuáles bienes son dominiales y cuáles privados, es de exclusiva incumbencia de la Nación, porque, implicando aquélla una cuestión civil, de fondo o substantiva, integra los poderes delegados por las provincias a la Nación para dictar los códigos substantivos, entre éstos el "civil" (Constitución, artículo 67, inciso 11).

1729. En los dos parágrafos anteriores quedó establecido que determinar qué cosas son públicas y cuáles son privadas constituye una cuestión *"civil",* substantiva, y que la autoridad facultada para hacer tal declaración es la Nación, por ser a ésta a quien constitucionalmente le compete la atribución de dictar los códigos substantivos del país, incluso el "civil".

De ello despréndese que, en nuestro ordenamiento jurídico, el carácter público o privado de las cosas única y exclusivamente puede ser establecido por la Nación, a través de una *ley formal,* dado que la pertinente atribución le incumbe al Congreso (Constitución Nacional, artículo 67, inciso 11) (261) .

El acto administrativo, en nuestro país, jamás puede ser fuente *atributiva* del carácter público o privado de una cosa. La Administración sólo podrá "crear" los bienes que

integrarán el dominio público llamado "artificial" (plazas, calles, caminos, cementerios, monumentos, bibliotecas, edificios, etc.); pero la condición o carácter jurídico -"público", en este caso- de los bienes así creados, no derivará del acto administrativo, sino de lo dispuesto por la ley. El poder administrador podrá, pues, crear plazas, cementerios, calles, etcétera, y los bienes así creados tendrán la condición que les asigne la ley. Es que no debe olvidarse que una cosa es la "afectación" al uso público, y otra cosa muy distinta la atribución del carácter público o privado de los bienes (262) .

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.

El ordenamiento jurídico de cada país es, entonces, fundamental para decidir qué cosas tendrán calidad "dominial", pues sin base legal que lo autorice ningún bien podrá considerarse *"público"*.

La *norma* que establece cuáles son los bienes integrantes del dominio público, varía de un país a otro. A veces esa norma será la Constitución, como sucede en Portugal, México, Perú y Bolivia (263) ; otras veces será el Código Civil, o leyes especiales, y en ocasiones simultáneamente esos tres tipos de normas o algunas de éstas.

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 con 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 con las tres formas indicadas; *específicamente,* como ocurre con las tierras situadas dentro del perímetro de los parques nacionales (ley 22351), con el mar territorial, los ríos, las islas, etcétera (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, etcétera; por *interpretación jurídica,* sea recurriendo a la "analogía", como sucede con los ventisqueros, por ejemplo, o a los "principios generales del derecho", como ocurre con la energía hidráulica, etcétera.

Cuando la referencia a un determinado bien es *"específica", la cuestión no apareja dificultad alguna: el bien es del dominio público porque así lo dispone la ley expresa.*

Las cosas cambian cuando la referencia legal es simplemente *"genérica"*. En esta hipótesis, frente a la declaración legal abstracta, la doctrina y la jurisprudencia establecerán qué bienes concretamente considerados quedan incluidos en ese texto general. Trátase únicamente de integrar la norma a base de una interpretación. Pero la doctrina y la

jurisprudencia no crean ni pueden crear bienes públicos; tal creación tiene base legal, aunque genérica. El carácter dominial surge de la ley. La doctrina de los autores, y con ella la jurisprudencia de los tribunales, limítanse a complementar la norma existente; tanto la doctrina, como la jurisprudencia, en lo pertinente tienen una función simplemente *integradora*. Es por aplicación de tal procedimiento que las bibliotecas públicas, los monumentos, los cementerios, etcétera, ostentan carácter dominial, pues quedan incluidos en la disposición general del artículo 2340 , inciso 7º *in fine,* del Código Civil.

Algo más complejo ocurre cuando el carácter público de un bien deba determinarse por el procedimiento de la *interpretación jurídica,* de acuerdo con lo autorizado por el artículo 16 del Código Civil. En tal supuesto, el intérprete debe valerse de la analogía jurídica y de los principios generales del derecho. Pero siempre se tratará de bienes cuyo carácter dominial deriva de la *"ley",* pues, tanto la analogía jurídica como los principios generales del derecho, son aplicables en la especie por mandato *legal* y deben hallar fundamento en la *legislación* vigente.

De acuerdo con el artículo 16 del Código Civil, "si una *cuestión civil* no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso". De modo que cuando proceda aplicar dicho texto, en primer lugar debe recurrirse a leyes análogas y, recién en segundo término, a los principios generales del derecho. La observancia de este orden es fundamental; por alterarlo, algunos autores y tribunales llegan a conclusiones equivocadas.

¿Es aplicable el expresado artículo 16 para determinar el carácter jurídico -público o privado- de un bien? Dos consideraciones fundamentan y justifican tal aplicación: 1º) que, como quedó establecido en el nº 1727, determinar qué cosas revisten carácter público y cuáles privado constituye, precisamente, una *"cuestión civil",* a las cuales se refiere dicho texto; 2º) que la norma de referencia, aunque hable de *"cuestión civil",* implica un precepto general no sólo obligatorio en el campo civil, sino también en el derecho público, o sea en todo el ordenamiento jurídico positivo, con las excepciones requeridas por el ordenamiento jurídico-penal (264) .

Va de suyo que la atribución del carácter *"público"* a un bien por vía analógica, requiere que para ello se recurra a la analogía jurídica *interna*. "Para que un caso no previsto o un caso no claramente incluido en la ley, sea resuelto con una norma general explicitada por analogía jurídica, dice Juan F. Linares, es necesario que esa norma análoga se busque *en el mismo orden jurídico en que se produce la laguna de derecho o caso no previsto*. Además, es necesario que se dé la misma `eadem ratio´, que es la razón suficiente de la ley, en todos los términos de comparación, y eso sólo puede ser si todos esos términos pertenecen al orden jurídico a que el caso pertenece" (265) . En igual sentido se expide Zanobini (266) . Todo esto resulta enteramente comprensible tratándose de establecer los bienes que integrarán el *dominio público,* pues el concepto de éste no es absoluto o abstracto, sino relativo o particularísimo, ya que depende de las modalidades de cada país; tanto es así que ciertos bienes que en algunos países son considerados "públicos", en otros países se les considera "privados". En mérito a ello, cuando deba recurrirse a la analogía jurídica, ha de considerarse la legislación del respectivo país, a fin de que las conclusiones a que se llegue

armonicen con las particularidades locales. Por eso en estos supuestos la analogía jurídica a considerar es la *"interna"*.

En cuanto a los *principios generales del derecho,* aplicables para resolver lo atinente al carácter público o privado de ciertos bienes, es de advertir que aquéllos generalmente han de concretarse a la *teoría de lo principal y de lo accesorio,* en cuyo mérito lo accesorio sigue la condición de lo principal. Tal principio o teoría, aceptada por nuestro derecho privado, constituye en realidad un principio y un concepto de *"derecho"* en general. Su aplicación en Derecho Administrativo, para determinar el carácter público o privado de ciertos bienes, es de obvia procedencia. Es con ese criterio legal que se establece, por ejemplo, el carácter dominial de la energía hidráulica, de las aguas pluviales o meteóricas que caen o corren en lugares públicos, etcétera.

En Derecho Administrativo, no todos los tratadistas les reconocen igual valor a la analogía jurídica y a los principios generales del derecho (267) . Pero tal problema, de suyo interesante, carece de trascendencia alguna en lo que respecta a la determinación del carácter público o privado de los bienes, pues esto, como ya lo expresé reiteradamente, no constituye un problema de Derecho Administrativo, sino una *cuestión civil*.

1730. ¿Cómo y dónde debe legislarse lo atinente al dominio público? La respuesta depende del país que se considere, pues no ocurre lo mismo en un país unitario que en uno organizado de acuerdo con alguno de los tipos de federalismo.

En los países unitarios la cuestión metodológica se reduce a determinar si dicha materia debe ser tratada en el Código Civil o en un código o ley especial. En los países de organización federal, máxime en los del tipo del nuestro, las cosas aparecen más complejas, pues como las provincias conservan todos los derechos no delegados a la Nación, ello significa que en materia de dominio público conservan todos los poderes de regulación del uso de dichos bienes, dentro de sus respectivas jurisdicciones.

En nuestro ordenamiento jurídico, todo lo atinente 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. En ese orden de ideas pueden recordarse los diversos códigos y leyes especiales sobre aguas públicas dictados por nuestras provincias.

Pero a la Nación le compete establecer qué bienes ostentarán la calidad de "públicos" y cuáles la calidad de "privados". Esto, que implica establecer o determinar la condición o naturaleza legal de las cosas, es una facultad propia de la Nación, pues constituye una cuestión substantiva comprendida en la facultad de dictar el Código Civil.

Excluyendo, pues, lo atinente a la regulación del uso de los bienes públicos, materia que entre nosotros es de orden *"local",* corresponde preguntar si el Código Civil debe o no contener la enunciación de los bienes que han de considerarse "dominiales" y la de los que han de considerarse "privados". Como esto equivale a establecer la condición jurídica de las cosas, cuestión perteneciente a la legislación substantiva, considero que, por razones metodológicas, la mención de ambas categorías de bienes debe contenerla el Código Civil, que en esa forma mantendrá su unidad orgánica (268) . Este problema también se ha

presentado en otros países, habiéndoselo resuelto con un criterio similar al expuesto (269) . Pero en Alemania, en materia de aguas, de acuerdo con el artículo 65 de la ley de introducción al Código Civil, la legislación se dejó reservada a los Estados, lo cual, según Altherr, responde a la necesidad de asimilarla a las condiciones locales (270) .

1731. Para incluir una cosa o bien en el dominio público, sólo se considera la aptitud de ese bien o cosa para satisfacer los fines que motivan su afectación. ¿Pero cuál es el criterio que debe seguirse al respecto?

Mayer consideraba que para incluir un bien en el dominio público, dicho bien debía representar un *"interés grave",* hallarse vinculado a *"intereses vitales de la sociedad"* (271) . Pero excluía las cosas que, según él, sólo representaban un *"interés de lujo"*. En ese orden de ideas, excluía del dominio público los objetos de arte (272) . Mayer basaba su concepto de *"interés vital de la sociedad",* en la utilidad material de la cosa, desdeñando el valor ético de la misma. Por eso le reconocía carácter dominial a una calle, a una fortificación, etcétera, pero se lo negaba a un monumento del pasado artístico de la Nación. Semejante criterio no es alabable: darle preeminencia a los valores materiales sobre los valores morales, constituye una mala enseñanza para las generaciones futuras. Poco puede esperarse de los pueblos que no reparan en los valores del espíritu.

En términos generales, puede decirse que para incluir una cosa o bien en el dominio público, debe considerarse la *"importancia"* que tenga para el país o región de que se trate. El factor "importancia" debe determinarse no sólo por la *utilidad* -material o moral- del bien o cosa, sino también por el *peligro* que represente (273) .

Es la "utilidad" *material* lo que en general sirve de fundamento al carácter público de los ríos (274) , y es la "utilidad" *moral* la que sirve de fundamento al carácter público de los museos de arte; mientras que es la "peligrosidad" la que explica la inclusión de los *torrentes* en el dominio público, ya que siendo ellos de tan corta duración hacen muy difícil el problema de su aprovechamiento (275) .

De lo expuesto dedúcese que, si bien la cosa ha de tener una importancia *"social",* el valor pecuniario no es decisivo en este orden de ideas. Puede haber bienes o cosas dominicales de gran valor venal, o que carezcan de él.

1732. Puede ocurrir que el legislador, mediante una norma de alcance general, declare que toda una categoría de bienes que hasta entonces era propiedad privada de los habitantes, en lo sucesivo ostente calidad de bienes *públicos*. Hay ahí un cambio del derecho objetivo que produce como efecto principal la transferencia de dominio de toda una categoría de bienes que del patrimonio privado de sus titulares pasa a integrar el *dominio público* del Estado.

No es posible poner en duda la admisión legal de tal procedimiento, siempre que éste lo efectúe la autoridad competente para disponer ese cambio en la condición jurídica de las cosas. Pero sí es pertinente preguntar si ello genera o no consecuencias de carácter económico a cargo del Estado, o, más claramente, si para lograr ese traspaso de bienes privados al dominio público, el Estado debe o no indemnizar a los propietarios que en lo sucesivo se verán privados de lo suyo.

Guicciardi no ve obstáculo alguno para que el derecho del individuo ceda ante el derecho del Estado, siempre que ello se efectúe con carácter "general", o sea en modo igual para todos los ciudadanos, mediante una modificación del derecho vigente (276) . Alessi piensa en igual forma, agregando que en tales supuestos no procede indemnización alguna (277) ; lo mismo opina Zanobini (278) .

Disiento con tales opiniones. En el caso de referencia no se trata de una simple *"restricción"* al dominio en interés público, sino de una *privación total* del derecho de propiedad, cosa que, constitucionalmente, entre nosotros sólo puede ocurrir mediante expropiación y previa indemnización: único procedimiento jurídico mediante el cual los habitantes del país pueden ser privados de su propiedad.

De manera que el traspaso al dominio público de toda una categoría de bienes hasta entonces de propiedad "privada" de los habitantes, sólo será lícito en tanto no se afecten derechos de índole patrimonial, pues éstos hállanse protegidos por la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad. El dominio es "perpetuo", y, no contando con el asentimiento del interesado, sólo puede desaparecer mediante *expropiación*.

En estos casos, la ilegalidad no se purga porque el agravio no se le infiera a uno o a pocos, sino a *todos*. Un agravio semejante es aún más grave: compromete más intereses. La Constitución argentina -de tipo rígido-, al establecer la inviolabilidad de la propiedad, no distingue entre agravio cometido en perjuicio de uno, de algunos o de *todos* los habitantes; es terminante: dice que *ningún* habitante de la Nación puede ser privado de su propiedad. La locución *"ningún habitante"* comprende tanto *a un* habitante como a *todos* los habitantes.

Tampoco obsta a lo que dejo expuesto, el hecho de que los bienes privados declarados públicos para lo sucesivo, no hayan sido *utilizados* aún por sus titulares. Ello, sin duda, influirá en el monto de la indemnización, pero no altera el principio acerca de su procedencia.

El problema a que me he referido, tiene o puede tener vinculación con el de la responsabilidad del Estado por acto legislativo. Al respecto, para que exista obligación de indemnizar, se dice que el daño sufrido debe ser especial, excepcional, exceder los sacrificios normales propios de la vida en sociedad, y que si la ley afectara por igual a todos o a un gran número de personas, es decir, si en los hechos sus efectos fueran realmente generales, no surgiría obligación de indemnizar (279) . Si bien tal argumento puede se atendible en los casos generales a que se refiere, considero que en el caso particular que he contemplado -en el cual está en juego la pérdida total del derecho de dominio-, el expresado cambio del derecho objetivo debe aparejar indemnización, so pena de nulidad de la ley respectiva, ya que ésta implicaría una violación de la garantía constitucional a la propiedad. La validez de las "leyes" requiere el respeto a la *Constitución;* de lo contrario, la ley sería nula, por inconstitucional, lo que es tanto más exacto en un país como el nuestro de Constitución de tipo rígido.

Entre nosotros se produjeron situaciones como la considerada precedentemente.

En cierta oportunidad, la Provincia de San Luis, en su Constitución de 1949, declaró del *dominio público* de la misma las *aguas subterráneas* (280) . Considero que una norma semejante es írrita, nula: a) en primer lugar, porque, de acuerdo con la legislación nacional, las aguas subterráneas son propiedad del superficiario (281) , por cuya razón éste no puede ser privado de ellas sin el debido procedimiento establecido por la Constitución Nacional para que los habitantes sean eficazmente privados de su propiedad; b) en segundo lugar, porque, como quedó expresado en un parágrafo anterior (nº 1728), la facultad de establecer la condición jurídica de las cosas, determinando cuáles serán públicas y cuáles privadas, es exclusiva del legislador nacional; correlativamente, la facultad de cambiar esa condición jurídica es también nacional; de modo que habiendo sido ejercida esa potestad por una autoridad incompetente -la Provincia de San Luis-, la norma dictada por ésta carece de valor legal, todo ello sin perjuicio de lo atinente a los problemas vinculados al resarcimiento que pueda corresponderles a los titulares de las aguas subterráneas cuando éstas sean *válidamente* incorporadas al dominio público. En este orden de ideas, no debe olvidarse que la calidad *"pública"* de un bien no deriva, precisamente, del acto expropiatorio (ver nº 1695, letra f, y tomo 4º, nº 1292), sino de que ese bien, de acuerdo con la legislación *nacional,* pueda ser considerado como dependencia del dominio público (282) .

Varias provincias han dictado normas que tienden a lograr el mejor aprovechamiento de las aguas subterráneas. Tal propósito es plausible, pero estimo que, tratándose de restricciones al dominio en interés privado, dichas normas, en cuanto excedan los límites razonables del mero ejercicio del poder de policía sobre la propiedad privada, deben ser dictadas por la Nación y no por las provincias (283) .

Posteriormente, con motivo de la reforma al Código Civil, operada en el año 1968, la situación considerada volvió a repetirse, pues, de acuerdo con dicha reforma, las aguas subterráneas -que hasta entonces eran propiedad privada del superficiario- pasaron a ser bienes del *dominio público* (art. 2340, inc. 3º). A su vez, en relación con el artículo 2637 se dispuso -como ya lo decía el anterior texto- que las aguas que surgen en terrenos de particulares pertenecen a sus dueños; que el hecho de correr por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno. Y se agregó: *"Cuando constituyen curso de agua por cauces naturales pertenecen al dominio público y no podrán ser alterados"* (284) . Con esta última disposición se reemplazó la parte final del primitivo artículo 2637 , que decía así y de la cual resultaba claramente que esas aguas eran del *dominio privado:* "Pero si ellas fuesen el principal alimento de un río, o fuesen necesarias a algún pueblo, están sujetas a expropiación por utilidad pública". De manera que en ambos supuestos (aguas subterráneas, art. 2340 , inc. 3º, y aguas que nacen en una heredad privada y siguen corriendo por fundos inferiores, art. 2637), aguas del dominio privado fueron transferidos al dominio público. Pero en ninguno de esos casos se hace referencia a que los dueños de las aguas que se transferían al dominio público serían indemnizados. En diversos trabajos que publiqué sostuve que esas nuevas normas legales eran inconstitucionales, por cuanto vulneraban la inviolabilidad de la propiedad garantizada por la Constitución Nacional (art. 17) (285) . El Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, por mayoría, haciéndose eco de mis afirmaciones, declaró la inaplicabilidad del artículo 2637 en su actual redacción (286) .

En España, la nueva ley de aguas, que entró en vigencia el 1º de enero de 1986, y modificó la que regía desde 1879, incluye en el dominio público, sin indemnización, ciertas aguas que hasta entonces pertenecían al dominio privado. Autorizada doctrina española considera inconstitucional esa falta de indemnización, criterio que concuerda con lo que en ese orden de ideas dejo expresado (287) .

CAPÍTULO III

SUMARIO: *1733*. El dominio público en el anteproyecto de Bibiloni y en el proyecto de la Comisión de Reformas. - *1734*. El dominio público en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

1733. El doctor Bibiloni, en su anteproyecto de reformas al Código Civil, propuso algunas modificaciones al artículo 2340 de dicho Código.

En lo que substancialmente hace al dominio público, considero deficientes sus proposiciones.

En lo atinente a los bienes declarados públicos en el estado en que la naturaleza los presenta u ofrece, con la salvedad a que luego me referiré en materia de islas, mantiene la nómina del Código. Pero su redacción es pobre y equivocada en más de un aspecto. De todo ello me he ocupado en publicaciones anteriores (288) . En materia de *islas* sigue el buen criterio de excluirlas del dominio público.

La novedad fundamental introducida por Bibiloni se refiere a los bienes integrantes del llamado dominio público artificial, o sea a aquellos cuya existencia depende de un hecho humano. Tales bienes actualmente hállanse contemplados en el artículo 2340 , inciso 7º, del Código Civil. De esta disposición interesa su parte final, pues la primera parte aparece reproducida por Bibiloni. Dicha parte final del artículo 2340 *in fine*, del Código Civil, incluye en el dominio público a "cualesquiera otras obras públicas, construidas para utilidad o comodidad común". El autor del anteproyecto propuso modificarla en los siguientes términos: *"y todas las obras públicas, construidas para el uso común y el servicio público"* (289) .

Bibiloni, eminente civilista, carecía de una idea clara sobre este aspecto del Derecho Administrativo. Tanto es así que, según él, los *cementerios* no son bienes de uso público (290) .

Su fórmula la juzgo inferior a la adoptada por Vélez Sarsfield. La de este último, aparte de su alabable amplitud conceptual, no coloca al intérprete -como lo hace la fórmula de Bibiloni- frente a la imprecisa noción de *"servicio público",* de significado multívoco. La beneficiosa amplitud conceptual del texto del doctor Vélez Sarsfield ya la puse de manifiesto precedentemente, al ocuparme del elemento "teleológico" o "finalista" como integrante de la noción de dominio público. A ello me remito.

La Comisión de Reformas al Código Civil, en su Proyecto, si bien con algún cambio en las palabras, con identidad substancial reproduce el texto propuesto por Bibiloni (291) : de modo que lo dicho acerca de éste, lo hago extensivo al Proyecto de la Comisión.

1734. La Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó su concepto sobre lo que ha de entenderse por dominio público, en los siguientes términos: *Los bienes del dominio público, del Estado general, de los Estados particulares y de los municipios, son los de uso público, sea por su naturaleza o por su afectación o destino a un servicio de utilidad pública, y estos últimos mientras dure esa afectación o destino"* (292) .

De esa sentencia resulta: a) que el alto Tribunal menciona dos clases de bienes dominiales: los declarados tales en el estado en que la naturaleza los presenta u ofrece (dominio llamado "natural") y los bienes considerados públicos pero cuya creación depende de un hecho humano (dominio llamado "artificial"); b) que el Tribunal reconoce que el uso público a que hállanse consagrados los bienes dominiales es no sólo el *directo* ("uti singuli"), sino también el *indirecto* ("uti universi"), pues incluye en el dominio público los bienes afectados o destinados a *un servicio de utilidad pública*. En esos órdenes de ideas, el fallo de referencia es trascendente.

CAPÍTULO IV

SUMARIO: *1735.* Definición del dominio público.

1735. Después de lo dicho en el precedente estudio sobre los elementos que integran la noción de dominio público, fácil es dar la definición concreta de éste. *Dominio público es un conjunto de bienes que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, pertenecen a la comunidad política pueblo, hallándose destinados al uso público -directo o indirecto- de los habitantes*.

Tal definición incluye los cuatro *elementos* constitutivos de la dominialidad: conjunto de *bienes* (elemento objetivo) que, de acuerdo con el *ordenamiento jurídico* (elemento normativo o legal), *pertenecen a la comunidad política pueblo* (elemento subjetivo), hallándose destinados al *uso público* -directo o indirecto- de los habitantes (elemento teleológico o finalista).

En la definición del dominio público sólo deben tomarse en cuenta los *"elementos"* que lo constituyen, pero no las *consecuencias* derivadas del régimen dominical, ni las *modalidades* inherentes al mismo. Por eso juzgo inadmisible que en la definición se diga que esos bienes son inalienables, imprescriptibles y protegidos por disposiciones penales de policía, como lo pretende Hauriou (293) , o que no son susceptibles de apropiación privada, como lo hace Bielsa (294) , pues éstas son obvias consecuencias del régimen dominial. Igualmente es inadmisible que en la definición se exprese que el uso debe ser "gratuito", como pretende Presutti (295) , pues la gratuidad o la onerosidad son simples *modalidades* del régimen dominical. Menos aún será necesario decir en la definición que dichos bienes están regidos por el *derecho público,* pues ello, por ser implícito, sería redundante, ya que en lo pertinente nos hallamos en la esfera neta del derecho público.

CAPÍTULO V

SUMARIO: *1736.* Actualmente ¿es necesaria la existencia del dominio público como institución jurídica?

1736. ¿Se justifica en la actualidad la existencia del dominio público como institución jurídica?

Pelloux conceptúa dudosa la necesidad del dominio público. Estima que la inalienabilidad y la imprescriptibilidad no se requieren para protegerlo, por cuanto actualmente el Estado hállase representado en todas partes por agentes que pueden impedir las usurpaciones cometidas contra dicho dominio. Termina afirmando que la protección de tales bienes no está forzosamente ligada a la dominialidad; que hay pocos bienes tan eficazmente protegidos como los bosques, no obstante lo cual éstos no forman parte del dominio público (296) .

Estimo que Pelloux ha considerado sólo una parte del problema. No se trata simplemente de proteger los bienes dominiales contra hechos o actos ilegítimos procedentes de los particulares o administrados, sino también de protegerlos contra actos del propio Estado efectuados sin la debida meditación previa. El régimen jurídico propio del dominio público constituye una seria y firme valla contra semejantes actos procedentes del Estado. Uno de los objetivos de ese régimen jurídico especial es evitar la desaprensiva gestión de los bienes dominiales por parte del Estado (297) .

Los bienes dominicales, por hallarse destinados al uso *"público"*, directo o indirecto, requieren una especial protección, dadas las necesidades que satisfacen. Por eso ha podido decirse que la dominialidad es un régimen que asegura una protección especial a ciertos bienes, considerados particularmente necesarios al público y a los servicios públicos (298) . Con toda razón el doctor Vélez Sarsfield, al incluir en el dominio público los ríos, navegables o no, dijo que era conveniente a la paz y a los intereses generales que el Estado fuese el único regulador del uso de ellos (299) .

Considero, pues, que la existencia del dominio público, como institución jurídica, se justifica plenamente, ya que su régimen especial permite la adecuada protección de ese conjunto de bienes, sea contra actos o hechos ilegítimos procedentes de los particulares o administrados, o del propio Estado. En tal orden de ideas, resulta oportuno el recuerdo de las siguientes palabras de Barckhausen:

"La importancia que tienen las cosas dominicales desde el punto de vista general y colectivo hace que su conservación resulte muy preciada para que no se piense en protegerlas efectivamente.

"Es necesario, pues, que la *ley,* invisible, pero jamás ausente, *supla los defectos de la vigilancia* con disposiciones preventivas y protectoras.

"Corresponde, en consecuencia, establecer una inalienabilidad *relativa,* bien entendido. Hablar de *absoluto* o *perpetuo* es ridículo, desde que se trata de asuntos humanos o terrenales. Es el *despilfarro* y la *disipación* del dominio público lo que debe impedirse o dificultarse, mediante *formalidades* útiles y *controles* serios, adaptados a las circunstancias particulares" (300) .

TÍTULO SEGUNDO - **CLASIFICACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO**

SUMARIO: *1737*. Clasificaciones habituales. Su intrascendencia legal. - *1738*. Clasificaciones de interés jurídico: a) de acuerdo con el origen o formación de la cosa; b) por razones jurisdiccionales.

1737. 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 "stricto sensu" (objetos inmateriales y derechos); el *sujeto* o *titular* de la cosa; la *composición geofísica* de los bienes (terrestres, hídricos, terrestrehídricos 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, según lo haré ver en el parágrafo siguiente.

Una de las mencionadas clasificaciones resulta inaceptable para un sector de la doctrina, en el cual me encuentro. Me refiero a la que toma en consideración el sujeto de las cosas, en cuyo mérito éstas se clasifican según la entidad juridicopública titular de las mismas. Para quienes sostenemos que el sujeto del dominio público es el *"pueblo"*, dicha clasificación carece de base (véanse números 1702 a 1710).

Finalmente, es de advertir que dentro de cada tipo de clasificación y aun dentro de cada tipo de bien o cosa, caben subclasificaciones, como ocurre con todo lo atinente a las aguas (301) , con las vías públicas, etcétera.

1738. De los diversos criterios existentes para clasificar los bienes dominiales, considero 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 califica 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 1º a 6º); pero al contemplar la segunda categoría, el legislador habla de "cualquiera otras obras públicas", *construidas* para utilidad o comodidad común" (artículo citado, inciso 7º).

Los autores, haciéndose eco de ello, hablan de dominio público "natural" y de dominio público "artificial", según que se trate de una o de otra de esas categorías de bienes. Los escritores italianos, al referirse a esta cuestión, hablan de "demanio necessario" y de

"demanio accidentale", conceptos que respectivamente responden a dominio "natural" y "artificial" (302) .

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. Hasta hace más o menos un cuarto de siglo, nuestros escritores y tribunales no siempre repararon en este aspecto de la cuestión (303) .

Igualmente, el origen o formación "natural" o "artificial" del bien, repercute en lo relacionado con la *delimitación* y el *alineamiento* de los bienes públicos. La "delimitación" se vincula a los bienes naturales, en tanto que la "alineación" se refiere a los artificiales.

Las ideas precedentes ya las expresé en otra publicación (304) . 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 (305) . Pero otros escritores nacionales comparten mis conclusiones (306) . En el extranjero son numerosos los tratadistas que reconocen la evidente trascendencia jurídica de la clasificación de las cosas del dominio público por su origen o formación, es decir en cosas "naturales" y "artificiales", vinculando esa trascendencia a la afectación o a la desafectación (307) o a la delimitación (308) , o a la delimitación y el alineamiento (309) .

La Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoce la expresada división de los bienes públicos en "naturales" y "artificiales" (ver nº 1734).

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, ésta, de la que ya me ocupé en los números 1696 y 1796 de la presente obra, rechazando totalmente la idea de que existan bienes públicos por su "naturaleza".

b) De acuerdo con la jurisdicción, el dominio público se divide en nacional, provincial y comunal.

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 hállase ubicado el bien o cosa. Así, si el bien estuviere situado dentro de los límites del Territorio Nacional de Tierra del Fuego (único *Territorio* actual) (310) o dentro de los de un lugar donde la Nación tenga jurisdicción exclusiva, la jurisdicción sobre la dependencia dominial será nacional; si dicha dependencia estuviere ubicada en una provincia, ésta ejercerá la respectiva jurisdicción, y si la cosa pública se

hallare dentro de un ejido municipal, será la correspondiente comuna quien ejercerá la jurisdicción de referencia, si así lo dispone su ley orgánica.

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.

TÍTULO TERCERO - **AFECTACIÓN Y DESAFECTACIÓN (Creación y extinción del dominio público)**

CAPÍTULO I - **AFECTACIÓN**

SUMARIO: *1739*. Noción conceptual. Terminología. - *1740*. Naturaleza jurídica. - *1741*. Consecuencias jurídicas. - *1742*. Afectación y asignación del carácter público de los bienes. Diferencias. - *1743*. Autoridad competente para afectar o consagrar las cosas al uso público (potestad jurisdiccional). Bienes "naturales" y bienes "artificiales". Las provincias y la Nación: poderes reservados y poderes delegados implícitamente. - *1744*. Formas de la afectación: ley; acto administrativo; hechos. La Nación y las provincias; bienes "naturales" y bienes "artificiales". Los actos o hechos de los particulares o administrados. Calles resultantes de loteos. - *1745*. Requisitos de la afectación: a) asentimiento de las autoridades; b) debe ser "efectiva" y "actual". No hay afectación potencial ni futura. Bienes "naturales" y bienes "artificiales"; c) el bien que se afecta debe hallarse en poder del Estado en virtud de un título jurídico traslativo de dominio. Permisos de loteos con obligación de dejar calles; d) los bienes públicos "naturales" no requieren un acto administrativo complementario o especial de afectación; e) lo atinente al carácter específico o especial de la afectación. El cambio de destino o de uso. - *1746*. Afectación por "prescripción" y por "uso inmemorial": a) Principios comunes a ambos institutos: su procedencia en derecho público; sólo se refieren a bienes "artificiales"; mediante la prescripción o el uso inmemorial el Estado adquiere *directamente* bienes *dominiales* "stricto sensu"; no se requiere consentimiento del propietario. b) La *prescripción:* término en que se opera; requisitos a probar. Lo atinente a la contribución territorial. c) El *uso inmemorial:* concepto; su vivencia actual como institución jurídica; diferencias con la prescripción; término en que se opera; requisitos a probar. Porvenir de la inmemorial.

1739. La *afectación* es el hecho o la manifestación de voluntad del poder público, en cuya virtud la cosa queda incorporada al uso y goce de la comunidad (311) . Desde luego, para que se tenga por operada la afectación y ésta surta efectos jurídicos, es menester el cumplimiento de ciertos requisitos, de los cuales luego me ocuparé. De manera que la *afectación* puede consistir en un "hecho" o en una "manifestación de voluntad" del poder público.

En otra publicación sostuve que la afectación consistía en una *"manifestación de voluntad"* del poder público, pero sin decir que también podía resultar de un *"hecho"* del poder público (312) . Nuevas meditaciones determinaron una ampliación de mi criterio, que fundamentaré al referirme a las "formas" de la afectación.

Distinguidos tratadistas, al dar la noción conceptual de *afectación*, sólo la refieren a una "manifestación de voluntad" del poder público (313) . También la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al dar dicha noción conceptual, sólo la vincula a una "manifestación de voluntad" del poder público (314) : pero la opinión del alto Tribunal no está exenta de reparos, pues de otros pronunciamientos suyos resulta que también acepta que la *afectación* consista en "hechos" del poder público; así, ha declarado que las vías de comunicación, cuando han sido incorporadas al uso y goce común con el *asentimiento de las autoridades* y de los propietarios desde tiempo inmemorial, se convierten en bienes del dominio público (315) , siendo de advertir que el *"asentimiento"* de las autoridades, a que hace referencia el alto Tribunal, sólo se traducía en *"hechos"*, según así resulta de los antecedentes relatados en las mencionadas sentencias.

En Francia se utilizan los términos "affectation" y "désaffectation" y, además, "classement" y "déclassement". A los dos primeros se los refiere a los bienes *naturales,* en tanto que a los dos últimos se los vincula con los bienes *"artificiales"* (316) .

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 término propio no es "afectación", sino *"consagración",* palabra acertadamente utilizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosas sentencias (317) .

1740. Se discute en doctrina cuál es la naturaleza jurídica de la afectación.

Mayer estima que la afectación es un acto de voluntad, perteneciente a la esfera de la Administración Pública, pero que no constituye un acto administrativo, porque no determina relaciones entre el ciudadano y el poder público. Según él, aquélla no hace más que crear una situación de la que resultarán esas relaciones (318) . Hauriou considera que la afectación es el *hecho* que determina la utilización de la cosa a un fin público; hecho que resulta tanto de acontecimientos materiales combinados con *declaraciones administrativas,* como de declaraciones administrativas exclusivamente (319) . 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 (320) . Villegas Basavilbaso, distinguiendo entre los actos de afectación de los bienes "naturales" y de los bienes "artificiales", juzga que la naturaleza jurídica de la afectación o consagración es la correspondiente a la de los actos legislativos o administrativos, según se trate de bienes públicos naturales o artificiales, respectivamente (321) .

A mi entender, y máxime en un país de la organización politicojurídica del nuestro, es evidente que para determinar la naturaleza de la afectación hay que distinguir entre bienes declarados públicos en su estado natural y bienes declarados públicos pero cuya creación o existencia depende de un hecho humano. Anteriormente dije que la autoridad competente en nuestro país para establecer el carácter público de un bien -sea éste "natural" o "artificial"- es la Nación, a través de una ley, por cuanto ello implica legislar sobre una cuestión substantiva o de fondo: la atinente a la naturaleza o condición jurídica de las cosas (ver nº 1728). Y como lo haré ver más adelante, al referirme a la *autoridad competente* en nuestro país para afectar bienes al dominio público 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 público vale automática afectación. Trátase de una afectación "ministerio legis". Las cosas cambian respecto de los bienes del dominio público "artificial". La facultad de "crear" tales bienes es local o provincial; consecuentemente, la "afectación" de los bienes que integran el dominio público 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 está- su condición jurídica de bien "público" derivará de lo dispuesto por el legislador nacional, que es el autorizado para determinar la naturaleza o condición jurídica de las cosas. En consecuencia, la afectación debe efectuarse por *"ley"* nacional, si se trata de bienes "naturales", o por *"ley"* provincial o por *"acto administrativo"*, si se trata de bienes "artificiales".

Pero como lo advertí en el parágrafo anterior, la afectación también puede resultar de un *"hecho"* de la Administración. Desde luego, en tal caso ha de tratarse de bienes "artificiales".

De manera que la afectación puede efectuarse por ley, por acto administrativo o por hechos de la Administración. Esto es fundamental para determinar la naturaleza jurídica de la afectación, naturaleza que no es otra que la de un acto legislativo, la de un acto administrativo o la de un hecho jurídico, según los casos. Esto me hace compartir, en parte, la tesis de Hauriou, quien no incluye en su concepción al *acto legislativo,* y en parte la de Villegas Basavilbaso, quien no incluye al *hecho* de la Administración.

No comparto la opinión de Mayer, porque es evidente que cuando la afectación es realizada por la Administración Pública mediante un acto, éste es *administrativo* "stricto sensu", y no meramente de "administración", pues ese acto no tiende a la mera regulación de la actividad interna de la Administración, sino que tiene por objeto establecer relaciones con terceros, con los administrados en este caso, que serán los usuarios del bien público "artificial" afectado o consagrado al uso público. Va de suyo que el "uso público" no corresponde a la actividad interna de la Administración, sino a la externa. La afectación es un acto de contenido *jurídico,* siendo, por esto mismo, "acto administrativo", ya que puede incidir en la esfera jurídica de los administrados.

Tampoco comparto la opinión de Forsthoff. Juzgo inexacto que el acto de afectación carezca de destinatario. En tales hipótesis el destinatario es el "público". No se tratará de un destinatario "determinado", "individualizado", pero sí de un destinatario "genérico", siendo entonces de advertir que los actos administrativos no siempre consisten en decisiones especiales, para un caso determinado, sino que pueden ser "generales", como ocurre con los *"reglamentos"*.

1741. De la "afectación" deriva una consecuencia jurídica fundamental: el bien o cosa, desde ese momento, queda efectivamente incorporado al dominio público y sometido a los principios que rigen dicha institución. Sólo después de la *"afectación"* o *"consagración"* al uso y goce de la comunidad, la cosa queda regida por el derecho público como dependencia dominial.

1742. No debe confundirse la *"asignación del carácter público"* a un bien, con la *"afectación"* del mismo al dominio público. Trátase de cuestiones distintas.

La asignación del carácter público a una cosa, sólo significa establecer que dicha cosa tendrá calidad dominial, como integrante o dependiente del dominio público.

En cambio, la afectación significa que un bien declarado dominial queda "efectivamente" incorporado al uso público.

El legislador nacional, en ejercicio de sus atribuciones, ha establecido el carácter dominial de las calles, por ejemplo (Código Civil, artículo 2340 , inciso 7º). Esto significa *asignarle carácter público* a una cosa, a la calle en este caso. A raíz de tal disposición, todas las calles construidas o a construirse tienen carácter público. Pero para que una calle que se construya quede sometida al régimen del dominio público, es indispensable que dicha calle quede *efectivamente* librada al uso público. Esto último se logra u obtiene mediante la "afectación" que, como lo expresé en el nº 1739, es el hecho o la manifestación de voluntad del poder público, en cuya virtud la cosa queda incorporada al uso y goce de la comunidad.

De modo que una cosa es la "afectación" al uso público y otra cosa muy distinta la atribución del carácter público de los bienes.

Como lo advertiré en uno de los parágrafos siguientes, la calidad "natural" o "artificial" del bien declarado público por el legislador, incide fundamentalmente en lo relacionado con la afectación, pues ésta se opera en forma distinta según se trate de una o de otra especie de bienes.

1743. En nuestro país, ¿qué autoridad es competente para afectar las cosas al dominio público? ¿La Nación o las provincias?

Para resolver esta cuestión es decisivo distinguir entre bienes pertenecientes al dominio público "natural" y al dominio público "artificial".

En ejercicio de sus facultades constitucionales, la Nación estableció cuáles son los bienes públicos, y al hacerlo no sólo contempló los que integran el dominio público "natural", sino también el "artificial". Los primeros son declarados públicos considerándolos en el estado en que la naturaleza los presenta u ofrece; los segundos deben ser creados por el poder público. Esto da la clave para responder a la pregunta formulada.

Respecto a los bienes públicos que integran el dominio natural, el propio hecho de asignarles carácter público vale automática afectación. Dada la naturaleza de tales bienes, no se requiere acto administrativo alguno que complemente, integre o actualice la ley. Se trata de una afectación *ministerio legis,* que se produce *simultáneamente* con la declaración del carácter público del bien (322) . Pero como la facultad de atribuirles carácter público o privado a las cosas, es exclusiva de la Nación (ver nº 1728), va de suyo que la "afectación" de los bienes integrantes del dominio público natural, es también facultad exclusiva de la Nación, desde que, en este caso, la afectación es consecuencia de la atribución del carácter jurídico del bien.

Las cosas cambian respecto a los bienes que forman el dominio público artificial. Ya en el número 1742 dije que una cosa es la declaración del carácter público o privado de los bienes, y que otra cosa muy distinta es la afectación de los mismos al dominio público, lo que no impide que en el supuesto de bienes del dominio público "natural", dada la naturaleza o índole del bien, la declaración de su carácter público implique simultáneamente su afectación al uso público. Algo distinto ocurre respecto a las cosas públicas "artificiales". La afectación de éstas se realiza mediante la "creación" del respectivo bien (calle, plaza, cementerio, etc.). 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 (323) , todo ello sin perjuicio de la excepción que corresponde aceptar como consecuencia de nuestro régimen politicojurídico establecido en la Constitución. Consecuentemente, la "afectación" de los bienes que integran el dominio público artificial es, por principio, facultad local o provincial. De modo que la autoridad local "crea" el bien y lo destina al fin previsto, lo que implica "afectación", pero su condición jurídica de bien *público* derivará de lo dispuesto por el legislador nacional (324) .

Excepcionalmente, como consecuencia de nuestro sistema federal de gobierno, la "creación" y correlativa "afectación" o "consagración" 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. Por parte de la Nación, al crear y afectar bienes públicos -"artificiales" desde luego- dentro de las provincias, siempre ha de tratarse *del medio para poner en ejercicio atribuciones que le hayan sido delegadas por las provincias en la Constitución:* en el ejemplo dado, trataríase de la organización de la justicia federal. En dos palabras: esa excepcional facultad de la Nación para crear y afectar bienes artificiales al dominio público, dentro del territorio de una provincia, constituye un *poder implícito* de la Nación, que ha de interpretarse conforme al estricto *espíritu* del artículo 67 , inciso 28, de la Constitución.

1744. La *"afectación"* puede resultar de una *ley,* de un *acto administrativo* o de *hechos* (325) . Tales formas o modos de operarse la afectación o consagración, vincúlanse a la división de los bienes públicos en "naturales" y "artificiales".

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".

Ya en el parágrafo anterior quedó dicho que, respecto de los bienes públicos que integran el dominio llamado "natural", la propia circunstancia de asignarles carácter público implica su *automática* y *simultánea* afectación. Trátase de una afectación *ministerio legis*. También quedó dicho que la potestad para atribuirles carácter público o privado a los bienes, es exclusiva de la Nación (ver nº 1728), quien la ejerce a través del Congreso, mediante una ley formal. Por lo tanto, como en esta clase de bienes la *afectación* es consecuencia de la atribución del carácter jurídico del bien, va de suyo que la afectación de los mismos también se opera mediante una *"ley"* formal dictada por la *Nación*. El acto administrativo es innocuo en este supuesto.

Distinto es lo que ocurre respecto a las cosas públicas "artificiales". Como también lo expresé en un parágrafo precedente, la afectación de dichas cosas se realiza mediante la *"creación"* del respectivo bien (calle, cementerio, etc.). Pero la facultad de crear tales bienes, en principio, es local o provincial (ver nº 1743); excepcionalmente puede constituir una atribución nacional. Consecuentemente, la "afectación" de los bienes que integran el dominio público artificial es, en principio, facultad local o provincial; por excepción puede ser una facultad de la Nación. Desde luego, ello puede efectuarse por *ley* local, o nacional, o por *acto administrativo* autónomo, según las circunstancias (326) .

Pero en lo atinente a las cosas públicas "artificiales", la afectación puede también efectuarse por *"hechos",* siempre y cuando tales "hechos" provengan de la Administración Pública. Esos "hechos" pueden ser de diversa índole: desde actitudes asumidas por la Administración, hasta un uso público continuado consentido por ella. Es que, tratándose de bienes públicos "artificiales", la afectación no tiene formas especiales ni sacramentales; la voluntad de la Administración Pública puede manifestarse en forma expresa o en forma tácita (327) . Sólo se requiere que la "afectación" sea efectuada por la autoridad competente para realizarla (328) ; de lo contrario faltaría el consentimiento válido de la Administración, indispensable en la especie.

Entre los "hechos" o "actitudes" de la Administración Pública que surten efectos de "afectación" o "consagración" del bien al uso público, pueden mencionarse:

1º) Dejar expedita la cosa (calle, puente, monumento, etc.) al uso público (329) .

2º) Inauguración de la obra, dejándola abierta al uso público (330) , inauguración que incluso puede consistir en el simple hecho de descorrer el lienzo que cubría el monumento, en cortar la cinta que atravesaba la calle (331) .

3º) Comienzo de utilización de la cosa para su fin específico. Ejemplo: a) una vez artillados un navío o una fortaleza, entrada en ellos de la respectiva guarnición; b) fijados los límites de un terreno destinado a cementerio, realización en él del primer enterramiento (332) ; c) utilización de una construcción como edificio administrativo (333) ; etcétera.

4º) Retiro de los avisos u obstáculos que prohibían o impedían el acceso al público (334) .

5º) Reemplazo de un camino, o un tramo del mismo, que está en malas condiciones, por un camino o tramo nuevos que se encuentran en buenas condiciones (335) .

6º) Un buque de combate recién construido, sea en el extranjero o en el país, adquirirá carácter dominial con el izamiento de su bandera de guerra, ceremonia que los reglamentos navales disciplinan cuidadosamente (336) .

7º) La bandera de un regimiento adquirirá condición dominical, al ser entregada al cuerpo en presencia de la tropa formada con armas, de conformidad con las prescripciones reglamentarias (337) .

8º) Las cosas incorporadas a un museo público adquieren condición dominial al ser puestas en situación de que el público las *contemple* o *admire,* lo cual constituye una "cuestión de hecho". Un autor considera que, en estos casos, el carácter "público" de la cosa deriva de su

"registro" en el inventario del museo, y no precisamente de su exhibición inmediata, pues entiende que el carácter público del bien no depende de su exhibición, sino de su registro (338) . A mi criterio, el "registro", por sí solo, no es suficiente para convertir en "públicas" las cosas incorporadas a un museo. Para que esas cosas adquieran carácter "público" o "dominical" es indispensable el *uso público* de ellas, que en la especie se concreta en la contemplación de las mismas, mediante su exhibición. El simple "registro", no seguido de la exhibición, sólo trasunta *"custodia"* de la cosa, pero no *uso público;* y mientras esto último no ocurra, no puede hablarse de cosa sometida al régimen del dominio público, ya que para ello faltaría la concurrencia de un *"elemento"* esencial integrante de la noción de dominicalidad: el teleológico o finalista, que se agota en el *uso público,* sea directo o indirecto.

Si bien la afectación o consagración 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 mera intervención, actuación, gestión o decisión de los administrados o particulares es intrascendente a tales efectos. Ello es así porque, tratándose de atender o satisfacer un interés público, su valoración está a cargo del Estado y no a cargo de los particulares (339) ; trátase de una actividad estatal "stricto sensu". La jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido expuesto, habiendo declarado reiteradamente nuestra Corte Suprema de Justicia; "Que tanto como es de esencial para la existencia de la afectación de 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"* (340) . Por análogos motivos y consecuente con su opinión, el alto Tribunal declaró que los terrenos que un particular deja para calles públicas en la subdivisión de un inmuebles suyo que será vendido en lotes, es un medio idóneo para la creación de tales calles, por cuanto *la aprobación de los respectivos planos por la Administración Pública* implica *"afectación"* de dichas calles (341) . Ver página 204, nota 51.

1745. Para surtir efectos jurídicos, la afectación requiere el cumplimiento de determinados requisitos, de los cuales me ocuparé a continuación.

a) La afectación tiende a hacer efectiva la satisfacción de una necesidad o de un interés público; pero como la valoración o aquilatamiento de tales necesidades o intereses constituye una típica actividad estatal, va de suyo que toda *"afectación"* idónea debe contar indispensablemente con el asentimiento de la respectiva autoridad, expresado -según la índole del bien que se considere- en alguna de las formas a que me he referido en el parágrafo anterior, pues trátase de formas recibidas o aceptadas por el Derecho Administrativo.

La necesidad de ese "asentimiento" de las autoridades públicas la reconoce la doctrina (342) , y la ha declarado reiteradamente nuestra jurisprudencia (343) .

b) El bien o cosa de que se trate debe hallarse librado al uso público en forma *efectiva* y *actual*. Si así no ocurre, la "afectación" no surte el efecto jurídico de incorporar la cosa al dominio público, sometiéndola a los principios que rigen dicha institución. Ello es fácilmente explicable y comprensible, pues si no hay uso público efectivo y actual, falta

uno de los elementos esenciales integrantes de la noción de dominicalidad: el teleológico o finalista.

La dominialidad "deriva" del *uso público*. Por eso resulta exacta la observación de Laurent, según el cual someter al régimen del dominio público una cosa sobre la que el uso público aún no se efectúa, implicaría hacer que el *efecto* preceda a la *causa,* lo que es inconcebible (344) .

Lo expuesto refiérese a los bienes "artificiales" declarados públicos, pero no comprende a los bienes "naturales" declarados públicos, pues, como ya lo dije, respecto a estos últimos la atribución de su carácter dominial implica simultánea o automática afectación; trátase de una afectación *"ministerio legis"*, que no requiere acto administrativo alguno que la complemente o integre.

Refiriéndose a que la afectación debe ser efectiva y actual, Mayer dice que el bien o cosa debe ser *"puesto en función"* (345) , y otro autor, expresando la misma idea, dice que la cosa debe ser *"puesta en uso"* (346) . Así, 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 (347) ; lo mismo puede decirse de un edificio: si se tratare de un edificio construido para mercado público, éste sólo quedará regido por los principios del dominio público cuando sea efectivamente abierto al uso público (348) . En cuanto a las cosas incorporadas a un museo público, véase lo que expuse precedentemente (nº 1744, texto y nota 28).

La jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido expuesto, o sea declarando que mientras no haya afectación efectiva al uso público, la cosa no queda supeditada al régimen de la dominialidad (349) .

La cosa respectiva debe ser susceptible de un uso público *"actual"*. Su materialidad debe ser idónea para dicho uso. Es por eso que Mayer señaló la necesidad de que la cosa presente, incluso como consecuencia de trabajos realizados en ella, el *"estado exterior"* correspondiente (350) . Consecuentemente, 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: en tanto esto no ocurra la cosa no presentará el "estado exterior" correspondiente. De modo que no implican "afectación" válida la simple ley o el decreto que dispongan la construcción de una determinada obra (edificio, camino, etc.): se requiere la afectación "actual" de la obra al uso público, lo que exige que la cosa presente un *"estado exterior"* idóneo; así, si se tratare de un "edificio", su construcción debe hallarse realizada; lo mismo si se tratare de una calle, etcétera (351) . Nuestro derecho positivo, en lo pertinente, concuerda con lo expuesto, pues el Código Civil, artículo 2340 , inciso 7º *in fine*, al referirse a las obras declaradas dominiales, habla de obras *"construidas",* es decir que ya han sido realizadas. La jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido indicado. La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró embargable el terreno de propiedad de una provincia, adquirido con el objeto de levantar un edificio para oficina pública, cuyas obras no habían principiado, porque en ese caso "con el embargo y venta no se perturba o impide el funcionamiento *actual* de ninguna institución administrativa" (352) . Pero en una oportunidad posterior, el mismo Tribunal dispuso el levantamiento del embargo trabado sobre un edificio destinado a

asiento de una jefatura política, cuya construcción estaba *"a punto de terminarse"* (353) ; si bien, en esta hipótesis, la cosa aún no presentaba un "estado exterior" idóneo, era evidente que el estado de la construcción -"a punto de terminarse"- traslucía una ininterrumpida decisión y continuada actividad de la Administración Pública para la efectiva afectación del inmueble a uso público; por eso juzgo ajustada a derecho dicha decisión. Distinto es el caso en que las obras ni siquiera han tenido comienzo de ejecución, y sobre todo si desde que se dispuso la realización de las obras han pasado muchos años sin que se las realice. Las dos decisiones del alto Tribunal a que me he referido, en apariencia contradictorias, no lo son en realidad, pues contemplan con acierto situaciones distintas. Precisamente, es misión de los tribunales de justicia valorar las situaciones de hecho que les sean sometidas a juzgamiento, aplicando los principios jurídicos que más se adecuen a esas situaciones, aunque tales principios no hayan sido concebidos precisamente para esos supuestos, sino para otros que ofrezcan caracteres típicos y extremos. El caso de las 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. Es lo que hizo el alto Tribunal. En realidad, trátase de una aplicación de la analogía jurídica como criterio de solución de un caso no expresamente previsto.

Desde que la afectación debe ser "efectiva", no es posible que ella sea *potencial* (354) , y desde que debe ser "actual" no es concebible que existan afectaciones *futuras*. No obstante, hay quienes creen en la posibilidad de afectaciones potenciales (355) y de afectaciones futuras (356) .

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, con la intermitencia requerida por la índole de la utilización. Pero no basta una utilización meramente *"potencial:"* para que pueda hablarse de afectación *válida* es menester que el uso público haya tenido lugar, aunque después se lo siga realizando en la forma indicada. Un uso de "continuidad absoluta", *ininterrumpido*, si no es imposible concebirlo, es en cambio muy difícil que ocurra. Ningún uso tiene esos caracteres. Los autores que hablan de la posibilidad de una afectación "potencial", confunden o asimilan el uso "efectivo" con el uso *"ininterrumpido"* o constante. El uso *efectivo,* que traduce afectación válida, puede muy bien ser "intermitente", pero nunca *potencial*.

Si la afectación debe ser *"actual",* es inaceptable una afectación para el *"futuro"*. "Actual" y "futuro" son conceptos opuestos. Por eso juzgo errado hablar de "cosas públicas *futuras*", como categoría de cosas dominiales, tal como lo pretende el jurista japonés Yorodzu Oda (357) . Éste pone como ejemplo un terreno que será afectado a un fin público, pero cuya afectación no se efectúa por ahora. Hay ahí -dice- una cosa pública *futura,* que, en salvaguardia del interés público, mientras se produce su afectación, se rige por las mismas reglas de las cosas públicas en general. Semejante afirmación es inconcebible: está en contra de todos los principios aplicables en materia de dominialidad, y en particular en contra de los principios aceptados por la doctrina y la jurisprudencia en lo atinente a la "afectación".

c) Para que la Administración Pública pueda afectar válidamente 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 (358) . La doctrina está conteste en ello (359) . Tal exigencia es fácilmente comprensible, pues el Estado no puede afectar al uso público cosas que no le pertenezcan. Si la Administración Pública afectase al uso público cosas ajenas, es decir de los administrados o particulares, sin contar con la conformidad de éstos o sin cumplir con los requisitos establecidos en la ley fundamental, vulneraría la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad (360) . Véase más adelante, números 1769 y 1770, donde analizo todo lo atinente a la procedencia de las acciones resarcitorias, posesorias y petitorias, en los supuestos en que el Estado se apodera ilícitamente de la propiedad privada.

El medio jurídico en cuyo mérito el Estado adquiera la propiedad de la cosa, puede ser indistintamente de derecho público, por ejemplo expropiación, o de derecho privado, por ejemplo compraventa, donación, cesión, etcétera (361) , pues lo que somete una cosa al régimen dominial, no es el *medio* por el cual fue adquirida esa cosa por el Estado, sino su *"afectación"* al uso público (362) .

d) Tratándose de bienes *"naturales",* la afectación válida de ellos, que se efectúa por *ley,* no requiere un acto administrativo especial de afectación, que complemente, integre o actualice la ley.

Como lo he expresado varias veces en el curso de esta obra, tratándose de bienes "naturales", la *atribución de su carácter dominial* -que se efectúa por ley nacional- implica, a la vez, simultánea o automática *afectación:* se trata de una afectación "ministerio legis" (véase nº 1743). En este orden de ideas no se requiere acto administrativo alguno que integre o actualice la ley: ésta tiene amplia virtualidad por sí misma (363) .

e) ¿La afectación tiene carácter específico o especial? Vale decir, afectada una cosa a un uso determinado, el cambio de destino ¿requiere una nueva afectación?

Así parece entenderlo Forsthoff, quien escribe lo siguiente: "La afectación de la cosa pública versa sobre una determinada utilización de la misma. Si se produce un cambio cualquiera en la utilización, se hace preciso modificar igualmente la afectación. Tal es el caso, por ejemplo, cuando un camino para peatones se abre al tránsito rodado..." (364) .

No comparto esa opinión.

El efecto jurídico de la afectación no es otro que el de someter la cosa al *régimen de la dominialidad* (ver nº 1741), ya que el *carácter* o *naturaleza dominial* de la cosa no deriva de la afectación, sino -en nuestro ordenamiento legal al menos- de la *ley* que le asigna carácter público a la cosa respectiva (ver nº 1742).

Cuando se produce un cambio de destino en una cosa dominial, ese cambio no requiere una nueva afectación, pues siendo el efecto de ésta someter la cosa al *régimen de la dominicalidad* es de advertir que, a raíz del destino primitivo, la cosa ya se encuentra sometida a dicho régimen, por lo que el mero cambio de uso no produce modificación alguna en la situaión legal o *status* del bien: éste continúa siendo público y sometido al

régimen de la dominialidad. ¿Qué objeto tendría una nueva *afectación,* máxime cuando generalmente el cambio de uso se opera sin solución de continuidad respecto al uso primitivo?

Desde luego, el cambio de uso requiere que sea dispuesto por la autoridad competente para ello y que la afectación al nuevo destino continúe siendo efectiva y actual.

De manera que, salvo el caso de que con relación al destino originario la cosa hubiere sido *"desafectada",* el simple cambio de uso no requiere nueva afectación.

1746. En un parágrafo precedente quedó dicho que, tratándose de bienes "artificiales", la afectación puede también operarse por "hechos", y entre éstos por un uso público continuado, siempre y cuando tal uso cuente con el asentimiento de la Administración Pública, manifestado en forma expresa o tácita.

El referido uso público continuado puede dar lugar a la adquisición del bien o cosa *y a su correlativa afectación*, por dos vías alternativas: por la prescripción larga (*"praescriptio longissimi temporis"*) y por el uso inmemorial ("*vetustas*").

a) *Principios comunes a ambos institutos*

Tanto la prescripción larga, como el uso inmemorial, tienen plena cabida en el ámbito del derecho público. Refiriéndose a la *prescripción,* dice Federico Cammeo: "El caso típico de adquisición tácita del carácter de bien público es el de la adquisición por prescripción. Este instituto que responde a la necesidad social de conservar la estabilidad de los derechos ejercidos desde tiempo atrás es, en su esencia, si no en su modalidad, *aplicable igualmente al derecho privado y al público"* (365) . Y refiriéndose al uso inmemorial, expresa Cammeo: "La inmemorial, al menos en esta materia (dominio público), no sólo no es incompatible con los principios generales que regulan el sistema actual, sino más bien es el único instituto que con él armoniza" (366) .

Va de suyo que, tanto la prescripción como la inmemorial, sólo tienen aplicación tratándose de bienes *"artificiales"* (verbigracia, calles, caminos, etc.), pues la afectación de los bienes "naturales", en nuestro ordenamiento al menos, única y exclusivamente nace de la *"ley"* (ver los números 1743 y 1744).

Los autores, en general, consideran que la *"praescriptio"* y la *"vetustas"* no constituyen medios jurídicos por los que se opere la *afectación,* sino que mediante aquéllas el Estado adquiere el dominio privado del bien o cosa, y que *después,* una vez adquirido dicho dominio, la cosa debe ser objeto de la afectación pertinente. Trataríase de dos etapas *sucesivas:* adquisición del dominio privado por prescripción o por uso inmemorial y, después, *afectación* del bien o cosa al uso público (367) . No comparto esta tesis. Considero que tanto esa prescripción como ese uso inmemorial son útiles para que el Estado, *simultáneamente, adquiera el dominio* de la cosa y para que ésta quede legalmente *afectada* al uso público como dependencia dominial. No debe olvidarse que, en la especie, se parte del supuesto *sine qua non* de que el uso público se efectúa con el *asentimiento de las autoridades* -de lo contrario el uso público sería intrascendente-, revelado ya sea en la tolerancia reflexiva de éstas, ya en disposiciones de orden policial tendientes a la regulación

de ese uso, o en otros datos que igualmente traduzcan una actitud consciente de la Administración Pública respecto a la aceptación de ese uso público. Tal asentimiento de las autoridades es harto idóneo para que la afectación surta plenos efectos jurídicos. De manera que en la hipótesis contemplada, la *adquisición de la propiedad* de la cosa, por prescripción o por uso inmemorial, y su *afectación* al uso público como dependencia dominial, se operan *"simultáneamente",* lo que significa que ese uso público -realizado con el asentimiento de las autoridades- no sólo es idóneo para lograr la adquisición del dominio del bien por prescripción o por uso inmemorial, sino también para obtener su *simultánea* afectación (368) .

Para la procedencia de la prescripción o de la inmemorial, no es necesario que exista *consentimiento* del propietario o de los sucesivos propietarios. Ese consentimiento sólo procedería en los supuestos de *"cesión",* por ejemplo, pero nunca en los de prescripción o uso inmemorial, que por constituir medios adquisitivos unilaterales, no requieren ni suponen *"consentimiento"* alguno del propietario o de los sucesivos propietarios, sino más bien *pasividad* o *inacción* de éstos y, a veces, *negligencia* de parte de ellos en la custodia de su propiedad, que entonces quedaría desamparada (369) . Por eso no considero aceptable la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto reiteradamente ha establecido "que, las vías de comunicación, llámense caminos, calles o callejones, cuando han sido incorporadas al uso y goce común con el asentimiento de las autoridades *y de los propietarios* desde tiempo inmemorial, como ocurre en el caso de autos, se convierten en bienes del dominio público" (370) .

b) *La prescripción*

La *"praescriptio longissimi temporis",* o prescripción larga, se opera a los veinte años, según así lo dispone actualmente el Código Civil, aplicable en la especie. Ya al referirme a los principios comunes a la prescripción y a la inmemorial, recordando a Cammeo, expresé que ambos institutos son asimismo aplicables en derecho público.

Para que el Estado adquiera por prescripción la 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, etcétera (371) ; se trata de actos compatibles con la índole y destino del bien.

Para que la prescripción resulte idónea, en estos casos no es necesario que se haya pagado el impuesto de contribución territorial. Esto es evidente. Tal exigencia sólo es concebible, a lo sumo, tratándose de la prescripción invocada por particulares, y aparece establecida por el legislador como una garantía de seriedad de la posesión alegada, con lo que tiéndese a evitar la repetición de informaciones posesorias ilegales. Pero esa "ratio iuris" no existe tratándose de la prescripción adquisitiva de un bien dominial invocada por el Estado.

c) *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* (372) .

La inmemorial -dice Cammeo- fue por larga tradición un *principio general de derecho*. Esta tradición fue quebrada en el campo del derecho civil con la codificación: en cambio subsiste aún en el campo del derecho público, donde impera la costumbre (373) . Nunca quedaba excluida por la ley, salvo mención expresa (374) . En nuestro derecho público continúa siendo una institución ínsita al mismo. Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación la ha invocado en numerosas decisiones (375) . No sólo constituye un medio de adquirir la cosa, sino que esencialmente suplía el título, haciéndolo presumir (376) .

El lapso dentro del cual se tenía por operada la "vetustas" era el correspondiente a tres generaciones, estimado en cien años (377) . Pero recientemente, con buen criterio, se ha considerado suficiente reducirlo a sesenta años, que es el doble del plazo máximo establecido por la generalidad de las legislaciones para la prescripción larga (378) .

¿En qué se diferencian la *prescripción,* propiamente dicha, de la *inmemorial* ? D´Alessio dice que tratándose de un uso público no autorizado por las autoridades, no procede invocar la prescripción, sino la inmemorial (379) ; en cambio, con mejor juicio, Zanobini expresa que cuando por la naturaleza de la relación o por otra razón, la prescripción no podía aplicarse, y siempre que la situación de hecho tuviese una duración tal que nadie recordase su comienzo, se recurría al instituto de la inmemorial (380) . Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación sigue este último criterio, pues, según se advierte en sus fallos, cuando hace mención de la inmemorial *("uso inmemorial", "tiempo inmemorial")*, siempre la correlaciona con el *consentimiento* de las autoridades (381) .

Los autores, especialmente los de derecho común, fijaron algunas reglas acerca de la prueba de la inmemorial *("vetustas")*. Tratándose de un estado de hecho, la prueba más apta o propia era la testimonial. Los testigos debían ser de edad no inferior a cincuenta años, para que pudieran recordar hechos de cuarenta años atrás. El testimonio debía comprender no sólo los hechos que el testigo había visto directamente (testigo de "visu"), sino también los hechos que el testigo había oído referir a otras personas (testigo de "oídas"); también debía comprender la prueba negativa de no haber oído referir ninguna cosa contraria a aquella de la cual se trataba. Y es de advertir que con toda seguridad se admitían otros elementos de prueba, como documentos y narraciones escritas (382) . Claro está que, de acuerdo con la jurisprudencia de nuestro alto Tribunal -a la que tantas veces hice mención-, habría que justificar, además, no sólo el *asentimiento de las autoridades,* sino también el consentimiento del propietario o de sus sucesores, requisito este último que a mi criterio es inadmisible, según así lo hice presente al comienzo de este parágrafo.

Ciertamente, aunque la inmemorial, por constituir una institución ínsita al derecho público, tenga vigencia actual, juzgo que su campo de aplicación irá reduciéndose poco a poco, a medida que las relaciones jurídicas adquieran fijeza y vayan consolidándose. Antaño, cuando dichas relaciones no se originaban ni se desenvolvían sobre bases fijas y precisas, cuando el derecho en su generalidad hallábase expresado en la "costumbre", la *"vetustas"* tuvo gran auge: fue un medio eficaz para consolidar o afianzar situaciones imprecisas: pero en el futuro estimo que ella será ventajosamente reemplazada por la *"praescriptio longissimi temporis"*.

CAPÍTULO II - **DESAFECTACIÓN**

SUMARIO: *1747*. Concepto. - *1748*. Naturaleza jurídica. - *1749*. Consecuencias jurídicas. Principio general; excepciones. Los "frentistas" y "ribereños": remisión. - 1750. Cualquier cosa dominial puede ser desafectada: bienes "naturales" y bienes "artificiales". - *1751*. Especies de desafectación. "Formal" y por "hechos" (de la naturaleza y humanos). Bienes "naturales" y bienes "artificiales". *Desafectación y destrucción* de la cosa; diferencias. La llamada desafectación *"tácita"*. - *1752*. Autoridad competente para desafectar las cosas del dominio público (potestad jurisdiccional). Desafectación "formal" y desafectación por "hechos". Bienes "naturales" y bienes "artificiales". Desafectación por transformación del bien *(rellenamientos,* etc.). Las provincias y la Nación. Destrucción de la cosa. - *1753*. Formas de la desafectación: ley; acto administrativo; hechos (naturales y humanos). El paralelismo o interdependencia de las formas. La Nación y las provincias; bienes "naturales" y bienes "artificiales". La desafectación por hechos de la naturaleza no requiere ratificación ni rectificación administrativa. Casos especiales a considerar frente a la desafectación: a) la venta directa de bienes *dominiales* no traduce desafectación tácita, sino ilegitimidad de un acto administrativo; b) supuesta desafectación de bienes naturales por hechos humanos; c) estado de abandono y deterioro de la cosa. Los actos o hechos de los particulares o administrados. - *1754*. Requisitos de la desafectación: asentimiento inequívoco de las autoridades y ejercicio legítimo de la competencia. Desafectación por "hechos" y desafectación "formal". - *1755*. Desafectación por *"no uso inmemorial"*. La pretendida desafectación por "prescripción". - 1756. Lo atinente a la desafectación de *"islas":* potestad nacional. Situación especial creada por leyes provinciales que autorizaron su enajenación. La jurisprudencia; crítica a la misma. Nulidad de tales leyes e ineficacia de los actos de dominio privado sobre islas. Las islas de la *Nación* y la ley que autorizó su venta.

1747. *"Desafectar"* un bien significa sustraerlo de su destino al uso público, haciéndolo salir, por lo tanto, del dominio público para ingresar al dominio privado, sea del Estado o de los administrados. Tal es el concepto general. Desde luego, 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 ocurría con el cauce abandonado de los ríos, por ejemplo.

Como lo expondré más adelante, 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 *"natural"* como *"humano"*. Al referirme a las "formas" de la desafectación, volveré sobre esto.

1748. La naturaleza jurídica de la desafectación es correlativa a la de la afectación, de la cual no difiere (383) .

Como lo expresaré al referirme a las "formas" de la desafectación (nº 1753), ésta, en definitiva y según la índole del bien que se considere, puede efectuarse por una "manifestación de voluntad" del poder público *(ley o acto administrativo),* o por *"hechos"* (naturales o humanos).

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 (véase el nº 1740).

1749. 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 (384) . 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: es lo que ocurre con los cauces abandonados de los ríos -que es un supuesto de desafectación-, cuya titularidad pasa a pertenecerles a los respectivos ribereños (385) ; esto mismo sucede en los países que, como el nuestro, al respecto siguen el sistema accesionista romano, como Italia (386) .

Los efectos de la desafectación pueden resumirse así: a) el bien o cosa sale del dominio público y pasa al dominio privado; b) como corolario de ello, cesan los derechos de uso -común o especial- que se ejercían sobre la dependencia desafectada; c) cesan igualmente todas las consecuencias derivadas del carácter de "inalienable" que revestía la dependencia dominial desafectada (387) ; d) los "accesorios" pierden su carácter dominical (388) .

La situación de los "frentistas" y de los "ribereños" requiere una consideración especial ante la desafectación del respectivo bien público (calle, curso de agua). De ello me ocuparé al referirme al *uso* del dominio público.

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" (389) .

1750. 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 (390) . Esto importa un error: no hay bien público 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 ocurría en el derecho francés con las aguas de vertientes o manantiales, que en el territorio europeo son "privadas" y en Argelia -ex África francesa- eran "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". Pelloux sostuvo acertadamente que la noción de cosa insusceptible de propiedad, no es lógicamente aceptable y que se halla en contradicción con los hechos. Física o materialmente, ni el mar, ni los ríos y ni siquiera el espacio aéreo que cubre los Estados, son insusceptibles de propiedad (391) .

No existe, pues, razón alguna que se oponga a la desafectación de *cualquier* bien público, ya se trate de los que integran el dominio llamado "natural" o de los que integran el dominio llamado "artificial" (392) , desafectación que puede efectuarse por cualesquiera de los medios reconocidos al respecto por el derecho -compatibles con la índole del respectivo bien-, de cuyas especies me ocuparé en el parágrafo siguiente.

En consecuencia, la desafectación de un bien o dependencia dominial, lograda o efectuada por cualquier medio reconocido al respecto por el derecho, *siempre y cuando la efectúe o disponga la autoridad competente para ello,* importa el ejercicio legítimo de una potestad legal (393) .

1751. 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",* puede referirse a bienes naturales como a bienes artificiales.

a) La desafectación *"formal"* ofrece distintas modalidades. Desde luego, cualquier bien público puede ser desafectado, ya se trate de un bien "natural" o de un bien "artificial".

Tratándose de bienes del llamado dominio público *"natural",* debe distinguirse entre la mera desafectación que *deja subsistente la individualidad de la cosa* y la desafectación por *transformación* del bien, el que en tal supuesto cambia de individualidad. Como consecuencia de la primera, en el bien respectivo se opera un cambio jurídico; como consecuencia de la segunda un cambio físico, que a su vez genera consecuencias legales. A

título de ejemplos de desafectación que deja subsistente la individualidad o naturaleza física de la cosa, pueden mencionarse la desafectación de un río o de una isla, que continuarán siendo tales aun después de la desafectación. Como ejemplos de desafectación por *transformación* del bien, que entonces cambia de individualidad o de naturaleza física, pueden mencionarse los trabajos de rellenamiento de todo o parte del lecho de un curso de agua, o de parte del lecho del mar (tierras "ganadas" a los ríos o al mar), el desecamiento de un lago, la disgregación de una isla, etcétera.

La desafectación formal de los bienes públicos "artificiales" puede asimismo dar como resultado la extinción del bien o el simple cambio de su condición jurídica. Ello depende del bien de que se trate. En el primer supuesto, el bien respectivo deja 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. No es que la calle o el cementerio cambien simplemente la condición legal; ocurre algo más: dejan de existir como tales para el futuro; la nueva condición legal le corresponde al bien o cosa en que se transforma la antigua calle o el antiguo cementerio, que desaparecen como objetos jurídicos. Pero la desafectación formal de los bienes públicos "artificiales", puede también dejar subsistente la individualidad del bien o cosa; por ejemplo, el *cambio de destino* de un edificio público, que en lo sucesivo no se consagrará al uso público, provocará un cambio en la condición legal del bien, que en lo sucesivo ostentará la calidad de cosa "privada". La ley sólo considera dominiales a esta clase de bienes -el "edificio", en este caso-, en tanto se hallen afectados directamente a la utilidad o comodidad común, como bienes *"finales"* o bienes de *"uso";* cesando esta afectación, cesa asimismo su condición e bienes dominicales. El "edificio" seguirá subsistiendo físicamente, como tal, pero su *cambio de destino* apareja un cambio de condición legal. El edificio de referencia dejará de ser un bien de "uso", o bien "final", para transformarse en un simple bien "instrumental", con la correlativa nueva condición jurídica (ver nº 1723). El carácter "público" del bien no derivaba de la *índole* del mismo, sino exclusivamente de su *destino*. Sólo cuando se trata de bienes públicos "naturales", la dominialidad está basada en la *índole* del bien; en cambio, tratándose de bienes públicos "artificiales", la dominicalidad sólo depende del *destino* de esos bienes. Por eso es que *"todos"* los ríos son públicos, mientras que no todos los edificios son dominicales.

b) La desafectación por *hechos,* sean éstos de la naturaleza o humanos, procede igualmente respecto a bienes "naturales" o a bienes "artificiales".

Los bienes públicos "naturales" pueden desafectarse por hechos de la *naturaleza;* verbigracia, 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), de lo cual me ocuparé al referirme a las "formas" de la desafectación.

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 indubitable 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; etcétera. Los simples hechos procedentes de los particulares o administrados, en tanto no cuenten con el asentimiento o conformidad de las autoridades, son ineficaces para producir la desafectación de los bienes públicos; la razón de esto es la misma en cuyo mérito los administrados o particulares, por sí, no pueden afectar bienes al dominio público (ver nº 1744).

No debe confundirse la *"desafectación"* de la cosa dominial, con su *"destrucción"* realizada por terceros. La *destrucción* se diferencia de la *desafectación*. La destrucción o desaparición jurídica de la cosa nos coloca, ciertamente, ante un hecho irremediable, cuyas consecuencias se imponen por sí mismas; pero ella no equivale a la desafectación. Ésta constituye una institución o procedimiento *jurídico;* en cambio la *destrucción* de la cosa, ya sea por hechos de guerra producidos por el enemigo, por hechos de huelga, incendio provocado o delitos en general, constituye un hecho situado fuera de los límites del derecho. La "destrucción" no constituye, técnicamente, un caso de *desafectación,* sino precisamente de *"destrucción",* que es distinto. En la *destrucción* la cosa no cambia simplemente de individualidad, sino que físicamente deja de existir: por ejemplo, el incendio de un vagón ferroviario o de una biblioteca pública, el derrumbamiento intencional o provocado de una fortaleza, etcétera, dan como resultado que la cosa desaparezca del mundo de las realidades. En cambio, el efecto fundamental de la *desafectación* es el cambio de condición jurídica de la cosa, sea que ésta conserve o cambie su individualidad; pero la cosa no deja de existir, ni aun en lo supuestos de especificación o transformación, donde se opera una modificación, pero no una desaparición del mundo físico.

En general, la *extinción* o *desaparición material* de la cosa dominial o pública, que en definitiva es un caso de "destrucción" de esa cosa, cualquiera sea la causa de tal destrucción, no constituye técnicamente un supuesto de *desafectación,* sino de extinción del derecho de propiedad pública por desaparición del objeto sobre el cual se ejercía (394) .

En una publicación anterior, aparte de la desafectación "formal", mencioné la desafectación *"tácita",* que se produciría cuando la cosa pierde la calidad material que la hacía apta para el destino previsto. Como ejemplo mencioné el lecho abandonado de un río, cuyo cauce o álveo pierde entonces su carácter público y se convierte en privado (395) . Ese concepto de desafectación *"tácita"* había sido expresado por un sector autorizado de la doctrina (396) y entre nosotros por el pronunciamiento de un calificado tribunal (397) . No obstante, refiriéndose a mi exposición, un autor nacional, Masnatta, disiente con ese concepto de desafectación *"tácita",* porque entiende que "lo tácito supone una voluntad aquiescente, si bien no manifiesta; se opone a lo expreso, a lo formal, pero no implica ausencia de voluntad, pasiva, al menos". Agrega que el caso planteado por mí sería desafectación natural por caso fortuito (398) . Pienso que la observación de Masnatta es justificada y, por

lo tanto, atendible. En consecuencia, a pesar del antecedente basado en la opinión de Otto Mayer, lo que entonces califiqué como desafectación "tácita", hoy lo considero como un caso de desafectación de *bienes naturales por un hecho de la naturaleza.* Tal es lo que en realidad ocurre con el cauce abandonado de los ríos: así lo manifesté en un párrafo precedente. La *desafectación tácita* hay que relacionarla, entonces, con la conducta del Estado, y se producirá cuando el silencio de la Administración aparezca acompañado de ciertas constancias unívocas que lo hagan idóneo para expresar la voluntad de la misma (399) .

1752. Para establecer cuál es, en nuestro país, la autoridad competente para desafectar los bienes del dominio público, es necesario considerar separadamente las dos clases de desafectación reconocidas por el derecho: *"formal"* y por *"hechos",* relacionando cada una de éstas con los bienes "naturales" y con los bienes "artificiales".

a) *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.

Como ya lo expresé en el parágrafo precedente, 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 aun 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 estatuir sobre el carácter jurídico de las cosas, cuya facultad, según también lo dije precedentemente (ver nº 1728), pertenece a la esfera de competencia de la Nación, escapando a la de las provincias (400) .

Pero frente a la desafectación de los bienes públicos "naturales" que deja subsistente la individualidad de la cosa, hállase la que, al alterar o cambiar dicha individualidad, da como resultado que el bien, o parte de él, deje de subsistir. Así, un río, un arroyo, etcétera, o parte de ellos, pueden dejar de ser tales a raíz de trabajos de rellenamiento o terraplenamiento que los convierten en tierra firme; una isla puede ser destruida por disgregación o puede dejar de ser isla a raíz del rellenamiento del cauce de las aguas circundantes; un lago puede ser desecado; etcétera. Esto es lo que se llama *"desafectación por transformación o por especificación"*. ¿Cuál es la autoridad competente para efectuar esa clase de desafectación, que, al transformar un bien público -o parte de él-, da como resultado que el bien desafectado deje de ser dominical y se convierta en una cosa privada? (401) .

Desde luego, la Nación, por sí, no puede disponer ni autorizar esa desafectación respecto a bienes públicos provinciales, y menos aún podrá transmitir a terceros los bienes privados en que se transformen aquellos bienes dominicales, pues siendo éstos de las provincias y no de la Nación, va de suyo que la Nación no puede disponer de lo que no le pertenece. ¿Pero 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 (402) , y después de ella (403) . Nuestros escritores sostienen que se trata de una facultad provincial (404) . La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la validez y eficacia de tal derecho ejercido por las provincias (405) .

Los autores citados, así como la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo transcripto, hacen surgir esa facultad de las provincias del derecho domínico que tienen sobre los ríos (y en general sobre los demás bienes públicos). Adhiero a tal criterio, pues, en efecto, ganar tierras a los cursos de agua, o al mar, desecar un lago, disgregar una isla, etcétera, constituyen facultades inherentes a la calidad de sujeto o titular de esas dependencias dominiales. Esto es obvio.

De modo que si bien las provincias no pueden "desafectar" sus bienes públicos integrantes del llamado dominio *natural,* dejando intacta su individualidad, porque ello equivaldría a un mero cambio de su condición jurídica -facultad propia de la Nación-, sí pueden *desafectarlos por transformación o especificación,* y en tal supuesto pueden enajenar los bienes transformados o sus porciones.

A lo dicho podría objetarse que si bien es cierto que las provincias son dueñas de sus ríos, de sus lagos, etcétera, dado que éstos están fuera del comercio no pueden realizar a su respecto acto alguno que importe enajenarlos, aunque sea parcialmente, como ocurriría al enajenar las tierras ganadas en ellos. Pero a tal posible objeción debe contestarse que la imposibilidad legal de la enajenación se refiere a los *ríos,* a los *lagos,* etcétera, o a partes de ellos, en tanto permanezcan tales; pero que no se refiere a las porciones de un río, de un lago, etcétera, que, por la transformación de que fueron objeto, se han convertido en tierra firme dejando de ser "río", "lago", o partes de los mismos. El carácter *"dominical"* le corresponde al "río", al "lago", etcétera, pero no a la tierra firme en que se transformaron, en todo o en parte, por las obras de rellenamiento, desecamiento, etcétera. De modo que la prohibición legal subsiste mientras el río, lago, etcétera, o sus partes, se conserven tales, pero deja de tener aplicación tan pronto como dichos bienes -o porciones de ellos- sufran una transformación física que les haga perder su primitiva individualidad, con el correlativo cambio de condición legal, ya que ésta correspondía al bien o cosa originario -*río, lago,* etcétera-, y no al bien o cosa en que dicho bien se transformó *(tierra firme)*. Por eso las tierras ganadas en los ríos, lagos o mar, en tanto los trabajos hayan sido ordenados por la autoridad competente para ello, pueden ser válidamente enajenadas, ya que, al haber dejado de ser "río", "lago" o "mar", también dejaron de formar parte del dominio público, dejando en consecuencia de ser inalienables, ya que la tierra firme obtenida por las obras de rellenamiento o desecamiento constituyen bienes del dominio privado (406) .

Por supuesto, si se tratare de realizar rellenamientos en el mar, o en ríos o lagos navegables interprovinciales, previamente habría que oír a la autoridad nacional a fin de que declare si los trabajos proyectados afectan o no a la navegación (407) .

Todo lo que antecede refiérese a la desafectación *"formal"* de bienes integrantes del llamado dominio público *natural*. Ahora debo ocuparme de la desafectación, también *"formal",* de los bienes públicos *"artificiales"*.

También respecto a los bienes públicos "artificiales" la desafectación puede dar como resultado la *extinción* del bien o el *simple cambio de su condición jurídica*. En el precedente número 1751, letra a), me he ocupado con detenimiento de ambos supuestos. A ello me remito. ¿Qué autoridad -Nación o provincias- está facultada para llevar a cabo esas especies de desafectación? Por razones de método, la cuestión debe analizarse separadamente, según que la desafectación produzca la extinción del bien o un simple cambio en su condición jurídica.

En el primer supuesto, el bien o cosa deja 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 destinarán 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 (408) .

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 consagrará 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 desafectarlas de tal destino, les compete a las provincias: integra el conjunto de poderes no delegados a la Nación.

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: a) 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; b) 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, aun 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 dominical, 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. Tal derecho de la Nación a la *desafectación* de dichos bienes, es el corolario lógico de su facultad para la *afectación* de los mismos, de lo cual me he ocupado en el precedente nº 1743 *in fine*.

b) *Desafectación por hechos*

La desafectación puede, asimismo, efectuarse por *"hechos",* sean éstos de la naturaleza o del hombre, ya se trate de bienes naturales o artificiales.

Al estudiar lo relacionado con la *autoridad competente* para desafectar por "hechos" los bienes dominiales, sólo me referiré a los hechos *"humanos",* que son los únicos que pueden dar lugar a problemas de "competencia", no así los hechos de la *"naturaleza",* ya que ésta se gobierna por leyes ajenas a las sentadas por el hombre para delimitar las distintas competencias.

En el precedente nº 1751 me ocupé de los diferentes supuestos de desafectación por "hechos".

Los bienes públicos "naturales" no pueden ser desafectados por hechos *humanos,* o sea procedentes de autoridades públicas. De esto me ocuparé en el parágrafo siguiente, al referirme a las "formas" de la desafectación.

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; etcétera. Ciertamente, también estos "hechos", para surtir 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.

Ya precedentemente dije que la *"destrucción"* de las cosas dominiales por obra de *terceros* no implicaba *"desafectación"* (ver nº 1751). En consecuencia, la *"destrucción"* de las cosas dominiales por *terceros* queda al margen de todas las reglas sobre competencia en materia de *desafectación:* a) porque no se trata de "desafectación", sino de "destrucción"; b) porque la "competencia" sólo se refiere a las autoridades públicas, no a los particulares; c) 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.

1753. Al referirme a la *"afectación"*, dije que ella podía resultar de una "manifestación de voluntad" del poder público (ley o acto administrativo) o de "hechos". Dije, también, que tales formas o modos de operarse la afectación o consagración, vinculábanse a la división de los bienes públicos en "naturales" y "artificiales" (ver nº 1744).

En general, esos modos o formas de operarse la *afectación* son de estricta aplicación respecto a los modos o formas de efectuarse la *desafectación*. Por eso es que Otto Mayer pudo decir que "la manera en que la propiedad pública *termina* corresponde a la forma jurídica de su *origen*" (409) . Para expresar esa misma idea, algunos escritores hablan de *"paralelismo de las formas",* o de *"correspondencia"* o *"interdependencia"* de las formas, con lo que quieren significar que el acto debe ser dejado sin efecto por resolución de las mismas autoridades y por los mismos medios utilizados para su emanación.

No obstante, lo atinente al *"paralelismo de las formas"* sólo en *principio* tiene vigencia en materia de desafectación. Así, un bien afectado por *ley o acto administrativo,* por ejemplo, podría ser desafectado por un "hecho", tal como ocurriría con una calle que fuese cerrada definitivamente al tránsito, o cuyo terreno se destinase al cultivo agrícola; a su vez, un bien afectado de "hecho" puede salir del dominio público mediante un acto administrativo o una ley que dispusiese su desafectación; un bien afectado por "ley" de la *Nación,* verbigracia un curso de agua, puede ser desafectado en todo o en parte por "ley" *provincial* (desafectación por transformación o especificación). De manera que lo atinente al "paralelismo de las formas" no es de rigurosa o estricta aplicación.

Como lo expresé en el nº 1751, la *"desafectación"* puede consistir en una *manifestación de voluntad* del poder público; es la denominada desafectación *"formal"*. Asimismo, puede consistir en *"hechos",* que pueden ser naturales o humanos.

Ambos tipos de desafectación pueden referirse a bienes "naturales" como a bienes "artificiales".

En concreto, las "formas" de la desafectación dependen de la índole del bien de que se trate ("natural" o "artificial"), y del alcance de la misma, vale decir, según que deje o no subsistente la individualidad de la cosa.

Por razones de método y de claridad expositiva, separadamente me referiré a la desafectación *"formal"* y a la desafectación por *"hechos"*, relacionando cada uno de estos tipos de desafectación con los bienes naturales y con los bienes artificiales.

a) *Desafectación formal*

Respecto a los bienes del llamado dominio público "natural", debe distinguirse 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.

En los dos parágrafos que anteceden quedó dicho que 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. Un río, un lago o una isla, continuarán siendo tales aun después de la desafectación; el único cambio que sufren a raíz de ésta es en su condición legal.

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 estatuir sobre el carácter jurídico de las cosas, cuya facultad, según también quedó dicho, pertenece a la esfera de competencia de la Nación. Siendo así, dicha desafectación debe realizarla la Nación mediante *ley formal*: 1º Porque la facultad de estatuir sobre el carácter jurídico de las cosas es correlativa a la de dictar el Código Civil, la cual, de acuerdo con la Constitución, le corresponde al Congreso; 2º porque estando determinado en una ley el carácter jurídico de las cosas, el cambio o alteración de tal carácter debe ser objeto de otra ley, de acuerdo con el principio en cuyo mérito las leyes sólo se derogan por otras leyes (410) (411) .

Frente a la desafectación de los bienes públicos "naturales" que deja subsistente la individualidad de las cosas, hállase la que, al alterar o cambiar dicha individualidad, da como resultado que el bien, o parte de él, deje de subsistir. Es lo que ocurre con la llamada *desafectación por transformación* o *especificación*, en cuyo mérito el bien desafectado deja de ser dominical y se convierte en privado. En el parágrafo que antecede (nº 1752) me ocupé de esta especie de desafectación, sosteniendo que la facultad para realizarla es local o provincial. Por tratarse de un acto que implica *"disposición",* tal facultad deben ejercerla las provincias sobre la base de una *ley formal* dictada por ellas (412) ; pero eventualmente podrían hacerlo por *acto administrativo* fundado en ley.

Lo que antecede refiérese a las *"formas"* de la desafectación de los bienes públicos naturales. Ahora me ocuparé de esa cuestión refiriéndola a los bienes públicos *artificiales*.

También en lo atinente a los bienes públicos "artificiales" la desafectación formal puede dar como resultado la *extinción* del bien o el *simple cambio de su condición jurídica*. En los precedentes parágrafos 1751 y 1752 me ocupé de ambos supuestos.

En el primer caso, el bien o cosa deja 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. Según lo expresé, la facultad para efectuar esta clase de desafectación, dada su trascendencia o significado, es local o provincial (ver nº 1752). Tal desafectación, por implicar un acto de mera administración, podrá ser efectuada por las provincias, en principio, mediante *acto administrativo*; con mayor razón mediante ley (413) .

En el segundo supuesto la desafectación sólo produce un *cambio en la condición jurídica* del bien o cosa, cuya individualidad subsiste, no se altera. Así, el cambio de destino (desafectación) de un edificio público, que en lo sucesivo no se consagrará al uso público, provocará un cambio en la condición jurídica de ese bien, que en lo sucesivo será una cosa "privada". En el número 1752 me ocupé de esta especie de desafectación, sosteniendo que ella constituía una facultad local o provincial. Por implicar también este tipo de desafectación un mero acto de administración, puede ser efectuada por las provincias mediante *actos administrativos* y, desde luego, mediante ley.

Si se tratare de bienes públicos *"artificiales"* de la *Nación,* ya sea que dichos bienes estén o no ubicados en territorios de las provincias, la desafectación de los mismos -conserven o no su individualidad- puede realizarla la Nación por los mismos medios que al respecto pueden emplear las provincias, vale decir mediante actos administrativos y, por supuesto, mediante leyes formales.

b) *Desafectación por hechos*

La desafectación, según lo expresé, puede también efectuarse por *"hechos",* sean éstos de la naturaleza o del hombre, ya se trate de bienes naturales o artificiales.

Tal como lo hice al referirme a la *autoridad competente* para desafectar por "hechos" los bienes públicos, también en lo atinente a las *"formas"* de la desafectación sólo me referiré a los hechos *"humanos",* prescindiendo de los hechos de la naturaleza, ya que ésta, por responder a otro tipo de leyes, hállase al margen de las "formas" jurídicas ideadas por el hombre para darles validez a sus actos. Los hechos de la naturaleza valen por sí, tales como se presentan. Es por eso que una vez producida la desafectación por hechos de la naturaleza, verbigracia cambio del lecho de un río, al respecto no se requiere acto administrativo alguno de rectificación o ratificación de ese hecho. El cauce abandonado de un río traduce una desafectación debida a un hecho natural; ese *hecho* produce, por sí mismo, consecuencias en *derecho:* no requiere *ratificación* alguna, sea administrativa o de otra índole (414) . La Administración Pública, si lo cree pertinente y ello resulta factible, podrá después rectificar o modificar la desafectación operada; incluso podrá volver las cosas a su primitivo estado, mas ello no obsta a que la desafectación de referencia surta, mientras tanto, por sí misma, plenos efectos (415) . Pero no sólo los bienes "naturales" pueden ser desafectados por hechos de la naturaleza; también pueden serlo los bienes

"artificiales" (416) así, la vejez de ciertos semovientes dominiales, afectados a servicios públicos, puede determinar su desafectación, ya que el *hecho* de la vejez los torna inútiles para el fin a que se les destinaba (véase nº 1716, texto y notas 136 y 137); el cegamiento definitivo de un canal, producido por un hecho natural, tiene como consecuencia la desafectación de ese canal; etcétera.

Procede, pues, ocuparse de 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: a) 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 realizarle le corresponde exclusivamente a la Nación, quien al respecto debe proceder mediante *"ley"* formal; b) porque, tratándose de bienes naturales cuya individualidad se altera o transforma a raíz de la desafectación (desafectación por transformación o especificación), en este mismo parágrafo quedó dicho 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* (ver este mismo parágrafo, nota 102).

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" surta 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 (417) .

A título de ejemplos, pueden mencionarse los siguientes "hechos" o "actitudes" del Estado -no fundados en actos "formales"- que surten efectos de *"desafectación":*

a) El traslado de un cementerio a otro lugar, con lo cual el inmueble del primitivo cementerio que se desocupa queda desafectado (418) .

b) El cierre definitivo de un camino al tránsito (419) .

c) El cambio de destino de un edificio público, que en lo sucesivo es sustraído al uso público.

d) La siembra o cultivo del inmueble que servía de calle (420) .

e) Si se tratare de una fortaleza o fortificación, su desmantelamiento y el libre y permanente acceso permitido al público, tienen efectos de desafectación (421) , y con mayor razón si en semejante fortaleza viven personas particulares sin autorización alguna (422) .

f) La leña y aun la madera resultantes de la poda de los árboles existentes al borde de las calles, carreteras, etcétera, o en cualquier otra dependencia del dominio público, constituyen bienes de naturaleza "privada", pues la *poda* ordenada por la Administración Pública, de la cual resulta esa leña o madera, implica una virtual *desafectación* de esas

partes de los árboles, lo que será así aun cuando ese tipo de podas no sólo separe del árbol los excedentes normales de su ramaje, sino también verdaderas *partes constitutivas* del árbol (ver nº 1715, texto y nota 121).

g) Reemplazo de un mal camino, o parte de él, por un nuevo camino que reúne mejores condiciones (423) .

Pero existen ciertos actos estatales, cuya verdadera trascendencia o significado, en lo atinente a la desafectación, ofrecen dudas. Es lo que ocurre con la venta directa de bienes dominiales, es decir sin su desafectación previa, sea ésta expresa o implícita. Para algunos, como D´Alessio, dicha venta traduce una eficaz manifestación de voluntad de la Administración Pública para desafectar el bien (424) ; en cambio, para otros, como Presutti y Diez, tal venta es nula, por cuanto los bienes *"públicos"* son inalienables (425) . La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado nulas o sin valor las enajenaciones de bienes *dominiales* (426) . Para mí es evidente que la venta de un bien "dominial", es decir que aún no fue desafectado, es nula. No es posible atribuirle a tal venta efectos de *desafectación implícita,* por cuanto la desafectación, como tal, supone un acto *lícito,* en tanto que la venta en cuestión constituye un acto *ilegítimo,* ya que los bienes que están fuera del comercio de derecho privado no pueden ser objeto de enajenaciones o ventas: los bienes inalienables no son susceptibles de semejantes actos jurídicos. Pero estos actos jurídicos sólo serán ilegítimos en tanto se trate de ventas *directas* de bienes públicos, es decir que no han sido previamente desafectados, pero serán plenamente válidas y eficaces cuando las ventas se efectuaren sobre la base de una ley -*dictada por autoridad competente*- que se limita a autorizar dichas enajenaciones, pues entonces dicha ley surte, evidentemente, efectos de desafectación tácita: tal es el lógico propósito perseguido por el Estado al dictar esa norma. Es lo ocurrido en nuestro país con la venta de islas pertenecientes a la Nación, la cual se efectúa sobre la base de un decreto-ley -ratificado por ley- que autoriza esas transferencias: el referido decreto-ley importa una *desafectación implícita* de las islas de la Nación ocupadas por particulares, por lo que las ventas ulteriores de ellas resultan ajustadas a derecho (véase este mismo parágrafo, texto y nota 100).

Otro supuesto que no puede interpretarse como *desafectación tácita,* es la pretendida o supuesta desafectación de bienes *"naturales"* por *hechos* humanos, es decir provenientes de la Administración Pública. Ya en este mismo parágrafo quedó dicho que la desafectación de los bienes *naturales,* sea que a raíz de ella dichos bienes conserven o transformen su individualidad, requiere una *"ley"* formal, por lo que el simple *"hecho"* queda entonces descartado como posible medio de lograr la desafectación. Siendo así, resulta claro que la supuesta desafectación de bienes *naturales* por *"hechos"* del hombre, no constituye otra cosa que un hecho *ilegítimo* de la Administración Pública.

Asimismo, el estado de *"abandono", "descuido"* o *"deterioro",* en que se encuentre el bien dominial, por ejemplo una calle, no constituye un hecho unívoco a los efectos de considerarlo como supuesto de desafectación tácita; al contrario, trátase de un hecho que al respecto ofrece dudas, porque puede prestarse a diferentes interpretaciones. El solo hecho del abandono o deterioro de la cosa, no sería motivo suficiente para considerar que el bien está *"desafectado",* pues, como agudamente dice Mayer, una mala administración continúa siendo una administración (427) . La solución dependerá del grado de deterioro en que se

halle la cosa y, especialmente, de la duración de dicho estado (428) . El abandono muy prolongado de parte de la Administración Pública, agravado por la total ausencia de los más elementales trabajos de mantenimiento requeridos esencialmente por el uso público a que la cosa está destinada, al extremo de que dicho uso público no se efectúa o es de muy difícil realización, podría interpretarse como desafectación tácita de la cosa. Pero estimo que semejante hipótesis de desafectación tácita debe ser de interpretación muy *restrictiva;* sólo excepcionalmente podría considerársela como supuesto de desafectación virtual. Ésta constituye una *cuestión de hecho,* cuya solución depende de las particularidades de cada caso. Como acertadamente lo expresó un autor nacional, el abandono momentáneo de un bien público puede responder a la variabilidad de las necesidades de la Administración, o a la negligencia de un funcionario (429) .

Va de suyo que los hechos de los particulares o administrados, por sí solos, son inhábiles para operar la desafectación de los bienes públicos: requieren inexcusablemente el asentimiento indubitable -expreso o virtual- de las autoridades (430) . La razón de ello es la misma que expuse para sostener que la *afectación* no puede surgir de la simple resolución o de los simples actos de los particulares (ver nº 1744 *in fine*) (431) .

1754. De lo expuesto en las páginas anteriores, dedúcese que, sin perjuicio de los principios aplicables en cada caso, dos son los requisitos esenciales para la validez y eficacia de la desafectación: 1º) el asentimiento inequívoco de las autoridades; 2º) que, tanto al manifestar su asentimiento como al emitir el respectivo acto, las autoridades actúen en ejercicio legítimo de su competencia.

El primer requisito vincúlase a la desafectación por "hechos". En el parágrafo anterior manifesté que los hechos de los particulares o administrados, por sí solos, eran inidóneos para operar la desafectación, ya que al efecto requeríase inexcusablemente el asentimiento indubitable de las autoridades (véase texto y notas 119 y 120). Ello es así porque la desafectación, a igual que la afectación, constituye una actividad estatal "stricto sensu"; de modo que la sola intervención, actuación, gestión o decisión de los particulares o administrados es intrascendente para dichos fines. El "hecho", para surtir efectos de desafectación, debe provenir originaria y directamente de las autoridades, o debe contar con el asentimiento de éstas, si él proviniere de los administrados. El pueblo no gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por las leyes.

El segundo requisito relaciónase con ambos tipos de desafectación: por "hechos" y "formal", pues ya se trate de un *hecho* de las autoridades, de un mero *asentimiento* de éstas a hechos de los particulares o de *actos* concretos de las autoridades (ley, acto administrativo), la validez de la desafectación requiere que ese hecho, ese asentimiento o esos actos hayan sido realizados, prestados o emitidos por las autoridades competentes. En Derecho Administrativo, la *competencia* de las autoridades públicas es tan indispensable para la validez de los actos y para la trascendencia de los hechos, como lo es la *capacidad* del sujeto en derecho privado. Los actos de un incapaz hállanse viciados de nulidad; los hechos y actos de una autoridad incompetente son *ilegítimos*. Acertadamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la desafectación produce sus efectos generales *"cuando es ordenada por la autoridad con facultades suficientes"* (432) .

1755. La doctrina, en general, admite como un supuesto de desafectación el *"no uso inmemorial"* (433) , criterio que comparto. Sólo excepcionalmente hay quienes se muestran adversos a tal medio de operarse la desafectación (434) .

Al negarle efectos de desafectación al "no uso inmemorial", algunos autores discurren equivocadamente. Unos confunden o asimilan el *no uso inmemorial* con la prescripción, criterio inadmisible. El *"no uso inmemorial",* como causal de desafectación, en modo alguno puede equipararselo a una *"prescripción"* sobre bienes del dominio público, tanto más cuando el respectivo bien dominical no cambia de titular, sino tan sólo de *"régimen jurídico"*. Ese "no uso inmemorial" traduce una forma de *desafectación tácita,* pues tal es el sentido o significado atribuible a dicho "no uso inmemorial" (435) . No se trata, pues, de *prescripción* sobre bienes del dominio público, sino de *desafectación tácita* de los mismos, lo cual es distinto. No deben confundirse o asimilarse instituciones diferentes entre sí. Otros autores olvidan que, en esta materia, el "no uso inmemorial" no es otra cosa, como dije, que un supuesto de *desafectación tácita* (por "hechos" humanos), la cual, como toda desafectación, tiene como efecto excluir al bien del régimen dominial; de modo que el cambio de condición jurídica que sufre el bien, no es consecuencia del "no uso inmemorial" -cosa que ellos objetan-, sino de la *desafectación* que él implica y determina. Por eso las conclusiones de dichos autores no son aceptables.

Claro está que no todo *"no uso inmemorial"* surte efectos de desafectación. Debe tratarse de cierta categoría de bienes y hallarse cumplidos ciertos requisitos.

Así, la desafectación por no uso inmemorial sólo procede respecto a bienes del llamado dominio público *"artificial"*, no así respecto a los bienes del llamado dominio público *"natural"* (436) . Ello es así porque, importando el "no uso inmemorial" una desafectación *tácita,* por *hechos humanos,* es de recordar que sólo los bienes públicos "artificiales" pueden ser desafectados por esa vía. Los bienes públicos "naturales" no pueden ser desafectados por "no uso inmemorial", porque ellos no pueden desafectarse por *"hechos"* humanos, sino por actos formales: *"ley"* y eventualmente *acto administrativo* fundado en ley (véase el nº 1753).

Para que el "no uso inmemorial" pueda surtir efectos de desafectación, tal como ocurre en todos los supuestos de desafectación por hechos del hombre, debe contar con la *indubitable aquiescencia* de las autoridades, no bastando el simple no uso por parte de los particulares o administrados. En ese "no uso" debe tener intervención consciente la Administración Pública (437) . Sobre este punto téngase presente lo dicho en el número 1754.

Por lo demás, los principios expuestos acerca de la *"afectación"* por uso inmemorial, en su generalidad y salvo aquellos aspectos donde pudiere haber incompatibilidad, son también de aplicación respecto a la "desafectación" por *"no uso inmemorial"*.

Hay quienes incluyen la *"prescripción"* sobre bienes del dominio público entre los medios de desafectación. Así, Cammeo, entre las causales extintivas de la dominicalidad, menciona la *prescripción* (438) . Juzgo equivocado dicho criterio: los bienes del dominio público, por estar fuera del comercio de derecho privado y por ser imprescriptibles, no pueden ser objeto de una prescripción adquisitiva; ni siquiera pueden ser objeto de una *posesión* útil por parte de terceros. Dichos bienes, pues, no son susceptibles de perder su carácter público por

prescripción adquisitiva (439) . Los particulares, en ningún caso, pueden adquirir por prescripción la *"propiedad"* de bienes dominiales; lo contrario atentaría contra principios vigentes en Derecho Administrativo.

1756. Después de todo lo dicho precedentemente acerca de la desafectación, corresponde ocuparse especialmente de la desafectación de islas, asunto que en nuestro país dio lugar a opiniones encontradas.

El Código Civil establecía que las islas pertenecen al dominio público (artículo 2340 , inciso 6º). Pero en el año 1968, al reformarse el Código Civil, se agregó a dicho inciso: *"cuando ellas no pertenezcan a particulares"* (440) . Trátase de bienes dominiales de la Nación o de las provincias, según cual sea su situación territorial. Por lo demás, pertenecen a la categoría de bienes integrantes del llamado dominio público *"natural"* (441) .

No obstante el carácter *"público"* de las islas, establecido por el legislador nacional en ejercicio de atribuciones constitucionales, algunas provincias dictaron leyes desafectándolas de tal carácter, y en su virtud realizaron diversos actos transmitiéndolas a particulares (442) . Los tribunales, invocando unas veces las pertinentes leyes dictadas por las provincias y partiendo otras veces de informaciones posesorias aprobadas por la justicia provincial con intervención del representante del Fisco, reconocieron sobre las islas diversos derechos patrimoniales sólo concebibles sobre bienes del dominio privado; así, en cierta oportunidad se declaró que las islas pueden expropiarse contra los particulares dueños de ellas (443) ; en otras ocasiones se reconoció la prescripción adquisitiva de las mismas (444) ; otra vez se admitió un interdicto posesorio interpuesto por un particular contra el Estado (445) . Pero tanto las ventas de islas realizadas por las provincias, como las demás manifestaciones de dominio privado sobre ellas, fueron resistidas y discutidas, motivando intrincadas controversias.

En un interdicto de retener deducido por un particular contra la provincia de Buenos Aires, respecto a terrenos ubicados en una isla, la Provincia basó su defensa en el carácter *público* del inmueble. La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró al respecto: "Que la demandada no solamente no ha probado que se tratara de un bien del dominio público, colocado fuera del comercio, sino que lo contrario resulta de los expedientes agregados y de la ley 4276 , que autoriza al Poder Ejecutivo a transferir el dominio de los terrenos de la Isla Santiago -donde se halla el del actor- a favor de los pobladores de los mismos que lo soliciten dentro de los 180 días de sancionada" (446) .

En otra oportunidad, en un juicio deducido por un particular contra la provincia de Buenos Aires y contra una empresa concesionaria de servicios públicos, el actor invocó su derecho de propiedad sobre una isla, adquirido por prescripción, lo que fue objetado por los demandados. La Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo así: "Sostienen los demandados que el actor no ha podido adquirir por prescripción el terreno a que se refiere su título informativo, por tratarse de un terreno de isla en el río de la Plata, que es un bien público de la Provincia según el artículo 2340 , inciso 6º, del Código Civil. Pero a esta defensa le es aplicable la doctrina del fallo Gobierno Nacional versus Franco (tomo 151, pág. 272), desde que el título del actor se funda en la información posesoria que fue aprobada judicialmente con dictamen favorable del Agente Fiscal de la Provincia de Buenos Aires" (447) .

¿Qué decir de esas disposiciones legales dictadas por las provincias respecto a las islas? ¿Qué decir de las resoluciones jurisprudenciales que importan reconocer la validez de tales leyes y la eficacia de actos posesorios sobre las islas? Considero que dichas leyes son inválidas porque contrarían la Constitución Nacional, y que esas resoluciones jurisprudenciales se apartan de los principios que, en nuestro país, deben aplicarse en materia de desafectación de los bienes integrantes del llamado dominio público *"natural"* (448) .

Adviértase que todas esas cuestiones, esencialmente, implican un problema sobre la potestad jurisdiccional para desafectar bienes públicos integrantes del dominio llamado natural, a la vez que una cuestión sobre los derechos que los particulares pueden ejercer válidamente sobre las cosas del dominio público.

Desde luego, exigir que en un juicio se pruebe el carácter *público* de una isla -como lo exigió la Corte Suprema-, me parece algo inconcebible ante nuestra legislación. Exigir semejante prueba equivale a exigir la prueba de la existencia de la ley. En nuestro país, las islas son públicas *"ministerio legis"*. En un parágrafo precedente (nº 1743) hice notar que, tratándose de bienes públicos que integran el dominio natural -verbigracia "islas"-, el propio hecho de asignarles carácter público vale automática afectación, no requiriéndose acto administrativo alguno que complemente, integre o actualice la ley. ¿Qué mejor prueba del carácter público de las islas, que el texto mismo del artículo 2340 , inciso 6º, del Código Civil? Si éste es inoportuno o inconveniente habrá que reformarlo, pero mientras ello no ocurra se impone su aplicación. Un tribunal de provincia, la Cámara de Apelaciones de Bahía Blanca, apartándose de lo resuelto en ese sentido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo la buena doctrina; dijo así: "Los términos claros y precisos en que el legislador ha precisado la discriminación entre los bienes del dominio público y los del dominio privado del Estado general o particular, y la determinación concreta y explícita de las islas como pertenecientes al primero (art. 2340 , inc. 6º, Cód. Civ.) apartándose con ello de otros modelos de la época, no permite, cualquiera sea el error técnico o económico en que haya incurrido al hacerlo, introducir una interpretación doctrinaria modificatoria del texto y propósito claro del precepto legal. No es requerido por éste para tal calificación, la existencia de la afectación práctica e inmediata al uso público, pues tal afectación ha sido creada o establecida virtual y originariamente por voluntad de la ley. *No es necesario demostrarla ni que ocurra de hecho*. Ocurre *ministerio legis*" (449) .

La aplicación judicial de leyes dictadas por las provincias autorizando la enajenación de terrenos ubicados en islas, importa un reconocimiento de la validez o eficacia de tales leyes, como lo hizo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos recordados. Pero estimo que aquí erró nuevamente el alto Tribunal. Aceptar la validez de esas leyes, importa reconocerles derecho a las provincias para desafectar de su carácter público los bienes integrantes del dominio llamado "natural". Tal facultad, respecto a dicha especie de bienes, le compete exclusivamente a la Nación, pues en estos casos la desafectación no tiene otro efecto jurídico que el cambio de la condición legal del bien, siendo de recordar que esto último es de incumbencia exclusiva de la Nación, por ser a ésta a quien le corresponde estatuir sobre la condición jurídica de las cosas (ver nº 1752). Rodolfo Rivarola, en el dictamen que tantas veces he recordado, sostuvo igual conclusión (450) .

La Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció, también, la validez y eficacia de las informaciones posesorias referentes a inmuebles ubicados en islas provinciales. Juzgo que esto traduce otro error: 1º) porque la aceptación de tales informaciones, prácticamente implica aceptar que las provincias pueden desafectar los bienes públicos que integran el dominio llamado natural, lo que no es admisible, según quedó dicho; 2º) porque importa olvidar los caracteres jurídicos del dominio público, que, al constituir una *"res extra commercium",* no admite una posesión útil para fundar la prescripción adquisitiva; 3º) porque frente a la autoridad que pueda revestir la cosa juzgada en la información posesoria, están los principios superiores contenidos en la Constitución, acerca de la distribución de poderes entre la Nación y las provincias; precisamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación debe velar por el constante imperio de tales principios.

Considero, pues, que los argumentos invocados por nuestro alto Tribunal para reconocer la validez de esos actos relativos a islas, realizados por las provincias, y que en su esencia tienden a la desafectación de aquéllas, carecen de solidez jurídica y de apoyo legal (451) .

Las enajenaciones de islas hechas por las provincias son nulas, porque las leyes que dictaron autorizándolas son inconstitucionales. Dichas leyes versan sobre una materia de competencia exclusiva del Congreso Nacional: estatuir sobre el carácter jurídico de las cosas, que en el presente caso se confunde con la de desafectar de su carácter público los bienes integrantes del dominio llamado natural.

Sin embargo, hay quien aprueba las decisiones de la Corte Suprema en esta materia. Comentando el citado fallo de este Tribunal, aparecido en el tomo 191, página 473 y siguientes, de su colección, el doctor Alberto G. Spota dijo así: "En sustancia, estimamos acertada y prudente la orientación doctrinaria que surge del interesante fallo del alto Tribunal. Contémplase en él, por un lado, los principios jurídicos y, por otro, la realidad de nuestro país, en cuanto resultaría excesivo interpretar el artículo 2340 , inciso 6º, Código Civil, de modo que limitara la esfera automática de los poderes locales para desafectar los bienes públicos, en el caso, las islas, con las limitaciones ya señaladas. De lo contrario, debería condenarse a que extensas y fecundas tierras insulares permanecieran excluidas del comercio jurídico del derecho privado, lesionándose la utilidad general y pública, es decir, desconociéndose la misma *ratio legis* que emerge del artículo 2340 , Código Civil" (452) . En otra oportunidad, ese mismo autor, mostrándose partidario de las informaciones posesorias sobre islas, aceptadas por los tribunales, dijo así: "No obstante, la usucapión puede ser un título para adquirir el dominio de la isla o de una porción de ella cuando, sin mediar una desafectación expresa, existe de por medio la autoridad de la cosa juzgada, es decir, cuando frente al titular del dominio público se ha pronunciado una sentencia, aun meramente declaratoria en una información posesoria verificada ante el órgano judicial competente, que declara adquirido el dominio privado por usucapión. El orden público está de por medio: la autoridad de la cosa juzgada debe persistir" (453) .

En modo alguno comparto tales opiniones: 1º) porque, por las razones que expuse en éste y en los anteriores parágrafos, las provincias carecen de facultad para desafectar los bienes públicos incluidos en el dominio natural; 2º) porque la razón de orden práctico invocada por Spota, consistente en la desventaja de mantener las islas excluidas del comercio jurídico del derecho privado, no es una razón de "principio", sino de "conveniencia" ("política

legislativa"), que no debe ni puede ser considerada ni subsanada por los tribunales de justicia apartándose de la ley y de los principios legales, sino por el legislador nacional modificando la ley; 3º) porque si el actual régimen *dominial* o *público* de las islas es inconveniente, debe modificárselo; pero tal cambio debe disponerlo la autoridad competente: el Congreso Nacional, no las legislaturas de provincia, ni las autoridades judiciales so pretexto de interpretación de la ley. En este orden de ideas, pienso que, si bien a través del acto judicial, debe auspiciarse la recepción de nuevas concepciones y la satisfacción de nuevas necesidades, ello siempre deberá ser sobre la base del más escrupuloso respeto del derecho positivo, realizando así la vieja y olvidada fórmula de Raymond Saleilles: *"más allá del Código Civil, pero por el Código Civil"*. Es que el llamado "derecho judicial", o sea el que elaboran los jueces y tribunales en sus sentencias, es de alcance limitado: como expresión de la actividad judicial es siempre *sublegal,* de mera *aplicación* de leyes; 4º) porque los bienes públicos -"islas", en el caso- no pueden ser objeto de usucapión: el dominio público es imprescriptible; 5º) porque si bien es cierto que el respeto a la "cosa juzgada" es de orden público no es menos exacto que también es de orden público respetar las normas expresas de la ley, máxime las de derecho público. En el conflicto entre una "cosa juzgada" basada en una violación de la ley, y el "respeto a normas expresas de ésta" -máxime si son de derecho público-, es obvio que ese *"respeto debido a las normas"* debe prevalecer, porque representa un interés mayor y más intenso en el orden de las conveniencias públicas. Como lo dije en páginas anteriores, frente a la autoridad que pueda revestir la cosa juzgada en la información posesoria, están los principios superiores contenidos en la Constitución, acerca de la distribución de poderes entre la Nación y las provincias; precisamente, la Corte Suprema de Justicia debe velar por el constante imperio de tales principios.

Lo que dejo expresado acerca de que la única autoridad competente para desafectar las *islas* (bienes integrantes del llamado dominio natural), es la *Nación* y no las provincias, ya lo sostuve en otras publicaciones (454) , habiendo sido expresamente compartidas mis ideas por autorizados expositores de nuestro derecho (455) ; del mismo modo, lo que sostuve acerca de la improcedencia de informaciones posesorias en materia de islas fue en un todo aceptado y compartido por un destacado autor (456) .

Pero el jurista no puede ni debe apartarse de la realidad. En ese orden de ideas, no sería justo dañar a quienes adquirieron islas -o terrenos ubicado en éstas- basados en actos equivocados de las autoridades públicas, privándoles de la propiedad de esos bienes debido a la intrascendencia de los hechos e invalidez de los actos que precedieron a la aparente consolidación y transmisión del dominio. Pero si eso no es justo, tampoco es admisible que el amparo de tales situaciones se obtenga quebrantando los principios jurídicos que rigen el caso. Debe buscarse una forma de solución que contemple ambas situaciones. Pienso que el remedio legal para salvar la situación creada por la desafectación y enajenación provincial de islas, como asimismo para salvar la situación de hecho creada con tal desafectación, consiste en la sanción de una ley *nacional* que desafecta las islas de su carácter "público", con efecto retroactivo al día de las ventas, o a la fecha de las respectivas leyes locales o de las resoluciones judiciales que impliquen el reconocimiento del dominio privado sobre ellas. Para que todas las referidas situaciones queden incluidas en la retroactividad de la ley, convendría que tales efectos remonten hasta la fecha de sanción del actual Código Civil (457) .

Como lo advertí precedentemente (nº 1753, texto y nota 100), por decreto-ley -ratificado por ley- la *Nación* autorizó la venta de *sus* islas. Ello implica una correcta desafectación de las mismas (ver nº 1753, texto y nota 113 y siguientes). Claro está que dicha disposición legal define la situación jurídica de *esas* islas, para el futuro; pero aún resta subsanar las fallas subsistentes en las ventas y adquisiciones de las *demás* islas. Las islas provinciales, a cuyo respecto insisto en la conveniencia de sancionar una ley nacional que desafecte todas las islas con efecto retroactivo a la fecha de sanción del Código Civil.

TÍTULO CUARTO - **RÉGIMEN Y CARACTERES JURÍDICOS DEL DOMINIO PÚBLICO (Inalienabilidad e imprescriptibilidad)**

SUMARIO: *1757*. Régimen jurídico del dominio público; es *único* y de *excepción:* no hay tantos regímenes como dependencias dominiales. La policía del dominio público. - *1758*. La inalienabilidad y la imprescriptibilidad son *inherentes* al dominio público, pero no constituyen notas exclusivas del mismo, ni bastan por sí para que una cosa ostente calidad dominical. Bienes "inalienables" e "imprescriptibles" que no revisten carácter dominial (bosques, yacimientos de hidrocarburos, bienes de incapaces, equipos afectados a los servicios de radiodifusión y televisión, etc.). Bienes simplemente "instrumentales". - *1759*. Inalienabilidad e imprescriptibilidad: razón de ser de ambas. Deben mantenerse como caracteres de los bienes dominicales. Objeciones a la imprescriptibilidad de los bienes dominiales; crítica. - *1760.* La inalienabilidad y la imprescriptibilidad en el antiguo derecho: romano, español y francés. - *1761*. La inalienabilidad y la imprescriptibilidad en el derecho comparado: legislación y doctrina científica. La cuestión en el derecho inglés. - *1762*. La inalienabilidad y la imprescriptibilidad de los bienes públicos en el derecho argentino: Código Civil; anteproyecto Bibiloni y proyecto de la Comisión de Reformas. La jurisprudencia. - *1763*. Consecuencias y alcances jurídicos de la inalienabilidad. Principio general: los bienes dominicales sólo están sustraídos al comercio del derecho privado, no así al de derecho público. Las excepciones a ese principio. - *1764*. a) Compraventa y otros actos jurídicos que impliquen transferencia de dominio. - *1765*. b) Embargo: principio general. Excepción: bienes de personas particulares afectados a servicios públicos. - *1766*. c) Ejecución judicial: principio general. Excepción: bienes de personas particulares afectados a determinados servicios públicos (inmuebles dados en arrendamiento al Estado). - *1767*. d) Hipoteca. - *1768*. e) Acción de despojo. - *1769*. f) Interdictos y acciones posesorias. Principio general; excepción. - *1770*. g) Acciones petitorias. Reivindicación. Principio general; excepción. Diversos supuestos y cuestiones. - *1771*. h) Usufructo. - *1772*. i) Servidumbres. - *1773*. j) Arrendamiento o locación. - *1774*. k) Relaciones de vecindad: medianería, vistas y luces. - *1775*. l) Los "accesorios" de las cosas públicas. Distinciones a efectuar. - *1776*. m) La expropiación y los bienes dominicales. 1º) Importancia del tema. Cuestiones que apareja. 2º) ¿Técnicamente, se trata de una expropiación? 3º) No hay razón alguna de principio que obste a la expropiación de bienes públicos. Objeciones; refutación. 4º) Lo atinente al simple "cambio de destino". 5º) La Nación puede expropiar bienes públicos provinciales. 6º) Las provincias ¿pueden expropiar bienes públicos de la Nación situados en sus respectivos territorios? - *1777*. *Consecuencias jurídicas de la imprescriptibilidad*. - *1778*. Los bienes públicos y el impuesto inmobiliario (contribución directa o territorial). El "canon" de uso.

1757. El dominio público está sometido a un régimen jurídico especial, caracterizado esencialmente por su *inalienabilidad* e *imprescriptibilidad,* como asimismo por hallarse sujeto al *poder de policía* que se ejerce sobre él y que se manifiesta con modalidades propias o específicas. La Corte Suprema de Justicia de la Nación pudo, entonces, decir acertadamente que ese régimen jurídico se caracteriza por su inalienabilidad, por su imprescriptibilidad y por las reglas de policía de la cosa pública que le son aplicables (458) .

Si bien las dependencias dominiales, en su estructura física o material, son entre sí heterogéneas o diversas, el régimen jurídico que las disciplina es *"único":* no hay tantos regímenes como categorías de bienes integrantes del dominio público. No obstante, existen distinguidos autores que piensan lo contrario, o sea que dicho régimen es múltiple, dependiendo de la índole del bien que se considere: su régimen jurídicolegal, dicen, no está disciplinado ni por los mismos principios ni por las mismas normas (459) . No comparto tal criterio. Por de pronto, cabe advertir que la consideración de las "normas" carece de toda trascendencia en esta materia, pues -aparte de que la existencia de una *norma* es algo contingente- ellas no representan el "régimen" del dominio público, sino únicamente la *forma* en que ese régimen se pone de manifiesto. Lo que ha de tenerse presente son los *"principios"* respectivos, pues ellos constituyen la substancia de ese régimen jurídico.

Dicho régimen es uno solo, es único (460) ; 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, pues, el mismo régimen jurídico *esencial,* si bien adaptado a sus respectivas modalidades particulares. La modalidad propia de algunos bienes dominiales puede requerir la aplicación de ciertos principios no requeridos por otros de esos bienes; mas esto no obsta a que, en lo fundamental, el régimen jurídico sea uniforme. 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; etcétera. 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 (461) .

Cada bien permite un determinado uso, *común* o *especial*, o ambos a la vez, lo que depende de la índole del bien; pero el régimen jurídico de cada uno de esos tipos de usos es aplicable por igual a todos los bienes integrantes del dominio público; es decir, el régimen jurídico del uso *común* reposa en principios básicos aplicables a todos los bienes públicos en los que se efectúen dichos usos, e igual cosa ocurre con los usos *especiales*. Sobre tales bases, la forma de efectuarse el uso de los bienes públicos depende del bien de que se trate: un río y un cementerio se usan en forma diferente, pero los principios *jurídicos* básicos que gobiernan esos usos son similares (462) .

El régimen jurídico del dominio público es, además, de *"excepción"* y de interpretación *estricta:* en su conjunto sólo y únicamente es aplicable a los bienes dominiales, cuya existencia, según ya quedó dicho en otro lugar (nº 1729), requiere inexcusablemente una base legal que la autorice. Sin esa base legal ningún bien ha de considerarse como parte integrante del dominio público. Por tratarse de un régimen de *"excepción",* todo lo atinente a la *policía* del dominio público resulta inaplicable al dominio privado del Estado. Las reglas o principios inherentes a ese régimen policial, carecen de aplicación respecto a los bienes "privados" del Estado. Es por eso, por ejemplo, que el desalojo de una tierra fiscal (bien *privado*) no puede efectuarlo la Administración Pública por sí, sin recurrir a la justicia, en tanto que ello es procedente tratándose del desalojo de una dependencia dominial (463) . Cuando la Administración Pública ha intentado desalojar tierras o campos fiscales por sí misma, sin recurrir a la justicia, ello dio lugar a la promoción de interdictos de despojo por parte de los particulares o administrados lesionados en su derecho, acciones que, con acierto, fueron falladas en favor de estos últimos.

1758. Los bienes dominicales son inalienables e imprescriptibles. Trátase de caracteres *inherentes* a los bienes públicos, pertenecientes a la *esencia* de la dominicalidad. Tales caracteres existen por principio, aunque la respectiva legislación los silencie. La inalienabilidad nació en el siglo pasado, simultáneamente con la distinción entre dominio público y dominio privado; apareció como una regla no escrita de origen consuetudinario y jurisprudencial (464) . Véase el número 1760.

Pero la inalienabilidad y la imprescriptibilidad, si bien constituyen atributos de los bienes dominiales, no son atributos exclusivos de ellos (465) . Aquéllas son *"efectos"* y no "causa" de la dominicalidad; ésta no resulta de ellas, ni es su consecuencia; al contrario, la inalienabilidad y la imprescriptibilidad son notas *derivadas* de la dominicalidad; pero la inversa no es exacta; la dominicalidad no deriva de la inalienabilidad ni de la imprescriptibilidad.

Estas últimas no bastan, por sí solas, para que un bien sea considerado como perteneciente al dominio público. Es por eso que existen muchos bienes que, no obstante su carácter inalienable e imprescriptible, pertenecen al dominio *"privado"* del Estado; también existen bienes que ostentan esos caracteres y pertenecen al dominio privado de los particulares o administrados. Lo que define un bien "público" y le imprime sus notas correlativas -entre ellas la inalienabilidad y la imprescriptibilidad- es su *afectación al uso público,* directo o indirecto, de lo cual me ocupé en páginas anteriores (ver nº 1723).

En nuestro derecho existen numerosos bienes que, a pesar de su carácter inalienable e imprescriptible, pertenecen al dominio "privado", sea del Estado o de los particulares o administrados. Entre los primeros pueden mencionarse los bosques (466) y los yacimientos de hidrocarburos (467) ; entre los segundos pueden recordarse los bienes de incapaces (468) y los equipos afectados a los servicios de radiodifusión y televisión (469) . Algo similar ocurre en el derecho extranjero (470) .

El Estado posee bienes que explota industrialmente; verbigracia los yacimientos de hidrocarburos. Si bien -como ocurre en nuestro país- los hidrocarburos son considerados por la ley como inalienables e imprescriptibles, no constituyen bienes del dominio público, sino simplemente bienes del dominio *"privado"* del Estado: se trata de bienes

"instrumentales", pues no están afectados *directamente,* como "bienes finales" o "bienes de uso", a la utilidad o comodidad común; es decir, no están afectados *directamente* a servicio público alguno. De esto me he ocupado en un capítulo anterior (nº 1723).

1759. La inalienabilidad y la imprescriptibilidad son medios jurídicos a través de los cuales se tiende a hacer efectiva la *protección* de los bienes dominiales, a efectos de que ellos cumplan el "fin" que motiva su afectación. Tal protección no sólo va dirigida contra hechos o actos ilegítimos procedentes de los administrados o particulares, sino también contra actos inconsultos provenientes de los propios funcionarios públicos (471) . Si así no fuere resultarían inexplicables tales *"notas"* del régimen jurídico del dominio público.

Un autor pretende que la inalienabilidad del dominio público no constituye una medida contra eventuales dilapidaciones del patrimonio público; prueba de ello, dice, es que aquélla no existe respecto al dominio privado que, mucho más que el dominio público, es una fuente de recursos administrativos (472) . No comparto ese razonamiento. Los bienes del dominio público, por el "fin" a que hállanse destinados -uso *público* directo o indirecto-, necesitan una protección más estricta o rigurosa que los bienes del dominio privado del Estado, lo que así ocurre en realidad. El hecho de que el bien o cosa sea o pueda ser fuente de recursos administrativos, cede en importancia ante la afectación al *uso público* que pesa sobre las cosas dominicales. Es por ello que, si bien es cierto que la enajenación de las cosas *privadas* del Estado también está supeditada a una resolución administrativa que autorice la venta, tratándose de bienes *públicos,* aparte de requerirse asimismo esa autorización, se necesita, además, la *previa desafectación* de la cosa; es también por ello que, si bien la propiedad de las cosas del dominio privado está sujeta a perderse por prescripción, no ocurre así con las del dominio público, cuyo régimen jurídico las torna imprescriptibles. Resulta evidente, pues, que la tutela o protección de las cosas públicas, obtenida a través de su régimen jurídico, es más rigurosa y efectiva que las del dominio privado del Estado, todo lo cual tiende a mantener incólume el dominio público, protegiéndolo no sólo contra hechos o actos ilegítimos procedentes de los administrados o particulares, sino también contra actos desaprensivos del propio Estado.

Es en virtud de las ideas precedentes que considero que, no sólo el *dominio público* como institución, sino la *inalienabilidad* y la *imprescriptibilidad* como sus notas jurídicas esenciales, deben ser mantenidos por el derecho contemporáneo, tal como lo expresé precedentemente (nº 1736).

El escritor español Eduardo García de Enterría, en un estudio meritorio (473) , propugna porque se corrija o depure el principio absoluto que establece la imprescriptibilidad del dominio público (página 48). Excluye de sus conclusiones a los bienes integrantes del llamado dominio público "natural", salvo que a su respecto se comience precisamente por alterar de hecho las circunstancias físicas que determinaban su calidad de tales (páginas 36-38). Considera que en ciertas condiciones y sobre la base de un largo plazo -sesenta o más años- debería aceptarse la posibilidad de que un particular prescriba bienes del dominio público (páginas 40-41, 43-48, 50). El comienzo de la prescripción lo hace surgir de lo que él llama *"desafectación tácita",* que convertiría en patrimonial el respectivo bien, desafectación que se produciría por la posesión abusiva del particular. Considera que esa desafectación es un efecto precisamente atribuible a la misma posesión abusiva del

particular, en cuanto que es esta posesión la que ha comenzado por apartar la cosa de su destino público (páginas 28, 36, 41, 49-50).

La tesis de García de Enterría reposa, desde luego, en un atendible argumento lógico, pues un bien excluido del uso público por hallarse exclusivamente poseído por un particular durante sesenta o más años, es evidente que no justifica su ulterior mantenimiento en el dominio público, ya que el tiempo transcurrido habrá demostrado su inutilidad para los fines previstos al colocarlo en dicho dominio; es decir, esa larga detentación del bien por la persona particular denota que dicho bien no es necesario para satisfacer las necesidades de carácter general a que responde el dominio público.

Pero cuando se quiera aceptar la posibilidad legal de prescribir la propiedad de bienes incluidos en el dominio público, habrá que comenzar por modificar los códigos civiles o leyes especiales, a efectos de derogar el principio general contenido en ellos, en cuyo mérito no hay posesión útil sobre bienes que están fuera del comercio del derecho privado, situación en que indiscutiblemente se encuentran los bienes que integran el dominio público. Mientras esto no ocurra, no puede ni siquiera hablarse de prescripción sobre esa categoría de bienes.

Aparte de lo expuesto, la tesis de García de Enterría reposa en un error de concepto: la *"desafectación tácita"* de que hace mérito la juzgo inexistente, pues la desafectación es acto o hecho -directo o indirecto- del Estado y no de los particulares o administrados. El hecho de una posesión abusiva proveniente de un particular no surte efectos de "desafectación": en tal orden de ideas ese hecho es intrascendente (véase lo expuesto en los números 1753 *in fine*, y 1754).

Pienso que la protección integral del dominio público, requerida por los fines que motivan su existencia, aconseja mantener en todo su rigor la nota jurídica de "imprescriptibilidad" que hoy le caracteriza.

1760. Ya en el derecho romano aparecen las primeras expresiones *escritas* que consagran la inalienabilidad y la imprescriptibilidad de las dependencias dominicales. Trátase de una recepción de las pertinentes normas del derecho consuetudinario. El Digesto, en su libro 18, título 1º, ley 6, establece que las cosas públicas no son susceptibles de *venta,* porque no están en el comercio; y la ley 72, párrafo 1, del mismo libro y título, establece la invalidez de la *venta* de cosa pública. El libro 41, título 3, ley 9, de ese cuerpo legal, rechaza la *usucapión* sobre cosas públicas, y la ley 45 del mismo libro y título dispone que no procede la *prescripción* de larga posesión para adquirir terrenos públicos. Véase el número 1758.

El antiguo derecho español recibe y reitera disposiciones similares. Así, la Partida 5ª, título 5º, ley 15, consagra la *inalienabilidad* de las dependencias públicas, y la Partida 3ª, título 29, leyes 6 y 7, establece la *inalienabilidad* de dichas dependencias.

En el derecho francés, la *inalienabilidad* y la *imprescriptibilidad* del dominio público aparecen, en forma escrita, a través de la Ordenanza de Moulins, del año 1566, referente a los bienes del Estado, en general, y no sólo a los de dominio público (474) .

1761. Como ya lo expresé en otro parágrafo (nº 1758), la inalienabilidad y la imprescriptibilidad son caracteres inherentes a los bienes públicos: constituyen la esencia de su régimen jurídico. Existen por principio, aunque la respectiva legislación los silencie: aparecieron como reglas no escritas de origen consuetudinario y jurisprudencial.

Por eso, en ausencia de explícitas disposiciones legales, los referidos caracteres del dominio público son fruto de la *elaboración doctrinal* (475) , pues, en efecto, mediante la coordinación de diversos textos legales, como aquellos que prohíben la venta de las cosas que están fuera del comercio, o los que rechazan la prescripción del dominio de cosas que no están en el comercio, los autores establecen la inalienabilidad y la imprescriptibilidad de los bienes integrantes del dominio público (476) .

A veces ambos caracteres, o uno de ellos, surgen expresamente de una norma legal. Lo primero ocurre en México con ciertos bienes "públicos" y también con ciertos bienes privados del Estado, pues la Constitución de dicho país los declara inalienables e imprescriptibles (artículo 27); lo segundo ocurre en Italia, cuyo Código Civil establece expresamente la *inalienabilidad* de los bienes que integran el dominio público (artículo 823), en tanto que respecto a la imprescriptibilidad sólo contiene los textos generales cuya coordinación permite la labor de la doctrina (477) .

En otras ocasiones, que son las más, el derecho de un país acepta la inalienabilidad y la imprescriptibilidad de los bienes dominicales, sobre la base exclusiva de las conclusiones de la doctrina, pues el derecho positivo guarda silencio al respecto. Es lo que ocurre en Francia, por ejemplo, donde la inalienabilidad y la imprescriptibilidad no reposan en texto expreso, sino en las enseñanzas de los autores y en las decisiones de los tribunales (478) .

Finalmente, hay países, como Inglaterra, cuyo derecho no conoce un *dominio público,* inalienable e imprescriptible, como lo conciben otros países, incluso el nuestro. "El carácter particular del derecho inglés respecto al dominio público es la ausencia casi completa de un dominio público inalienable e imprescriptible. Un sistema de servidumbres públicas sobre la propiedad privada y de severas reglas de policía respecto al uso de ella por parte del propietario y de los ciudadanos, tiene lugar, no con malos resultados, en el sistema del dominio público" (479) .

1762. En el derecho argentino, la inalienabilidad y la imprescriptibilidad no están previstas *expresamente* por la ley; pero su existencia resulta de la aplicación coordinada de diversos textos del Código Civil. A pesar de la ausencia de normas específicas, la doctrina nacional, en forma unánime, les reconoce dichos caracteres a los bienes del dominio público (480) .

Entre nosotros la *inalienabilidad* halla fundamento legal en la aplicación armónica de los artículos 953 , 2336 y 2604 del Código Civil, en cuanto establecen que el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio (artículo 953), que están en el comercio todas las cosas cuya enajenación no fuere expresamente prohibida o dependiente de una autorización pública (artículo 2336) y que el derecho de propiedad se extingue de una manera absoluta cuando la cosa es puesta fuera del comercio (artículo 2604).

A su vez, la *imprescriptibilidad* encuentra fundamento legal en nuestro derecho a través de los artículos 2400 , 3951 , 3952 y 4019 del Código Civil, en cuanto establecen: a) que las

cosas que están en el comercio son susceptibles de posesión (artículo 2400), lo que "a contrario sensu" significa que las cosas que están fuera del comercio no son susceptibles de posesión, y en tal caso faltaría el requisito *sine qua non* para prescribir: b) que el Estado está sometido a las mismas prescripciones que los particulares, en cuanto a sus bienes susceptibles de ser propiedad privada (artículo 3951). Como los bienes públicos, por hallarse fuera del comercio, no pueden ser objeto de propiedad privada, tampoco pueden ser adquiridos por prescripción; c) que pueden prescribirse todas las cosas cuyo dominio o posesión puede ser objeto de una adquisición (artículo 3952). Según la nota a este último artículo, no puede prescribirse el dominio de las cosas que no están en el comercio, como las afectadas al uso público; d) a mayor abundamiento, esa imprescriptibilidad se confirma ante la disposición que declara imprescriptible la acción reivindicatoria de la propiedad de una cosa que está fuera del comercio (artículo 4019).

El doctor Bibiloni, en su "Anteproyecto de Reformas al Código Civil", intentó llenar el vacío de nuestra actual legislación, proponiendo el siguiente texto: "Los bienes del dominio público enumerados en el artículo anterior son inalienables e imprescriptibles" (481) . La Comisión de Reforma del Código Civil aceptó esa sugerencia, incluyendo en su proyecto la siguiente disposición: "los bienes del dominio público son inalienables e imprescriptibles" (artículo 117).

La jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente estableciendo el carácter inalienable e imprescriptible de los bienes pertenecientes al dominio público. En un fallo interesante así lo declaró la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien hizo surgir dichos caracteres de las siguientes circunstancias: 1º) de la consagración especial que afecta a esos bienes; 2º) de que éstos se hallan fuera del comercio, según así resulta de los artículos 2336 y siguientes del Código Civil. Textualmente dijo así la Corte Suprema: "Que estos últimos -los bienes del dominio público- por la consagración especial que los afecta, y mientras ella dure, se hallan fuera del comercio, y no son enajenables ni prescriptibles, ni pueden ser embargados o ejecutados, según así resulta de los artículos 2336 y siguientes del Código Civil" (482) . En resoluciones posteriores, el alto Tribunal ratificó su criterio (483) .

1763. Los bienes del dominio público son *inalienables,* ciertamente; pero ello no significa que estén absoluta y totalmente sustraídos del comercio jurídico. A su respecto, en principio, sólo es incompatible el comercio jurídico de derecho privado, pero en modo alguno el de derecho público, pues éste, también en principio, no menoscaba la afectación de los bienes dominicales (484) . Por eso es que las cosas del dominio público, mientras permanezcan tales, si bien no pueden ser vendidas, ni hipotecadas, por ejemplo, pueden en cambio ser objeto de otros actos jurídicos compatibles con el régimen que las disciplina y con el "fin" que motiva su afectación; así, verbigracia, pueden ser objeto de derechos especiales de *uso,* otorgados o adquiridos mediante los medios o formas reconocidos por el Derecho Administrativo; pueden igualmente ser "expropiadas", ya que la expropiación constituye un negocio jurídico de derecho público; etcétera. Tal es el *principio general.*

Pero *excepcionalmente* los bienes públicos también 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, en tanto las mismas resulten compatibles con el destino que determinó la afectación de la cosa dominical (ver nº 1772, letra b).

Del mismo modo, si bien los actos jurídicos de derecho público son, por principio, compatibles con los bienes dominicales, por *excepción* pueden no serlo, lo que ocurrirá cuando el respectivo acto resulte notoriamente ajeno al destino de la dependencia dominial; por ejemplo: el permiso o la concesión que se otorgaren para instalar un bar o un restaurante dentro del recinto de un cementerio. En estos casos estaríamos frente a un acto administrativo viciado de ilegitimidad *(desviación de poder),* por cuanto ese "permiso" o esa "concesión" tendrían por objeto una actividad por completo desvinculada del fin específico del cementerio.

La inalienabilidad, pues, no constituye un principio absoluto, cerrado, de aplicación mecánica. Admite atemperaciones racionales. Es un concepto cuyo alcance y sentido son contingentes: dependen de las circunstancias. Por eso cobra actualidad la siguiente aguda observación de Léon Duguit: "El dominio público es inalienable. Ésta es una de esas fórmulas que los juristas se transmiten como dogmas de generación en generación, sin preguntarse cuáles son exactamente el fundamento y el alcance" (485) . Tal como lo expresara el maestro de la Universidad de Bordeaux, pocos fueron los juristas que, al referirse a la inalienabilidad del dominio público, realizaron el análisis debido y practicaron las distinciones pertinentes: de ahí la oscuridad que aún es dable advertir en esta cuestión.

Pero lo que antecede también demuestra que es inexacta, por exagerada, la afirmación de que los bienes del dominio público *"están fuera del comercio humano"* (486) . Dichos bienes, en principio, hállanse fuera del comercio de derecho *privado,* pero están dentro de comercio de derecho *público,* que por cierto es una forma del comercio humano.

1764. Los bienes integrantes del dominio público no pueden ser objeto de compraventa, ni de otros actos jurídicos que impliquen transferencia de dominio. Actos tales son nulos por inidoneidad del objeto. Es la conclusión de nuestro Código Civil, cuyo artículo 953 -concordante con los artículos 1167 y 1327 - establece la nulidad de los actos jurídicos cuyo objeto lo constituyan cosas que están fuera del comercio. El acto administrativo que dispusiere la venta *directa* de una cosa dominical -es decir, sin su previa desafectación-, sería un acto ilegítimo, sin valor alguno (487) .

Precedentemente (nº 1753), sostuve que el acto administrativo que *directamente* dispusiere la venta de una cosa del dominio público, no traduce una *desafectación tácita* de esa cosa, sino un acto ilegítimo. No es posible atribuirle a semejante venta efectos de *desafectación implícita,* por cuanto la desafectación, como tal, supone un acto *lícito,* en tanto que la venta en cuestión constituye un acto *ilegítimo,* ya que los bienes que están fuera del comercio de derecho privado no pueden ser objeto de enajenaciones o ventas: los bienes inalienables no so susceptibles de semejantes actos jurídicos (Código Civil, artículos 953 , 1167 y 1327).

Va de suyo que una vez *"desafectada"* la respectiva dependencia del dominio público, lo que puede ocurrir por cualesquiera de los medios o formas aceptados al efecto por la ciencia jurídica y el derecho positivo (ver nº 1753), la venta o enajenación de la cosa podrá efectuarse sin que para ello obste su anterior condición de *"inalienable"*, pues, producida la desafectación, desaparece simultáneamente todo problema sobre inalienabilidad del dominio público, ya que en lo sucesivo dicha cosa ostentará carácter de bien *"privado"* del Estado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la ineficacia de las ventas de bienes del dominio público, en tanto los mismos no hubieren sido previa y legalmente desafectados (488) .

1765. Los bienes del dominio público son inembargables. La doctrina está conteste con ello (489) ; también lo está la jurisprudencia (490) .

¿Cuál es el fundamento de tal conclusión? 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, racionalmente el embargo apareja también la idea de una eventual enajenación, ya que esa medida cautelar, en última "ratio", tiende a asegurar la ejecución forzada del bien. Por eso, con alabable criterio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al dar las razones o fundamentos en cuyo mérito los bienes del dominio público son inembargables, dijo así: "Los jueces carecen por lo mismo de autoridad y jurisdicción para *cambiar su destino* y no pueden por consiguiente ordenar su *embargo* ni proceder a su ejecución" (491) .

Lo que antecede constituye el *"principio"* en materia de embargo de bienes del dominio público. Pero hay bienes que, por hallarse afectados a la prestación de servicios públicos, si bien *no son bienes dominicales,* están sujetos a un régimen jurídico especial mientras dure esa afectación. Una de las notas de ese régimen jurídico especial la constituye su inalienabilidad, con lo cual tiéndese a evitar la *suspensión* o *paralización* del respectivo servicio. Entre tales bienes pueden mencionarse: a) los inmuebles que los particulares o administrados le dan en arrendamiento o locación al Estado, para que éste los utilice afectándolos a la prestación de servicios públicos (verbigracia, fincas dadas en arrendamiento para funcionamiento de tribunales, escuelas, hospitales, correos y telégrafos, etc.); b) bienes de su propiedad incorporados al servicio público por el respectivo concesionario. Ambas categorías de bienes son del dominio privado del respectivo administrado o particular; no pueden ser bienes del dominio público porque para ello les falta un requisito esencial: el elemento *subjetivo,* del cual me ocupé en otro lugar de esta obra (nº 1700 y siguientes). La inalienabilidad que obsta al embargo de la cosa, sólo es atributo de los bienes del *dominio público,* pero de ningún modo de los bienes del dominio privado de los administrados afectados a la prestación de servicios públicos.

La "ratio iuris" que impide el embargo de bienes del *dominio público* consiste, como lo expresó la Corte Suprema en el fallo recordado, en la falta de autoridad y jurisdicción por parte de los jueces para cambiar el destino de aquéllos, ya que tal cambio les incumbe a las *autoridades administrativas*. Pero respecto a los bienes de los particulares afectados a la prestación de servicios públicos, nada de eso ocurre, pues su *cambio de destino,* su desafectación, en unos casos depende de la extinción del contrato de locación celebrado por las partes, y en otros casos depende de la voluntad del concesionario, quien puede excluir del servicio público un bien de su propiedad, reemplazándolo por otro bien análogo. En ambos supuestos los bienes desafectados vuelven a regirse exclusivamente por los principios comunes de derecho privado, cesando a su respecto el régimen especial a que hallábanse supeditados mientras permanecían afectados al servicio público. En tales condiciones, el embargo que se decretase sobre dichos bienes no vulneraría 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 permanecer afectado al servicio público. Va de suyo que el embargo de referencia en ningún caso podrá obstaculizar la prestación del servicio, suspendiéndolo o paralizándolo, pues la traba no autoriza incautación alguna de la cosa, siendo su único efecto el de impedir la ulterior transferencia del bien una vez excluido del servicio público a que hallábase consagrado.

1766. Los bienes del *dominio público* no pueden ser objeto de ejecución judicial. Como fundamento de ello pueden darse las siguientes razones: a) en primer lugar, en cuanto fueren aplicables, los mismos motivos en cuyo mérito dichos bienes no pueden ser objeto de compraventa, de lo cual me ocupé en el precedente nº 1764; b) en segundo lugar, porque, como lo expresó la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "los jueces carecen por lo mismo de autoridad y jurisdicción para *cambiar su destino* y no pueden por consiguiente ordenar su embargo *ni proceder a su ejecución*" (492) . Tal es el principio general en materia de ejecución judicial de bienes dominicales.

Pero hay ciertos bienes pertenecientes al dominio privado de los particulares o administrados que, por hallarse consagrados o afectados a la prestación de un servicio público, se encuentran sometidos a un régimen especial o diferencial, régimen que tiende a impedir la *suspensión* o *paralización* del respectivo servicio. Es el caso, por ejemplo, de los inmuebles que los particulares le dan en arrendamiento al Estado, para que éste los utilice afectándolos a la prestación de servicios públicos (verbigracia, fincas arrendadas para ser destinadas a escuelas, tribunales, correos y telégrafos, hospitales, mercados, etc.). A pesar del régimen especial o diferencial a que dichos bienes están sometidos como consecuencia de su afectación a un servicio público, a ellos no les alcanzan los efectos de la inalienabilidad, que habrían impedido su ejecución forzada; esto es así, no ya porque se trate de bienes del *dominio privado* de esas personas particulares, sino porque la ejecución judicial en nada obsta a que tales bienes sigan cumpliendo los fines de su ocasional afectación o consagración. Así, por ejemplo, tratándose del inmueble de una persona particular, arrendado por el Estado para el funcionamiento de una escuela, o de un juzgado, o de una oficina de correos, o de un hospital, etcétera, juzgo que a su respecto los acreedores del dueño de esa finca pueden ejercer contra él todas aquellas acciones que *no impliquen alterar el destino del inmueble;* en tal orden de ideas, no sólo podrían embargarse los alquileres que él produce, sino que incluso podría provocarse la venta judicial de la finca, siempre que se advirtiera a los presuntos compradores que deberán respetar la locación existente a favor del Estado, mientras la cosa siga afectada al servicio público en cuestión. Tal venta forzada es perfectamente admisible en el terreno de los principios: a) porque no se trata de una dependencia dominical, sino de un bien privado; b) porque una venta en semejantes condiciones, sólo trae como consecuencia el cambio de titular del bien, pero *en modo alguno una alteración o cambio en el destino del mismo,* con lo que en nada se interfiere en el régimen del respectivo servicio público, el cual continuará prestándose sin interrupción, no obstante el cambio de sujeto o dueño del inmueble.

1767. Los bienes del dominio público no pueden ser gravados con hipoteca (493) . Ésta es ajena al régimen de los bienes dominicales, no sólo porque -como generalmente se dice-

implique o apareje una posible enajenación, sino porque constituye una institución propia del *derecho privado,* incompatible con el régimen del dominio público, que sólo admite una comercialidad de *"derecho público"*, a la que la hipoteca es extraña.

1768. La acción de despojo ¿procede tratándose de bienes incluidos en el dominio público?

El estudio de esta cuestión, de suyo compleja, requiere un breve análisis metódico.

Así, deben distinguirse dos supuestos fundamentales: a) cuando el accionante no es titular de un derecho especial de uso sobre la respectiva dependencia dominical; b) cuando dicho actor es titular del expresado derecho especial de uso.

En el primer supuesto, o sea cuando no existe un derecho especial de uso, la acción de despojo que se promoviere es, por principio, *improcedente*. Esto es así porque en la tutela o protección de las dependencias del dominio público, la Administración Pública, en ejercicio del poder de policía que le es inherente, actúa o puede actuar por sí, directamente, sin necesidad de recurrir a la vía judicial (494) , por lo que su actitud, siendo entonces *lícita,* no puede motivar la acción policial de despojo; tampoco podrá decirse que esa actitud del Estado viole el principio de que nadie puede hacerse justicia por sí mismo, pues tal modo de actuar es inherente al régimen jurídico de la dominicalidad. Por lo demás, es un principio recibido en doctrina que los usuarios sin título legal, cuando éste sea menester para el ejercicio de determinado uso, no pueden promover contra el Estado ni siquiera la acción de despojo (495) . Va de suyo que en las especies contempladas, para la improcedencia de la acción de despojo se requiere que no exista de por medio algún derecho *patrimonial* de quien motive la actividad administrativa y que el carácter público de la cosa sea *indubitable* (496) .

Haciendo virtual aplicación de estos últimos requisitos, *"inexistencia de un derecho patrimonial"* e *"indubitable carácter público de la cosa"*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió el interdicto de despojo deducido por el propietario de unas tierras ilegalmente incorporadas al dominio público. Dijo el Tribunal: "La ocupación de la propiedad privada con destino a un uso público sin llenarse los requisitos para ella establecidos y sin la indemnización previa, constituye una violación de la garantía consagrada por el artículo 17 de la Constitución Nacional, y hace procedente la acción de despojo" (497) . En otra oportunidad la Corte Suprema dejó establecido que los bienes que se incorporen al dominio público, deben haberse adquirido por convención, expropiación o uso inmemorial, y no siendo así procede a su respecto el interdicto de despojo contra el Estado (498) .

En el segundo supuesto, o sea cuando el actor sea titular de un derecho especial de uso, la acción de despojo será procedente, siempre, claro está, que se la promueva con relación al bien sobre el cual se otorgó el derecho especial de uso, y siempre que los hechos configuren efectiva y realmente un "despojo", no debiendo implicar el mero ejercicio válido de poderes inherentes a la Administración; así, los actos o hechos subsiguientes a una caducidad o a una revocación válidas, o a una desafectación también válida, no pueden dar lugar a un interdicto de despojo (499) .

1769. Las cosas del dominio público ¿son susceptibles de interdictos o acciones posesorias?

Dos situaciones pueden presentarse: a) que el accionante carezca de un derecho *especial de uso* sobre la dependencia dominical; b) que dicho accionante sea portador de un derecho *especial de uso,* respecto a la cosa del dominio público.

En el primer supuesto, el actor no tiene a su alcance acción posesoria alguna, por cuanto las cosas que están fuera del comercio, como son las del dominio público, al no ser susceptibles de posesión (artículo 2400 del Código Civil), tampoco pueden dar lugar a acciones posesorias: no es posible defender una posesión inexistente (500) . La jurisprudencia se ha pronunciado en igual sentido (501) .

Pero lo que antecede sólo constituye el *principio* general, pues las acciones posesorias -y aun las petitorias- deben admitirse cuando el respectivo bien haya sido ilegalmente incorporado al dominio público, ya que en este evento puede hallarse afectada la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad. En tal orden de ideas son de estricta aplicación las consideraciones hechas en el parágrafo anterior, respecto a la procedencia de la acción de despojo (502) .

En el segundo supuesto las cosas cambian. Si bien el particular o administrado titular de un derecho *especial de uso,* no tiene la posesión de la *cosa* dominical, propiamente dicha, tiene en cambio la cuasi posesión de ese derecho de uso y en defensa de esa cuasi posesión proceden los interdictos y acciones posesorios, cuyo fundamento es la coordinación de dos conceptos jurídicos: el derecho real administrativo y la expresada "quasi possessio iuris" (503) .

1770. Las acciones petitorias que los administrados o particulares promuevan contra el Estado, respecto a bienes incorporados al dominio público, son procedentes, si tal incorporación ha sido realizada sin la observancia fiel del respectivo procedimiento establecido por la Constitución, pues en tal caso la Administración, al incorporar el bien al dominio público, habrá ultrapasado los límites jurídicos puestos a su actividad en interés de los particulares o administrados, realizando así un acto ilícito. En ese orden de ideas, dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación: la inalienabilidad y la imprescriptibilidad de los bienes del dominio público nacen de un acto de carácter administrativo, cual es la afectación del inmueble al uso y goce común, y "ese acto administrativo de afectación o consagración de un bien al goce común, en cuanto requiere para realizarse de los bienes individuales, debe moverse dentro de las condiciones y limitaciones establecidas por los artículos 17 de la Constitución y 2511 del Código Civil, esto es, respetando el principio de la *inviolabilidad* de la propiedad privada y en su caso *calificando por ley la expropiación e indemnizándola previamente*. Mientras no se demuestre legalmente que tales condiciones han sido observadas, *los particulares mantienen la plenitud de sus derechos y de las acciones correlativas*. Si bastara la mera afirmación hecha por el poder administrador de que determinado bien constituye una parte del dominio público para negar el ejercicio de las acciones encaminadas a defender la posesión, se habría llevado un rudo golpe al derecho de propiedad..." (504) .

Tal es el *principio básico,* que ha recibido diversas aplicaciones, tanto de la jurisprudencia como de la doctrina, en materia de *reivindicación*.

Respecto a bienes del dominio público, la acción reivindicatoria es, por principio general, improcedente; así lo ha declarado la jurisprudencia (505) y también la doctrina (506) . Esto es así porque, estando dichos bienes fuera del comercio de derecho privado, no puede existir acerca de ellos propiedad alguna (Código Civil, artículo 2604 *in fine*), y no habiendo propiedad tampoco habrá acción reivindicatoria, ya que ésta deriva de aquélla (Código Civil, artículo 2758).

Pero no todo bien incluido en el dominio público es insusceptible de ser reivindicado. Al contrario, la acción reivindicatoria se consideró procedente cuando la incorporación del bien al dominio público responde a un procedimiento viciado, inhábil por lo tanto para constituir un título perfecto de adquisición de la propiedad. Así, se hizo lugar a dicha acción, entablada contra una provincia, para recuperar una franja de terreno destinada a camino público y usada como tal sin haberse indemnizado al propietario, es decir sin haberse pagado el precio de la cosa (507) ; en otra oportunidad también se hizo lugar a la acción reivindicatoria promovida contra una municipalidad, respecto a un bien que ésta incorporó al dominio público y del cual se había apoderado sin previa indemnización al propietario, o sea sin previo pago del precio (508) . De manera que, como bien se dijo, "la defensa de inalienabilidad del dominio público, fundada en la afectación *arbitraria* de un bien particular, no es título legítimo oponible a la acción reivindicatoria" (509) .

Entre nosotros, un autor sostiene que cuando la reivindicación de un bien incorporado al dominio público es admitida por la justicia, el Estado puede pedir la *suspensión* de la sentencia y *promover* la expropiación (510) . Disiento con tal criterio. Desde luego, el Estado puede *promover* la expropiación, pero no puede pedir la *suspensión* de la sentencia sin *antes* haber promovido dicha expropiación. De no procederse así, se actuaría arbitrariamente: el "interés público" no autoriza a que, para satisfacerlo, se menoscaben los derechos particulares de los habitantes del país.

En cambio, juzgo admisible lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto declaró *improcedente* la acción reivindicatoria en un caso donde, *habiéndose dispuesto la expropiación,* el Estado se apoderó del bien sin juicio y sin previo pago del precio. El Tribunal sostuvo que en tal caso la condena debía consistir en el pago de la indemnización al propietario. Dijo así: "que carecería de objeto y eficacia, jurídica y económica, la desamortización de un bien incorporado al público servicio, con carácter de tal *y con el recaudo de ley declaratoria de utilidad del mismo carácter,* para reintegrarlo después al patrimonio de la colectividad una vez cumplido el procedimiento estricto de la expropiación; sería el *summum jus, summa injuria* interdicto por el alto concepto de justicia que informan las leyes, pues sin mejorar el patrimonio del reivindicante, perturbaría por algún tiempo, aunque pueda ser breve, la disposición para usos generales, de utilidad colectiva del bien cuestionado, desde que el Estado iría, sin duda, de inmediato, a iniciar el juicio sumario de expropiación y a incautarse de la cosa previo depósito del precio ofrecido y no aceptado; mientras que, limitándose el litigio y el fallo a la acción subsidiaria que mencionan los artículos 2779 y 2780 del Código Civil y los fallos citados de esta Corte, la *reparación plena* al expropiado se concilia con la interrupción del servicio público" (511) . Lo resuelto por el alto Tribunal se ajusta estrictamente a la técnica jurídica. El desapoderamiento de una cosa sobre la cual *pesa la declaración de utilidad pública,* pero cuyo desapoderamiento se ha realizado sin cumplir con los requisitos y trámites del

procedimiento expropiatorio, da lugar a la llamada *"expropiación irregular",* que en definitiva se traduce en el derecho del administrado a ser *indemnizado* integralmente. "La expropiación irregular -dice Villegas Basavilbaso- consiste en la apropiación por la Administración Pública de un bien privado, *declarado de utilidad pública,* sin el empleo de los procedimientos legales expropiatorios"... "Si el desapoderamiento se ha realizado con respecto a un bien no afectado expresa o implícitamente a la utilidad pública, tal hecho debe ser calificado de arbitrario, y si bien es improcedente el ejercicio de la acción de expropiación irregular, el propietario desapoderado tiene el ejercicio de las acciones e interdictos posesorios, de la acción negatoria y de la reivindicatoria, remedios eficaces, como dice la Corte Suprema, que la ley civil establece en beneficio del agraviado contra los actos u hechos ilegítimos de terceros, sean de particulares o de la Administración Pública" (512) .

Tampoco comparto la opinión de un autor que, si bien acepta la procedencia de la acción reivindicatoria en los casos en que la misma proceda, limita sus efectos al pago de una indemnización (513) . Esto significa desvirtuar la naturaleza y el alcance de la reivindicación, que es, precisamente, una acción *"real"*.

De las consideraciones que preceden resulta que un elemento importante de valoración que debe ser tenido en cuenta, para resolver acerca del alcance y efectos de la acción reivindicatoria de bienes dominicales, consiste en determinar si el apoderamiento ilícito del bien por parte del Estado, tuvo o no como antecedente una ley que autorice su expropiación. En el primer supuesto la sentencia sólo dispone un resarcimiento pecuniario; en el segundo, la sentencia tiene efectos restitutorios de la cosa, que debe ser reintegrada a su propietario.

1771. El *"usufructo"*, figura jurídica del derecho privado, es extraño al régimen del dominio público. La esencia de dicha institución privatística -desmembración de la propiedad- es incompatible con los principios que regulan el uso de los bienes dominicales. La doctrina está conteste en la inaplicabilidad del "usufructo" a los bienes públicos (514) .

Entre el *usufructo* y el *derecho especial de uso* sobre bienes del dominio público hay diferencias fundamentales: a) si bien ambos constituyen un derecho "real" -civil y administrativo, respectivamente-, el usufructo se otorga siempre "intuitu personae" (515) , en tanto que el derecho especial de uso sobre las dependencias dominicales puede ser otorgado "intuitu rei", vale decir teniendo en consideración la "cosa" antes que la "persona", como ocurre con los derechos de uso de agua para irrigación; b) el usufructo es siempre temporario, teniendo como duración máxima la vida del usufructuario; en cambio los derechos especiales de uso sobre dependencias del dominio público pueden ser "perpetuos", como ocurre con gran parte de los derechos de sepultura, con los de uso de agua para irrigación, etc; c) los derechos del usufructuario no pasan a sus herederos, en tanto que los derechos emergentes de una concesión de uso sobre bienes dominicales generalmente pasan a los herederos del concesionario, por ejemplo los derechos de sepultura, los de uso de agua para irrigación.

Si bien el artículo 2839 del Código Civil establece que, mediante una ley especial que lo autorice, el usufructo puede establecerse sobre *bienes del Estado,* pienso, como acertadamente lo dice Villegas Basavilbaso, que dicha norma se refiere exclusivamente a

los bienes patrimoniales del Estado y de ningún modo a los bienes del dominio público (516) , cuyo régimen jurídico rechaza semejante gravamen. Por eso, en lo pertinente, juzgo errada la opinión de Salvat, para quien el texto de referencia tanto comprende los bienes del dominio privado del Estado, como los del dominio público (517) . El propio Salvat, a renglón seguido, desvirtúa su afirmación, pues dice que en ambos casos el usufructo representa una *enajenación parcial* de la propiedad que el Estado tiene sobre dichos bienes, siendo por eso que se requiere una ley que autorice su constitución. Si en efecto existe ahí una *enajenación parcial de la propiedad*, cabe entonces advertir que, aun en el supuesto de tratarse de un bien del dominio público, una vez constituido por ley el usufructo, el bien, que era público, al enajenarse en virtud de la ley deja de ser tal, por lo que en semejantes condiciones el usufructo ya no gravaría un bien dominical, sino un bien "privado".

En síntesis: si se quiere constituir un derecho de usufructo sobre bienes actualmente incluidos en el dominio público, debe comenzarse por *desafectar* dicho bien; de lo contrario el acto constitutivo del usufructo carecería de valor, por inidoneidad del objeto sobre el cual recaería (Código Civil, artículo 953).

1772. La posibilidad de constituir servidumbres sobre dependencias del dominio público es controvertida en doctrina.

Hay dos tesis extremas: la de quienes niegan la posibilidad de constituir servidumbres de cualquier especie sobre dependencias, y la de quienes aceptan que sobre esos bienes no sólo se constituyan servidumbres *públicas,* sino también *privadas*. Entre tales opiniones opuestas hay una intermedia: la de los que sólo aceptan la posibilidad de constituir servidumbres *públicas* sobre las dependencias dominicales.

Para la mayor claridad de la exposición, conviene tratar separadamente lo relacionado con las servidumbres públicas y con las servidumbres privadas.

a) *Servidumbres públicas*. - Las servidumbres públicas o administrativas constituyen una limitación al dominio público. Si los bienes dominicales pueden ser objeto de *"expropiación",* que es la limitación máxima, es obvio que también podrán ser objeto de una mera "servidumbre", ya que ésta, respecto a la expropiación, es una carga o limitación menor. Tanto la expropiación como la servidumbre pública o administrativa son actos que pertenecen a la comercialidad de derecho público, siendo, por tanto, compatibles -en términos generales- con los principios de la *inalienabilidad* de las dependencias dominicales.

Desde luego, la posibilidad de constituir servidumbres públicas sobre tales bienes, requiere que el fundo dominante y el sirviente pertenezcan a sujetos distintos, pues también aquí impera el principio de que nadie puede constituir una servidumbre sobre cosa propia (518) . Las disposiciones que adoptase el titular de dos bienes públicos, supeditando el uso de uno al del otro, no traducirían la constitución de una servidumbre, sino, simplemente, como dice Mayer, la determinación del propietario sobre la forma de servirse de sus cosas (519) .

De modo que los bienes dominicales pueden ser gravados con servidumbres *públicas* (520) . No comparto, entonces, la opinión de quienes niegan la posibilidad de que sobre los

bienes dominicales se constituyan servidumbres de especie alguna, es decir no sólo privadas, sino también administrativas o públicas (521) .

Los que sostienen la imposibilidad de constituirse servidumbres públicas sobre dependencias dominicales, se basan en los siguientes argumentos: 1º los bienes públicos no pueden gravarse con derechos reales; 2º tales bienes ya están afectados al uso público, por lo que la servidumbre, que en definitiva respondería a eso mismo, no tendría razón de ser. Disiento con tal modo de pensar, por cuanto: a) los bienes dominicales, sin agravio a principio jurídico alguno, pueden ser gravados con derechos reales *administrativos,* que es el caso de las servidumbres públicas (522) , tanto más cuando, también en este caso, la servidumbre que se establezca ha de ser compatible con el destino de la respectiva dependencia dominical; b) porque si bien es cierto que los bienes públicos ya están afectados al uso público, no es menos exacto que la servidumbre que se constituya puede tener en consideración un uso público *distinto* de aquel a que se encuentra afectada la cosa, por lo que en tal supuesto la constitución de la servidumbre no es inoperante o inútil.

b) *Servidumbres privadas*. - Autores como Proudhon y Zachariae sostuvieron la posibilidad de que sobre bienes puestos fuera del comercio se constituyan servidumbres civiles, siempre que éstas pudieran conciliarse con el fin en cuyo mérito la cosa fue colocada en esa situación legal (523) . Tal opinión también es sostenida en la actualidad por distinguidos expositores (524) .

Ciertamente, ésa es una solución inobjetable desde el punto de vista racional; pero en nuestro derecho positivo la juzgo inaceptable, dado el texto expreso del artículo 3002 del Código Civil, según el cual "la servidumbre no puede constituirse sobre bienes que están fuera del comercio" (525) . En mérito a lo categórico de ese precepto, y a lo dispuesto por el artículo 953 de dicho Código, si la servidumbre se constituye sobre una dependencia dominical, ella carecería de valor. En nuestro ámbito jurídico, la validez de una servidumbre semejante requeriría la reforma de nuestra ley; mientras ella no se produzca, la referida servidumbre no procedería. Pero operada tal reforma, la servidumbre podría establecerse sobre bienes públicos sin que a ello obste principio alguno, siempre, claro está, que el gravamen sea compatible con el destino o fin que motivó la inclusión de la cosa en el dominio público.

Por cierto, hay autores que, por el solo hecho de tratarse de bienes del dominio público, e invocando la inalienabilidad que los caracteriza, niegan la posibilidad de que sobre los mismos se establezcan servidumbres de derecho *privado* (526) . Dichos tratadistas insisten en que la constitución de estas servidumbres implica una parcial enajenación de la cosa dominical, temperamento incompatible con su inalienabilidad. Disiento con tal modo de pensar. En estos supuestos no hay *"parcial enajenación",* como se afirma, sino mera constitución de una servidumbre, que es cuestión distinta. Lo de "parcial enajenación" no pasa de una simple expresión retórica, carente de realidad y sentido en este caso. Ya quedó dicho (nº 1763) que la "inalienabilidad" ha dejado de ser un dogma inmutable, un principio absoluto, cerrado, de aplicación mecánica, pues admite atemperaciones racionales. Como inteligentemente lo expresa Guicciardi, la propiedad pública, respecto a todas aquellas relaciones que no tengan atinencia con el particular destino asignado al respectivo bien, se comporta y se regula de igual modo que la propiedad privada (527) . En el supuesto de las

servidumbres, sólo se requiere que ellas sean compatibles con el fin que motiva la afectación de la cosa: tal es el punto de partida, el requisito *sine qua non;* cumplido eso, el principio de la "inalienabilidad" queda a salvo. De la misma manera, los derechos especiales de "uso" otorgados a perpetuidad, siendo compatibles con el destino de la cosa dominical, en modo alguno implican una "parcial enajenación" del bien, a pesar de la perpetuidad de la concesión (528) .

1773. La doctrina y la legislación suelen admitir que los bienes del dominio público sean dados a los administrados o particulares en locación o arrendamiento. Así ocurría, por ejemplo, en Francia, antes del año 1938, en que al respecto la legislación se modificó substancialmente (529) . También en nuestro país la legislación y la doctrina hablan de "arrendamiento" o "locación" de bienes nacionales, provinciales o municipales, o de bienes del dominio público (530) .

Pero juzgo que esa forma de conferir el uso de los bienes públicos, de locación o arrendamiento sólo tiene el nombre. En realidad, en todos los supuestos, se trataría de verdaderos *permisos* o *concesiones* de uso, según los casos, que son las formas propias de conferir el uso de esos bienes. Por lo demás, una mera *ocupación* a título *"precario",* por ejemplo, no se concilia con una locación o arrendamiento normales o comunes, sino más bien con el simple *"permiso"* de uso, es decir, ni siquiera se trataría de una *"concesión"*, a la que la "precariedad" le es extraña como nota característica (531) .

De modo que, por más que la "inalienabilidad" no sea un dogma inmutable, ni un principio absoluto, la locación o el arrendamiento -figuras típicas del derecho privado- no son formas jurídicas adecuadas para atribuir y regular el uso de las dependencias del dominio público.

Como consecuencia de lo expuesto precedentemente, considero que, en todo lo no previsto, para resolver las cuestiones que se susciten en los pretendidos "arrendamientos" o "locaciones" de bienes dominicales, deberán aplicarse los respectivos principios del *"permiso"* o de la *"concesión"* de uso, según los casos, y de ningún modo las normas del Código Civil, afirmación que encuentra amplio apoyo en lo sucedido en Francia, a lo cual me referí en párrafos anteriores (texto y nota 71).

1774. Como principio general, las dependencias del dominio público escapan a las obligaciones derivadas de la vecindad: medianería, vistas y luces (532) . Pero, desde luego, tal principio tiene sus excepciones, como luego se verá.

Corresponde tratar separadamente lo relacionado con la medianería, de lo atinente a las vistas y luces.

a) *Medianería*. - El administrado, o persona particular, propietario lindero de un edificio perteneciente al dominio público, no puede exigirle al Estado la *cesión de la medianería,* pues, importando ésta una *venta,* la regla de la *"inalienabilidad"* obsta a tal cesión. Al respecto hay una uniformidad en la doctrina (533) . Pero aparte del expresado fundamento, los particulares no pueden adquirir la medianería de muros pertenecientes a edificios del dominio público, porque los administrados no pueden ser, en todo o en parte, titulares de bienes dominicales; faltaría en la especie un elemento esencial integrante de la noción

jurídica de dominicalidad; el elemento subjetivo (ver número 1699 y siguientes). La referida adquisición no podría operarse por inidoneidad del sujeto.

Ante la imposibilidad legal de obtener la cesión de la medianería de un edificio perteneciente al dominio público, se dice que la persona particular, propietaria del terreno lindero, puede construir su edificio *"adosándolo"* al edificio dominical (534) . Si bien en la legislación italiana tal adosamiento hállase expresamente prohibido (535) , comparto la opinión de Persegani, siempre que al construirse el nuevo edificio adosándolo al edificio público, se adopten todas las precauciones requeridas por la índole del edificio dominical y por el objeto a que el mismo responde.

Queda todavía un importante problema a resolver. Si bien es indiscutible que el administrado, o persona particular, no puede pretender que le sea cedida la medianería sobre un edificio del dominio público, ¿puede en cambio el Estado, para utilidad de un edificio perteneciente al dominio público, requerir de la persona particular propietaria de un edificio lindero, que dicha persona particular le haga cesión de la medianería sobre su edificio? Esta cuestión fundamental ya preocupó a los estudiosos, e incluso dio lugar a pronunciamientos judiciales en el extranjero.

Uno de los primeros en preocuparse de este tipo de medianería fue Laurent, quien se preguntó si era posible que un muro fuese copropiedad del dominio público y del dominio privado; pero el extraordinario y talentoso civilista se limitó a contestar que era inconcebible que un mismo inmueble sea una dependencia dominical y una propiedad particular, cosa que habría que admitir si el muro fuese medianero (536) . Otros juristas compartieron la postura de Laurent (537) .

Con posterioridad, Persegani, entre nosotros, se planteó concretamente el problema a que me he referido, o sea si un muro divisorio y exclusivo del vecino puede llegar a ser un *muro medianero,* parte integrante de un edificio *público* (538) . He ahí la cuestión. Pero dicho jurista no dio una solución clara y categórica.

Continúa pendiente, pues, la siguiente pregunta: ¿puede el Estado, para utilidad de un edificio perteneciente al dominio público, requerir de la persona particular propietaria de un edificio lindero, que dicha persona particular le haga cesión de la medianería sobre su edificio? Si bien, como ya lo expresé, los particulares o administrados no pueden adquirir la medianería sobre muros pertenecientes a edificios del dominio público, *la inversa es procedente,* o sea que el Estado, para utilidad de un edificio perteneciente al dominio público, puede adquirir la medianería del muro de un edificio perteneciente a una persona particular.

Con todo acierto, Guicciardi expresa que la propiedad pública, respecto a todas aquellas relaciones que no tengan atinencia con el particular *destino* asignado al respectivo bien, se comporta y se regula de igual modo que la propiedad privada, lo que tiene especial aplicación en materia de relaciones de la propiedad pública con la propiedad privada contigua, derivadas de la situación de los lugares (539) . Por su parte, Laubadère manifiesta que el régimen del dominio público apareja también la aplicación de diversas cargas de derecho común; trátase de préstamos tomados a la teoría de la vecindad civil (540) .

Partiendo de esos conceptos básicos, corresponde afirmar que las propiedades privadas *vecinas o linderas con el dominio público,* hállanse sujetas a las cargas de derecho común existentes entre propiedades privadas, y que, en tal orden de ideas, el propietario de un edificio lindero con un edificio público está obligado a cederle al Estado, para utilidad de un edificio dominical, la medianería del muro correspondiente, porque ello, *favoreciendo* a la dependencia dominial, en modo alguno puede menoscabar su afectación, ni impedir que ese bien público cumpla el destino que motivó dicha afectación (541) . Desde luego, lo atinente a la "inalienabilidad" del dominio público no está en juego en este supuesto, pues aquí se trata de adquirir la medianería de un muro perteneciente al dominio *privado* de un particular.

La Corte de Casación de Francia se pronunció en el sentido indicado precedentemente. Declaró que el Estado puede constreñir al vecino del dominio público a cederle la medianería, a pesar de que al respecto no exista reciprocidad, o sea que en iguales condiciones el Estado no se encuentre obligado a tal cesión (542) .

La medianería así adquirida por el Estado en beneficio de la dependencia dominical, no cambia la condición jurídica del expresado muro: éste continúa siendo un bien *privado* poseído en condominio entre el particular y el Estado. Desde que la medianería de referencia para nada incide en el *destino* de la respectiva propiedad pública, ésta, en lo pertinente, como expresaba Guicciardi, *se comporta y se regula de igual modo que la propiedad privada*. Es el Estado quien, para beneficiar a una dependencia del dominio público, recurre al derecho privado y utiliza sus instituciones. Por lo demás, el particular o administrado propietario originario del muro no podría ser titular, en todo o en parte, de un bien del dominio público (el muro, en este caso): al respecto faltaría uno de los elementos esenciales integrantes de la noción jurídica de la dominialidad: el ya recordado elemento subjetivo.

b) *Vistas y luces.* - Este punto debe ser analizado separadamente, según se trate de bienes dominicales cuya razón de ser, cuyo destino, responda, entre otras cosas, a facilitar las vistas y luces, o de bienes cuyo destino no sea concreta y precisamente ése.

Las calles, caminos, plazas, etcétera, constituyen el objeto de importantes derechos ejercidos por los propietarios frentistas, entre cuyos derechos figuran las *luces* y *vistas*. Tales derechos vincúlanse al propio *destino* de esas dependencias del dominio público; constituyen una de las razones de la *afectación* o *consagración* de dichos bienes al uso público. Por eso, respecto a las *luces* y *vistas*, más que de "cargas de vecindad", se trata de modos de utilización de esas dependencias dominicales por determinada categoría de usuarios: los frentistas (543) . Las "luces" y "vistas" que los propietarios de casas linderas con calles, caminos, plazas, etcétera, tienen sobre éstos, son derechos que los respectivos propietarios frentistas pueden ejercer porque responden a uno de los fines que motivaron la inclusión de esos bienes en el dominio público; siendo así, el principio de la *inalienabilidad* no impide que se ejercite el derecho de "vistas" y "luces" sobre tales dependencias dominiales.

Pero si se tratare de otra categoría o especie de dependencias del dominio público, es decir de bienes cuyo destino no sea concreta y precisamente el de facilitar *vistas* y *luces* a los propietarios de fincas linderas, la cuestión varía. ¿Pueden estos propietarios ejercer el

derecho a *vistas* y *luces* sobre tales bienes del dominio público? Como *principio* general, debe resolverse que tal derecho no puede ser ejercido por los propietarios linderos, pues no es ése el fin a que responden tales bienes dominicales; en esas hipótesis, las *vistas* y *luces* vulnerarían el principio de la *"inalienabilidad"*. Por *excepción*, podrán ejercer esos derechos, siempre que éstos no resulten incompatibles con el fin a que respondan los respectivos bienes públicos. Así, no podrán pretenderse *luces* y *vistas* con referencia a arsenales, cuarteles del ejército, etcétera, cuya índole exige reserva y hasta secreto. Si el Estado construyese algún bien de esta índole, podrá impedir con su construcción las luces o vistas que el propietario lindero tuviere; en dicho supuestos, los propietarios linderos sólo tendrían derecho a una indemnización en el caso de que la conducta del Estado excediese los límites de su derecho (544) .

1775. Los *accesorios* de los bienes del dominio público pueden o no recibir los efectos del principio de la "inalienabilidad": ello depende de que, a su vez, deban o no ser considerados como cosas dominicales.

En los supuestos en que el *accesorio* deba reputarse como un bien del dominio público, va de suyo que a su respecto rige el principio de la inalienabilidad: cuando el *accesorio* no deba ser considerado como una cosa dominical, la expresada inalienabilidad no le alcanza. De todo esto me he ocupado en el nº 1715.

1776. La inalienabilidad del dominio público plantea la cuestión de si tales bienes pueden o no ser *expropiados,* ya que la expropiación tiene como efecto esencial que la cosa expropiada cambie de titular: deja de pertenecerle al expropiado para pertenecerle al expropiante.

1º) Ciertamente, por las numerosas cuestiones que apareja, lo relacionado con la expropiación del dominio público tiene gran importancia.

En primer lugar, hay que establecer si, técnicamente, se trata o no de una verdadera *"expropiación"*. En segundo lugar, si el dominio público es o no susceptible de ser expropiado. En tercer lugar, si en todos los casos en que se opere un "cambio de destino" del bien, debe recurrirse a la expropiación. En cuarto lugar, si, siendo expropiables los bienes del dominio público, los bienes dominicales de la provincias pueden ser expropiados por la Nación y, a la inversa, si los bienes públicos de la Nación situados en territorio provincial pueden ser expropiados por las respectivas provincias.

2º) Villegas Basavilbaso sostiene que desde el punto de vista técnico jurídico no es correcto denominar expropiación a estos cambios del sujeto del bien público expropiado, desde que antes y después el bien expropiado continúa integrando el dominio público. Se trata de un cambio de titulares, esto es, de una mutación dominical. El bien expropiado dependiente de una persona juridicopública, es transferido a otra persona juridicopública. En la expropiación propiamente dicha uno de los sujetos es en todos los casos una persona privada (545) .

A pesar de la autorizada opinión que antecede, disiento con ella:

a) Porque en la expropiación de un bien público hay *pérdida* del dominio de la cosa, que así cambia de titular, y en tales condiciones al expropiado debe compensársele el valor de la cosa de que se le priva. Es obvio que los bienes dominicales tienen *"valor",* el cual se determinará de acuerdo con un criterio o con otro, pero el *"valor"* existe (546) . Para fijar el valor de un bien a los efectos de la indemnización requerida en los supuestos de expropiación, la doctrina reconoce varios criterios: aparte del valor "venal", el de "reposición", el de "uso", etcétera.

b) Porque no es exacto que en todos los casos el bien expropiado continúe integrado el dominio público. No todo bien expropiado tiene calidad dominical: la expropiación, por sí, no es constitutiva de dominicalidad (ver nº 1695, letra f., y nº 1709 *in fine*).

c) Porque, sin perjuicio de lo anterior, el conflicto de intereses susceptible de dar lugar a la expropiación, no sólo puede ser de un interés "privado" frente a uno "público"; puede plantearse también entre dos intereses *"públicos",* de los cuales uno es superior, mayor o más intenso que el otro (547) .

La expropiación de bienes del dominio público constituye, pues, una verdadera *expropiación,* en el sentido constitucional del término, todo ello sin perjuicio de que, en nuestro derecho público, la expropiación de los bienes dominicales no esté precisamente contemplada en el artículo 17 de la Constitución Nacional, ni surja de dicho texto, sino de otras disposiciones de ese estatuto, como se verá más adelante y como ya lo advirtiera el general Bartolomé Mitre en un debate memorable.

3º) La expropiación de los bienes del dominio público es procedente en el terreno de los principios. Nada hay que se oponga a ella. Sin embargo, la cuestión es muy controvertida entre los autores: hay quienes la admiten, en general (548) , y otros que, basados en la propia naturaleza de tales bienes, la rechazan (549) .

Los que sostienen la improcedencia de la expropiación de los bienes dominicales, dicen que ello es así porque tales bienes son *"inalienables",* carácter que obsta a la expropiación (550) . Otros consideran que tal expropiación es improcedente porque el bien a expropiarse, al pertenecer al dominio público, ya está destinado al uso público, que implica utilidad pública o interés general (551) . Por tales razones, un gran sector de la doctrina, para aceptar la posibilidad de que los bienes dominicales sean expropiados, exige su previa *desafectación* (552) .

Juzgo inadmisibles los dos argumentos que anteceden, invocados para sostener la imposibilidad de que los bienes públicos sean objeto de expropiación; asimismo, considero improcedente el requisito que se exige para admitir la expropiación de bienes pertenecientes al dominio público.

La *"inalienabilidad",* contrariamente a lo que muchos consideran, no obsta a la expropiación del dominio público. La inalienabilidad tiene por objeto sustraer los bienes dominicales al comercio de derecho privado, pero no al de derecho público, a cuyo ámbito pertenece la expropiación, ya que ésta, en todas las etapas de su desarrollo, constituye una institución exclusivamente publicística (553) . Los bienes dominicales son, pues, comerciables en los límites autorizados por el derecho público. Siendo la expropiación,

como medio adquisitivo de bienes, un negocio de "derecho público", va de suyo que resulta compatible con la inalienabilidad de los bienes dominicales (554) .

Es asimismo inexacto que la circunstancia de tratarse de bienes del dominio público impida su expropiación por utilidad pública, debido a que los bienes dominicales ya están destinados al uso público, que implica utilidad pública o interés general. Ello es así, porque si bien es cierto que los bienes públicos ya están afectados al uso público, no es menos cierto que la expropiación puede responder a un uso público *"distinto"* de aquél a que se encuentra actualmente afectada la cosa, por lo que la expropiación tendría obvia trascendencia jurídica y sería de evidente interés práctico.

Los que sostienen que la expropiación es posible previa desafectación del bien, en lugar de *resolver* el problema jurídico planteado, lo *evitan, eluden* o *suprimen,* pues es evidente que, una vez desafectado, el bien se convierte en patrimonial, es decir en una cosa "privada", con lo que habrá desaparecido todo problema acerca de si es o no posible expropiar cosas del *dominio público*.

Si hay *"desafectación"* no hay cuestión respecto a la posibilidad de expropiar. Pero en tal supuesto tampoco habrá cosa del "dominio público", cuya posibilidad de ser expropiada es la que plantea el problema a resolver. Debe prescindirse, entonces, de lo atinente a la *"desafectación"* y considerar el bien como formando parte del dominio público.

Por lo demás, el argumento de la previa desafectación tiene una gran falla de orden lógico: si el bien fuere previamente "desafectado", ello denotaría un principio de conformidad con la idea de traspasárselo al expropiante; si así fuere, el procedimiento expropiatorio estaría de más, pues sólo en ausencia de avenimiento entre las partes debe recurrirse al juicio de expropiación.

Desde el punto de vista jurídico, los bienes dominicales son, pues, susceptibles de expropiación, sin que principio alguno se oponga a ello.

4º) Cuando la *"propia"* entidad titular del bien público -ya se trate del Estado Nacional o de los Estados provinciales- necesite destinar dicho bien a un uso o fin público distinto del actual, bastará con un *"cambio de destino"* de ese bien, lo cual constituye una mera medida administrativa interna, sin que en tal caso corresponda poner en movimiento la expropiación, pues ningún Estado puede expropiarse a sí mismo. La expropiación sólo procedería cuando el bien necesario para el nuevo destino o el nuevo uso pertenezca a *otra* entidad.

5º) Mucho se ha discutido en nuestro país respecto a si la Nación, para el cumplimiento de sus fines, puede o no expropiar bienes del dominio público de una provincia.

La cuestión no es nueva entre nosotros: originariamente la planteó el general Bartolomé Mitre en el Senado de la Nación, en su célebre polémica con el doctor Dalmacio Vélez Sarsfield; aquel tribuno dejó constancia de sus dudas acerca de la solución que correspondería a tan complejo problema (555) . Posteriormente se expresaron opiniones contrarias a la posibilidad de tal expropiación (556) y opiniones favorables a la misma

(557) . La jurisprudencia se pronunció en sentido favorable (558) . En Brasil, país de tipo federal, se llegó también a esta última conclusión (559) .

El principal opositor a la tesis que proclama la posibilidad de que la Nación expropie bienes públicos de las provincias, ha sido entre nosotros el doctor A. Walter Villegas, cuya opinión fue compartida por Masnatta (560) . Para Villegas, la tesis que auspicia la posibilidad de dicha expropiación es inaceptable en nuestro sistema institucional, donde las provincias son anteriores a la Nación. Sus argumentos pueden sintetizarse así: "Las provincias tienen incuestionable derecho a su existencia... Sus bienes públicos -aquellos que ellas han estimado indispensables, necesarios o convenientes para su normal desempeño- no pueden ser tomados por el Estado Federal contra su voluntad, porque ello implicaría la posibilidad de desposeerlas de los medios adecuados a su función y convertirlas, prácticamente, en dependencias del Estado Nacional... No basta que el Congreso sancione una ley para que tengan que conformarse a ella las constituciones y demás disposiciones provinciales... Es indispensable, para que la preeminencia exista, que el Congreso haya puesto en movimiento alguno de los poderes que la Constitución le acuerda" (561) .

El más destacado defensor de la posibilidad de que la Nación expropie bienes públicos de las provincias, fue Villegas Basavilbaso, cuya opinión puede resumirse en los siguientes términos: "La solución de esta compleja cuestión, ...se relaciona... con el artículo 67 , inciso 28, de la Constitución, que atribuye al Congreso el poder de hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al gobierno de la Nación Argentina". ..."Es en mérito a estos *poderes* que la atribución del Congreso para el cumplimiento de esos *fines nacionales* puede exigir la expropiación de bienes públicos provinciales. Es indudable que esa *potestas* no es absoluta, por cuanto está condicionada con el ejercicio de los poderes delegados por las provincias a la Nación, pero si para el cumplimiento de esos fines es necesaria la expropiación de bienes públicos provinciales o municipales provinciales, el interés o la utilidad públicos nacionales debe prevalecer sobre los intereses o utilidad locales, sean provinciales o comunales" (562) .

La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la constitucionalidad de la expropiación de un bien del dominio público provincial dispuesta por la Nación. La sentencia del Tribunal, acertada en sus conclusiones (563) , se remite en lo esencial a los fundamentos de las instancias precedentes, donde el Juez "a quo", doctor Clodomiro Zavalía, hizo la siguiente correcta afirmación: "De manera, pues, que un bien del dominio público, cuando queda afectado a una obra de utilidad general, *de más amplio concepto, que a la que primitivamente estaba dedicado,* debe ceder para facilitar la realización del nuevo destino, sin que pueda quedar duda acerca de que semejante cambio de destino puede ser declarado por una ley de la Nación que, como tal, está por sobre las constituciones y leyes de los Estados particulares (artículo 31 , Constitución Nacional). Y esto está comprobado por la misma obra a que se dedica el terreno demandado: la estación" (564) .

Tales son los argumentos substanciales de las tesis que, respectivamente, rechazan y aceptan la posibilidad de que la Nación expropie bienes del dominio público provincial. ¿Qué decir al respecto?

Ya en un párrafo anterior hice ver que no existe *principio* alguno que, desde un punto de vista objetivo, impida la expropiación de bienes del dominio público. Tampoco existe razón alguna que obste a que la Nación, para el cumplimiento y efectividad de sus potestades constitucionales, expropie bienes públicos de las provincias.

La tesis negativa o adversa, si bien ha sido expuesta con seriedad por A. Walter Villegas, la juzgo equivocada en sus conclusiones. La posibilidad de que la Nación expropie bienes públicos de las provincias no contraría, como pretende el autor citado, nuestro sistema institucional. Si en lo pertinente la actividad de la Nación debe trasuntar el ejercicio de *poderes delegados* a ella por las provincias, no se alcanza a comprender cómo el ejercicio correcto de una potestad constitucional podrá contrarias nuestro sistema institucional (565) .

La Nación puede, pues, expropiar bienes del dominio público provincial. Desde el punto de vista jurídico, esta cuestión se reduce a una *preeminencia de normas,* que a su vez apareja *preeminencia de fines* (566) : las leyes que, *en ejercicio de sus atribuciones constitucionales,* dicte la Nación disponiendo la expropiación de un bien público provincial, tienen supremacía respecto a las normas de cualquier tipo que hayan establecido o establezcan las provincias (Constitución Nacional, artículo 31). Ninguna provincia podrá prohibir -sea a través de una ley común o de su Constitución- que la Nación le expropie alguno de sus bienes públicos: ello vulneraría la Constitución de la Nación, ya que la ley nacional que dispusiere esa expropiación sería *"suprema",* en mérito a que -como inexcusable condición- dicha ley nacional deberá implicar el ejercicio de alguna facultad *"delegada"* por las provincias a la Nación.

De lo expuesto resulta que el derecho de la Nación a expropiar bienes públicos provinciales, no tiene su *"fundamento"* en el artículo 17 de la Constitución, sino en otras disposiciones de la misma, tal como en un principio lo advirtió inteligentemente el general Bartolomé Mitre (567) . Esas *otras disposiciones* que sirven de fundamento a dicha potestad nacional son los incisos 16 y 28 del artículo 67 de la Constitución, sin perjuicio de otros textos que también contemplen atribuciones conferidas a la Nación (568) . Pero el artículo 17 de la misma siempre será de rigurosa aplicación en lo atinente a los *"requisitos"* que deben observarse para llevar a cabo la expropiación, pues representan garantías básicas exigidas por la inviolabilidad de la propiedad, sea ésta privada o pública.

La derogada ley nº 189, del 13 de septiembre de 1866, declaraba sujetos a expropiación tanto los bienes del dominio *provincial* como de los particulares (artículo 1º). Dicha ley no hacía distinción alguna entre bienes del dominio público o privado de las provincias. Fue durante su vigencia que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó el fallo que tantas veces cité, aceptando la validez de la expropiación de un bien *público* provincial.

La ley de expropiación, nº 13264, del 17 de septiembre de 1948, además de declarar expropiables los bienes del dominio provincial (artículo 5º), decía que pueden ser objeto de expropiación todos los bienes, *"estén o no en el comercio"* (artículo 4º). Siendo así, la expropiación de bienes del dominio *público* de las provincias tenía base *"legal"* expresa, ya que tales bienes quedan comprendidos en el expresado artículo 4º. La constitucionalidad de esta ley, en lo que a dicho punto respecta, es evidente. Las consideraciones hechas en este parágrafo y el fallo de la Corte Suprema de Justicia, tantas veces recordado, así lo

confirman. No obstante, corresponde recordar que el *fundamento* de la potestad nacional para expropiar bienes del dominio público provincial, no está en la "ley", sino en la Constitución. La referida "ley" sólo trasunta una ejecución de la Constitución. Finalmente, la actual ley nacional de expropiación, nº 21499, expresamente autoriza la expropiación de bienes integrantes del *dominio público* (art. 4º).

6º) Una cuestión que aún no fue analizada por nuestros escritores, es la atinente a si las provincias pueden o no expropiar bienes públicos de la Nación situados en territorio provincial. La importancia institucional de esto es obvia y el tema bien merece ser considerado por los juristas, cuya misión consiste en tratar que el derecho avance y progrese, proponiendo soluciones para los casos aún no resueltos por los investigadores.

En otros países de organización federal la cuestión fue analizada, sea por los tratadistas o por los tribunales. En Brasil, la doctrina es contraria a la posibilidad de tal expropiación (569) . En los Estados Unidos de América del Norte, la Suprema Corte se pronunció en contra del derecho de los Estados para expropiar bienes de los Estados Unidos ubicados en territorio de aquéllos (570) .

En Brasil se ha dicho que esa expropiación de una provincia a la Nación no es admisible "porque repugna a la jerarquía política" (571) . Entre nosotros ese argumento no lo creo atendible, por cuanto, dentro de su respectiva esfera, los derechos de la Nación y los de las provincias son igualmente supremos y absolutos: al respecto es oportuno recordar las siguientes palabras de nuestra Corte Suprema de Justicia Nacional: "De acuerdo con el sistema político adoptado por nuestra Constitución, los poderes de la soberanía se encuentran divididos entre el gobierno nacional y los gobiernos provinciales: los del primero revisten la calidad de supremos y absolutos, y se aplican en todo el territorio de la República, es decir, aun dentro del perteneciente a las propias provincias: *los de los segundos, presentan los mismos caracteres,* pero únicamente pueden ser ejercitados dentro de los límites territoriales de la provincia" (572) .

En los Estados Unidos de América del Norte esa imposibilidad se la hace derivar de la inhabilidad constitucional de los Estados para interferir en el cumplimiento por el gobierno de los Estados Unidos de los fines para los cuales lo ha organizado la Constitución (573) . Este argumento es evidentemente de gran peso y seriedad. En nuestro país equivaldría a sostener que como el bien *público* que la Nación tendría en territorio provincial, correspondería al ejercicio de una de las facultades delegadas por las provincias, cualquier acto de la provincia que le impidiese ese ejercicio a la Nación importaría un obstáculo para que ésta ejercite facultades propias y exclusivas; en ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que las provincias "no pueden restringir o limitar los poderes que expresa o implícitamente le han sido conferidos al gobierno de la Nación" (574) .

A pesar de esos antecedentes contrarios, estimo que, *"excepcionalmente",* las provincias pueden expropiar bienes del dominio público nacional situados en sus respectivos territorios. Es ésta una cuestión cuya solución radica, esencialmente, en la eventual *"preeminencia de fines"* de la provincia respecto a los de la Nación. Pero debe tratarse de una preeminencia *"vital";* por eso, las facultades provinciales deben interpretarse *restrictivamente*.

Dicha expropiación es posible jurídicamente, pues se trata del ejercicio de una potestad provincial *inherente* a su calidad de Estados, debiéndose advertir que se trata de Estados *preexistentes* a la Nación, que conservan todo el poder no delegado a ésta. Y va de suyo que el primero y más importante poder retenido por las provincias es el derecho a *existir "integralmente"*, es decir, en el *todo* o en sus *partes* constitutivas. Tal *poder retenido* hállase por encima de todo lo que, expresa o implícitamente, se diga en la Constitución Nacional; está por encima de toda delegación de potestades, expresa o implícita, efectuada a la Nación. Ese derecho a la *existencia* "integral" es para las provincias lo que el derecho a la vida es para las personas individuales, derecho que siempre se presupone, aunque no se lo mencione, y que en la jerarquía de los atributos jurídicos ocupa el primer plano.

Si para hacer efectivo su derecho a la *existencia* "integral" las provincias necesitan expropiar un bien público de la Nación, ubicado en su respectivo territorio, esa potestad expropiatoria, ejercida con ese fin y a ese efecto, resulta *inherente* a la calidad de Estados, que revisten las provincias, y su ejercicio lo juzgo en tal caso constitucionalmente inobjetable.

En *principio,* no es concebible que una provincia expropie un bien público de la Nación, porque cualitativamente no cabe presumir que un interés particular o local tenga mayor importancia o intensidad que un interés general o nacional. La presunción es precisamente adversa, o sea que el interés nacional es mayor que el interés provincial. Por *excepción* podría ocurrir y aceptarse lo contrario; pero esto deberá resultar *indudable* al buen sentido.

La necesidad o interés público debe valorarse en concreto; en tal orden de ideas, dentro de una provincia, una necesidad local -a satisfacerse utilizando determinado bien público nacional- puede revestir mayor importancia que la necesidad nacional o general que en ese momento satisface el bien público de la Nación situado dentro de la provincia.

¿Cuál sería un caso concreto donde el interés local o provincial tendría superioridad o mayor importancia respecto al interés nacional, a efectos de autorizar la expropiación del bien público de la Nación por parte de la provincia?

Supóngase que, en las adyacencias de un curso de agua, la Nación haya instalado una escuela de agricultura, ocupando así varias hectáreas de terreno (575) . Pero si ese curso de agua, dado su régimen, requiere indispensablemente la utilización de toda la zona inmediata -parte de la cual hállase ocupada por la Nación con su escuela de agricultura- a efectos de realizar trabajos de rectificación del cauce y construcción de un dique para impedir los graves peligros de inundaciones, paréceme evidente que la necesidad social que satisface la escuela de agricultura es de menor amplitud, de menor intensidad, que la que llenarían los trabajos de rectificación del cauce del curso de agua y la construcción del respectivo dique. Estas últimas obras se relacionan con la *"vida"* misma de las poblaciones aledañas, e incluso con la de los ganados que ahí pastaren. La escuela de agricultura, en cambio, si bien es indiscutiblemente útil y hasta necesaria, no es *"indispensable",* carácter que reúne la rectificación del cauce del curso de agua y la construcción del dique, ya que sin estas obras peligran la *vida* misma de una parte de la población y la estructura física de la zona respectiva: las inundaciones arrebatan vidas y destruyen cosas. La rectificación del cauce y la construcción del dique se relacionan con la propia *existencia* de la provincia, o de *una de sus partes*. La expresada obra pública de la Nación puede ser nuevamente construida en

otro lugar de la provincia, mientras que las obras de rectificación del cauce y de construcción del dique no admiten ser realizadas en otro lugar.

En supuestos excepcionales como el indicado, considero pertinente la expropiación del bien público de la Nación por parte de la provincia. No hay razón institucional alguna que se oponga a ello; el ejercicio de los recíprocos derechos constitucionales de la Nación y de las provincias, presuponen la *total existencia* de ambos grupos de Estados, así como el ejercicio del derecho por parte de las personas individuales presupone que tales personas conservan intacta su vida. El derecho a la *existencia* "integral" constituye un poder *retenido* por las provincias, un poder que nunca fue delegado por éstas a la Nación (576) .

1777. La imprescriptibilidad es un corolario de la inalienabilidad (577) , ya que sobre las cosas que están fuera del comercio no puede ejercerse una posesión útil, que es la base de la prescripción (578) . Tales actos posesorios "carecen de eficacia" (579) ; serían tan sólo "aparentes" (580) .

Va de suyo que la consecuencia fundamental de la imprescriptibilidad consiste en que los bienes dominicales no pueden ser adquiridos por prescripción. Así lo reconoce la doctrina (581) y la jurisprudencia (582) . Consecuentemente, la acción reivindicatoria de una cosa que está fuera del comercio es imprescriptible (Código Civil, artículo 4019 , inciso 1º).

Pero la imposibilidad de adquirir por prescripción las cosas dependientes del dominio público, sólo se refiere a la *"propiedad"* de las mismas, no a su *"uso"*, pues ésta es susceptible de ser adquirido por ese medio jurídico, siempre y cuando el derecho objetivo lo autorice expresamente (583) .

1778. Nuestra Corte Suprema de Justicia Nacional, con acertado criterio, ha considerado como una de las notas propias del régimen jurídico del dominio público, la de que éste hállase *"exento de imposición fiscal"* (584) . Ello se refiere a los impuestos que graven el bien, en sí mismo. Entre nosotros, trataríase de la *contribución territorial,* llamada también *contribución directa* o *inmobiliaria*.

La doctrina, en general, hállase de acuerdo con tal conclusión (585) . No obstante, hay quienes consideran que ello es así, no porque corresponde al régimen del dominio público, sino porque un texto legal lo establece (586) . Disiento con este último criterio: la referida exención fiscal es inherente al *régimen* de la dominicalidad, aunque nada tenga que ver con su inalienabilidad e imprescriptibilidad. Trátase de una cuestión de "principio" y no de "legislación"; tal *principio* deriva del fundamento lógico jurídico -*ratio iuris*- de la exención, al cual me referiré luego.

¿Cuál es el fundamento de esa exención fiscal? Los que la aceptan sostienen que obedece al *carácter improductivo* de tales bienes (587) . Del mismo modo, los que creen que tal exención existe sólo porque la ley lo dispone, estiman que el "fundamento" de la respectiva ley es el carácter improductivo del bien (588) . Disiento con tal criterio.

No es exacto que los bienes dominicales sean improductivos; pueden producir beneficios de todo orden: materiales, pecuniarios y espirituales (verbigracia: las hierbas que crecen al borde de carreteras, las flores que se obtienen de los árboles de una avenida; el dinero que,

en concepto de canon, abonan muchos permisionarios y concesionarios; el placer que proporciona el descanso en una plaza, como así el que produce la observación de los colores de sus flores y la aspiración de su fragancia; la admiración de un monumento o el cuadro de un museo). El producido de una cosa no debe considerárselo circunscripto a beneficios materiales o pecuniarios: debe considerárselo comprensivo de satisfacciones espirituales de cualquier orden. Con toda razón Pelloux ha dicho que la idea de que el dominio público es o debe ser improductivo, carece de todo fundamento y ha sido completamente abandonada por la doctrina reciente, constituyendo hoy una simple curiosidad jurídica (589) .

¿En qué se funda, pues, el principio en cuyo mérito el dominio público está exento de imposición fiscal? A mi criterio, tal exención deriva de un doble orden de motivos: 1º) que sería absurdo que, simultáneamente, el Estado perciba y pague impuestos sobre un mismo bien, pues tal operación a nada conduciría; 2º) que el gravamen, en definitiva, incidiría sobre el propio titular de los bienes, en este caso el *"pueblo",* representado por el Estado, siendo inconcebible que el Estado se grave a sí mismo.

Cuando el "uso" de una dependencia dominical es oneroso, la prestación entonces a cargo del usuario no tiene calidad de *impuesto:* constituye el *"canon"* de uso, cuya naturaleza jurídica nada tiene que ver con el impuesto, aunque algunas leyes y escritores equivocadamente le den esta denominación (590) .

TÍTULO QUINTO - **TUTELA O PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO**

SUMARIO: *1779*. Consideraciones generales. "Derecho" y "deber" de tutela. Vinculación del tema con la noción conceptual de Administración. La tutela o protección del dominio público es amplísima: comprende todos los supuestos. Doble vía para hacer efectiva esa protección: administrativa y judicial. - *1780.* Principio general: tutela directa, o autotutela, efectuada por la Administración Pública. Fundamento. - *1781.* Protección de los *"muebles"* dominicales. - *1782.* La autotutela administrativa es de excepción. Consecuencias fundamentales. - *1783.* La protección del dominio público a través de medios de derecho privado (acciones petitorias y posesorias). Cuándo se impone esta vía y cuándo la elección del medio a utilizar para la tutela depende de la Administración Pública. - *1784.* Protección "administrativa" y "civil": a) de la *cosa* en sí. Aspectos material o físico y jurídico; b) de su *uso*. Cesación y retribución del uso. Reparación pecuniaria: uso normal y uso anormal: canon, impuesto y daños y perjuicios. - *1785.* Protección "penal". - *1786.* Los particulares o administrados y la tutela de los bienes dominicales. Principio general: carecen de acción para efectuarla. Situación especial de los propietarios colindantes (frentistas y ribereños) con dependencias del dominio público: supuestos o hipótesis a considerar. Los portadores de derechos especiales de uso.

1779. El Estado no sólo tiene el "derecho", sino también y fundamentalmente el "deber" de velar por la conservación del dominio público (591) . Todo ello constituye lo que se denomina tutela o protección de dicho dominio.

Ese *deber* de tutela es inexcusable, lo que resulta fácilmente comprensible, por cuanto todas las normas que regulan la actuación de la Administración Pública en su relación con el dominio público, hállanse establecidas en "interés público", de donde toda esa

manifestación de la actividad administrativa debe tender a la satisfacción de dicho "interés público". Es por ello evidente, como bien se ha dicho, que, en este ámbito de actividades, el ordenamiento jurídico no puede desentenderse de cómo la Administración Pública actúa en el círculo que le está reservado (592) . Y concretando sus ideas, el mismo autor a que me estoy refiriendo, al dar el fundamento del privilegio de que goza a Administración Pública de actuar por sí misma, en forma directa, en la tutela de los bienes dominicales para reprimir la actitud ilegítima del administrado, dice que ello es así porque tales bienes son necesarios para la satisfacción de *intereses públicos*, satisfacción que no puede diferirse ni retardarse por el hecho o actitud de un individuo particular (593) .

Sea que como titular o sujeto del dominio público se considere al Estado o al pueblo, lo cierto es que, por la naturaleza pública de ambas entidades, y los fines que en la especie se proponen lograr, la propiedad que les corresponda no puede ser, ni es, la de tipo civilista o privada, sino una *"propiedad pública"* (594) , relacionándose con esto la índole de los medios de tutela de esos bienes.

Todas las reglas atinentes a la tutela o protección del dominio público forman parte de la *policía de la cosa pública*, que es una nota característica del régimen jurídico de la dominicalidad (ver nº 1757). La policía del dominio público, que no es sino una manifestación del poder general de policía del Estado, a igual que éste se hace efectiva a través del poder reglamentario, de decisiones ejecutorias y de medidas de ejecución (595) .

Todo lo relacionado con la custodia de los bienes estatales -sean públicos o privados-, dada su importancia, siempre mereció la atención de los estudiosos. Tanto es así que no faltó quien fundara su opinión de que la Administración Pública constituía un verdadero *"poder"* administrativo, basándose en que tenía a su cargo la gestión de esos bienes, agregando que tratábase de una gestión distinta de la función legislativa, ejecutiva y judicial. Por eso le atribuía a la Administración la calidad de *cuarto* poder (596) . Sin perjuicio de lo inaceptable de esa noción conceptual de Administración, basada en una mera gestión de medios, la tesis de Picard es interesante por la trascendencia que él le atribuye a la custodia -tutela o protección- de los bienes estatales.

El ámbito en que tiene lugar la tutela o protección de las dependencias de dominio público es amplísimo. Comprende todos los supuestos acaecibles. Se refiere a cualquier clase de bienes dominicales, cualquiera sea su materialidad, y tiende a proteger no sólo la estructura física del bien, sino además su "status" jurídico. Finalmente, dicha protección no sólo contempla el aspecto que puede llamarse "civil" -por oposición a lo que pertenezca al derecho criminal-, sino también el "penal", propiamente dicho.

Para hacer efectiva la expresada tutela o protección, el derecho reconoce dos vías alternativas: la administrativa y la judicial, de las cuales me ocuparé en los parágrafos que siguen.

1780. La protección o tutela de las dependencias dominicales está a cargo de la Administración Pública, en su carácter de órgano gestor de los intereses del pueblo, titular del dominio de tales dependencias.

En ese orden de ideas, para hacer efectiva dicha tutela, con el fin de hacer cesar cualquier avance indebido de los particulares contra los bienes del dominio público, en ejercicio del poder de policía que le es inherente, y como principio general en materia de dominicalidad, la Administración Pública dispone de un excepcional privilegio: procede directamente, por sí misma, sin necesidad de recurrir a la vía judicial. Procede unilateralmente, por autotutela, a través de sus propias resoluciones ejecutorias. Tal es el *principio* fundamental que, desde luego, tiene sus atemperaciones, como luego se verá (597) .

Con referencia a ese especial privilegio de la Administración, dijo Otto Mayer: "Desde luego, *la protección de la cosa pública* forma una parte esencial de su propio derecho, y sin ella ese derecho no puede comprenderse. La protección propia de la cosa pública deriva de la cualidad que forma el centro de su concepción, a saber: ser ella una manifestación directa de la administración pública. La administración pública mantiene su buen estado contra los particulares por medio de la fuerza pública. El conjunto de estas medidas entra en la idea general de *policía;* en esta aplicación especial se la llama *policía de la cosa pública*". "La defensa de la cosa pública tiene lugar mediante el empleo de la fuerza contra todos los ataques, turbaciones, obstáculos que, emanando de la existencia individual, puedan amenazar la integridad y buen funcionamiento de la cosa. Este empleo de la fuerza es considerado como un caso de coerción de policía directa. Tiene de particular que no requiere un fundamento legislativo especial que lo autorice; este uso de la fuerza es considerado como implícito y halla su justificación en la idea misma de policía" (598) .

Acerca de este mismo tema, escribió Barckhausen: "Es necesario que ella -la Administración- pueda, sin trabas, sin intervención de otras autoridades impedir toda empresa perjudicial para el dominio público o contraria al destino de éste... Pero su acción defensiva debe ser tan rápida y enérgica como sea posible" (599) .

La doctrina extranjera hállase conteste en que para hacer efectiva la tutela o protección de los bienes del dominio público, la Administración Pública actúe directamente, por sí misma, por autotutela, sin recurrir a la instancia judicial (600) . También está conteste en ello la doctrina vernácula (601) .

1781. Si bien las cosas *"muebles"* pertenecientes al dominio público rígense por los mismos principios esenciales que los demás bienes dominicales, es oportuno decir dos palabras con especial referencia a ellas.

Acerca de esos *"muebles"* no rige el principio de que la posesión de buena fe vale título: 1º) porque, de acuerdo con el principio general, respecto de los bienes dominicales los particulares o administrados no pueden invocar una posesión útil; 2º) porque el artículo 2415 del Código Civil -y su fuente- así lo establece (602) .

Pelloux expresa que, en Francia, la jurisprudencia, desde un principio, se mostró partidaria de la idea de incluir en el dominio público también las cosas muebles. Ello se debió a la necesidad de proteger los objetos preciosos y de valor existentes en bibliotecas y museos estatales, permitiendo así que la Administración recupere el libro, objeto de arte, etcétera, de manos de cualquier detentador. La primera vez que se hizo aplicación de estas ideas fue a raíz de un manuscrito de Molière, sustraído de la Bibliothèque Royale. El fallo, de la Corte de París, es de 1846 (603) .

1782. El principio general en materia de tutela del dominio público, en cuyo mérito la Administración Pública puede actuar por sí misma, sin recurrir a la autoridad judicial, constituye, sin embargo, una verdadera *excepción* en el orden jurídico, un verdadero *privilegio*, en favor del Estado. De ahí las siguientes consecuencias:

a) En primer término, es indispensable que el carácter público del bien sea *"indubitable"* (604) , no debiendo existir respecto de dicho bien ningún *derecho patrimonial de quien motive la actividad administrativa* (605) . Pero el carácter *público* "indubitable" no sólo debe existir para que la Administración Pública haga uso del procedimiento directo de autotutela, sino también para que pueda obtener el rechazo -basado en la defensa de *"dominicalidad"*- de las acciones o excepciones que los particulares deduzcan contra el Estado (606) .

b) Todo lo atinente a la tutela directa del dominio público, realizada por la Administración Pública, constituye facultades inherentes al *poder de policía sobre el dominio público*, que a su vez implica una nota característica del régimen jurídico del dominio público. Es, entonces, de advertir que, siendo de *excepción* dicho régimen, sólo y únicamente corresponde aplicar el procedimiento administrativo de tutela directa, o autotutela, tratándose de bienes "dominicales" *stricto sensu*, pero de ningún modo tratándose de bienes del *dominio privado* del Estado (607) . El acto administrativo en cuyo mérito la Administración Pública ejercitare sus facultades de *autotutela* sobre bienes del dominio *privado* del Estado, sería un acto administrativo manifiestamente ilegítimo: habría una obvia desviación de poder, especie del género "exceso de poder".

1783. Aparte de la autotutela administrativa, para la protección de los bienes dependientes del dominio público le competen al Estado las acciones petitorias y posesorias de derecho común, que deben deducirse ante los órganos judiciales.

La generalidad de la doctrina está conteste en lo que antecede (608) . Nuestro Código Civil sigue esa tesis, pues, al declarar imprescriptible la acción reivindicatoria de la propiedad de una cosa que está fuera del comercio (artículo 4019 , inciso 1º), de hecho admite la procedencia de la *acción* reivindicatoria de las cosas dominicales, deducible -por cierto- ante las autoridades judiciales. Nuestros tribunales intervinieron repetidas veces en juicios reivindicatorios o posesorios promovidos por el Estado respecto de bienes del dominio público; y si bien a veces esas acciones fueron rechazadas, ello no se debió a cuestiones de "principio", sino a deficiencias de la prueba acerca del efectivo carácter dominical del bien (609) .

Pero hay quienes sostuvieron que al Estado no le corresponden esas acciones de derecho común, porque estando los bienes dominicales fuera del comercio, no pueden ser objeto de propiedad o posesión ni aun para el Estado (610) .

Si bien en otra oportunidad me incliné hacia la tesis que le negaba al Estado la posibilidad de ejercitar acciones petitorias o posesorias en defensa de dependencias del dominio público (611) , hoy, después de un nuevo análisis de la cuestión y luego de un estudio integral de la materia, he cambiado de opinión (612) . Pienso, pues, que, aparte de la autotutela administrativa, en defensa o protección del dominio público el Estado puede promover ante los órganos judiciales las acciones petitorias o posesorias pertinentes. Con

ello va dicho que juzgo equivocada la tesis de quienes sostienen que, respecto de los bienes dominicales, dichas acciones no proceden porque aquéllos no pueden ser objeto de propiedad o posesión ni aun para el Estado. Me baso en las siguientes consideraciones:

a) El sujeto o titular de las cosas dominicales -ya se trate del Estado o del pueblo, según la tesis que al respecto se acepte-, contrariamente a lo que se pretende, tiene sobre el dominio público un verdadero derecho de propiedad, *"propiedad pública"*, pero "propiedad" al fin de cuentas (ver nº 1711). Y habiendo *"propiedad"*, va de suyo que debe haber una *posesión* correlativa.

b) El procedimiento de autotutela administrativa implica, como ya lo expresé, un *excepcional privilegio* para la Administración. Pero tal privilegio, como todos los de su índole, es renunciable, máxime cuando no existe algún principio superior que obste a ello. La opción entre la "autotutela" y las "acciones judiciales" no depende de "principio" alguno, sino exclusivamente de la *"discrecionalidad"* administrativa. El ejemplo del artículo 823 del Código Civil de Italia es elocuente. Respecto a la Administración Pública, todo depende de una valoración de las circunstancias, lo cual determinará el *"mérito"* u *"oportunidad"* del respectivo acto.

c) El argumento de que sobre los bienes del dominio público no puede haber una *posesión* útil, sólo vale para los administrados o particulares, pero en modo alguno para el Estado. Por eso pudo decirse, acertadamente, que las acciones posesorias proceden, en principio, a favor del Estado, pero no en su contra (613) .

De modo que para la protección del dominio público la Administración puede recurrir, indistintamente, a la autotutela administrativa o a las acciones ordinarias deducibles ante los órganos judiciales. Tal es el *principio*, que por cierto tiene *excepciones*.

En efecto; hay ciertos casos en los que la Administración Pública carece de la posibilidad de elegir la vía para lograr aquella tutela, ya que en tales supuestos debe recurrir inexcusablemente a los órganos judiciales. Entre tales supuestos pueden mencionarse:

1º) Ante todo, cuando se trata de la represión de delitos del derecho penal, cometidos con relación al dominio público. La aplicación de las normas penales sustantivas hállase al margen de las funciones de la Administración Pública: escapa a su competencia.

2º) Cuando el carácter público del bien o cosa no sea indubitable. En tal hipótesis, la Administración debe recurrir a la autoridad judicial en demanda de apoyo a sus pretensiones.

3º) Cuando el pertinente acto administrativo carezca de ejecutoriedad "propia" y sólo posea la llamada ejecutoriedad *"impropia"*, vale decir, cuando la *ejecución* o *cumplimiento* del acto dependa o deba solicitarse a otro órgano o autoridad. Así ocurriría en los supuestos en que hubiere que exigir coercitivamente el pago de una multa impuesta por la Administración Pública o el pago de daños y perjuicios, etcétera.

1784. a) Desde el punto de vista "administrativo", la "cosa" dominical se protege por *autotutela*, según quedó expresado en parágrafos anteriores. Tal autotutela no sólo tiende a

proteger la integridad material o física de la cosa, impidiendo -por la fuerza, si fuera menester- la realización de actos de terceras personas que la degraden o puedan degradar, sino que también protege la tenencia de la cosa, a fin de recuperar en todo o en parte su *"corpus"* detentado ilícitamente por terceros.

En su aspecto "civil", la tutela tiende, principalmente, a la recuperación del "corpus" de la cosa, promoviendo la respectiva acción de derecho común ante la autoridad judicial: reivindicatoria o posesoria, según el caso. Nada de esto ofrece dificultades.

b) Más complejo es lo atinente a la protección de la cosa en lo que atañe a su *"uso"*, lo cual presenta tres problemas: su cese, su retribución y su reparación pecuniaria.

El *uso* que se efectúe puede ser "normal" o "anormal", "legal" o "ilegal", según corresponda o no al que motiva la afectación de la cosa o sea realizado con o sin derecho, respectivamente.

La *"cesación"* del uso puede lograrse por cualquiera de los medios ya indicados: autotutela o vía judicial. La elección del medio depende de las circunstancias del caso, cuya apreciación entra en las facultades discrecionales de la Administración Pública.

Algo distinto ocurre con la *"retribución pecuniaria"* determinada por el uso de la cosa. Si dicho uso es *legal* y *normal*, y además oneroso, su retribución se logra mediante el "canon", acerca de cuya percepción el derecho objetivo generalmente contiene las reglas aplicables, determinando que su falta de pago en tiempo útil dará lugar a la pertinente *ejecución judicial*. Va de suyo que en este supuesto trátase de un uso autorizado por la Administración.

Si el "uso" ocasionare daños en la cosa dominical, en lo atinente a la *"reparación pecuniaria"* de tales daños hay que distinguir entre uso normal o anormal y legal o ilegal. Si los deterioros fuesen ocasionados por un uso normal y legal (uso autorizado por la Administración), su importe se cubre con el *impuesto*. En cambio, si tales daños fuesen determinado por un uso anormal o ilegal, su monto debe cubrirlo el autor de los mismos, conforme al principio general en cuyo mérito todo el que causa un daño está obligado a repararlo.

Para todo lo atinente a la tutela del *"uso"* de las dependencias del dominio público, considero de gran interés transcribir las siguientes palabras de Gastón Jèze, que concuerdan con lo que dejo expuesto y lo aclaran:

"Un fabricante de automóviles hizo circular los vehículos sobre un camino nacional, para ensayos de velocidad. La circulación de vehículos, incluso automóviles, sobre los caminos nacionales constituye el ejercicio *normal* del poder del individuo para manifestar libremente su actividad sobre los caminos. Pero constituye un uso anormal usar el camino para ensayos de velocidad. Para estos ensayos de velocidad, es necesario, en efecto, hacer circular los vehículos repetidas veces y a elevadas velocidades. Los caminos constituyen una vía de comunicación, pero no un campo de experiencias. Servirse de los caminos como campo de experiencias, es hacer de ellos un uso anormal. Este uso anormal implica casi siempre, quizá siempre, un obstáculo para quienes usan *normalmente* la cosa. Por lo demás,

a veces compromete la conservación de la cosa. Tal es exactamente el caso de los ensayos de velocidad de automóviles sobre un camino nacional. Así, por una parte, ello obstaculiza la circulación normal, la hace peligrosa. Por otra parte, ello deteriora el camino ocasionándole un *desgaste anormal*.

"Desde ese doble punto de vista, los agentes de la Administración, encargados de mantener la afectación de la cosa pública y de su conservación tienen el deber de intervenir: 1º) para *prohibir* el uso anormal, en tanto este uso anormal comprometa el destino de la cosa pública; 2º) para *reclamar* la aplicación de las sanciones establecidas en los reglamentos; 3º) para exigir la reparación pecuniaria de los deterioros *anormales* causados a la cosa pública" (614) .

Después de sostener que el Estado puede exigirles a los particulares la reparación pecuniaria de los deterioros *anormales* causados a la cosa pública, dice Jèze:

"Es necesario insistir sobre este último punto. Los gastos por los deterioros resultantes del *uso normal* se cubren con los fondos públicos. Sería ilegal, de parte de la Administración, exigir un peaje por ese uso normal, al margen de un texto legal que lo autorice. No sería lo mismo respecto de los deterioros resultantes del *uso anormal*. A falta de un texto, bastaría invocar el principio general de que cada uno debe reparar los daños causados por su culpa" (615) .

1785. La tutela o protección de las dependencias del dominio público también se logra a través del derecho penal sustantivo, cuyo Código considera *"delito"* la destrucción, inutilización, desaparición o cualquier daño causado a ciertas cosas dominicales, como archivos, registros, bibliotecas, museos, puentes, caminos, paseos, monumentos, estatuas, cuadros y otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos (616) . Asimismo, dicho Código castiga la extracción ilícita y dañina de aguas públicas, o el ilícito y dañino represamiento, desviación o detención de tales aguas (617) .

Desde luego, esa protección penal de las dependencias dominiales no se logra directamente por autotutela administrativa, sino a través de los órganos judiciales: la Administración Pública carece de competencia para aplicar el Código Penal (ver nº 1783).

1786. Los particulares o administrados carecen de acción para tutelar los bienes del dominio público.

Dicha tutela constituye una típica función estatal. Lo mismo cuadra decir de la protección de las *servidumbres públicas administrativas*. Véase el tomo 4º, nº 1278, y mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", página 355, texto y nota 478.

Así, con motivo de una sentencia judicial, uno de los magistrados pudo decir acertadamente que la acción para impedir que un propietario lindero a un camino público no alambrado en sus costados, utilice con sus haciendas dicho camino, le incumbe al Estado y no a los otros vecinos, uno de los cuales era el actor del juicio cuya acción fue rechazada en definitiva (618) .

De modo que los particulares o administrados carecen de acción para tutelar las dependencias del dominio público. Tal es el *principio*. Poco importa el nombre que le den a dicha acción o su aparente propósito: para rechazarla, lo importante es que, en su esencia, tal acción implique una tutela de la dependencia dominical.

Pero es indispensable hacer una referencia especial a cierta clase de particulares o administrados: los colindantes con dependencias dominicales (frentistas y ribereños).

La cuestión se plantea cuando se trata de establecer si a dichos propietarios colindantes con el dominio público (calles, caminos, cursos de agua, etc.), se les debe admitir o no el ejercicio de acciones posesorias contra un particular o administrado, vecino o no del lugar, que por hechos suyos imposibilitase el tránsito o libre uso de la dependencia del dominio público. La acción posesoria tendría por objeto lograr el cese del hecho o acto turbativo realizado *en la dependencia dominical*, a fin de que se restablezca el libre uso de ésta, lo que a su vez le permitiría al propietario colindante el libre uso de su propiedad o el libre acceso a ella.

Esta cuestión fundamental requiere indispensablemente una distinción entre las dos situaciones que pueden presentarse: 1º) que el hecho turbativo *única y exclusivamente* perjudique al propietario frentista, vale decir que el perjuicio derivado de ese hecho turbativo resulte *particularizado, especificado* o *concretado* en ese propietario frentista. Por ejemplo: estacionamiento de un vehículo en la vía pública, obstaculizando la entrada o salida del *"garaje"* que el propietario frentista posea en su casa; 2º) que el hecho turbativo perjudique a *todos* los vecinos del lugar, en *general*, y no a un propietario colindante en particular. Ejemplo: cerramiento de la vía pública que sirve de acceso a las propiedades linderas, imposibilitando el acceso a éstas. En el primer supuesto, paréceme evidente que el frentista se limitaría a defender una prerrogativa inherente y *exclusiva* a su propiedad, sin que en tal caso pueda hablarse siquiera de defensa o tutela de la dependencia dominical; pero en la segunda hipótesis considero que la supuesta acción posesoria no es otra cosa que una medida de tutela o protección de la respectiva dependencia del dominio público, importando poco que a través de tal tutela se beneficien el actor y los titulares de los demás predios colindantes, pues es ya sabido que una medida general beneficia, de hecho, a muchos intereses particulares.

Los autores que se ocuparon de esta cuestión no efectuaron esa distinción fundamental. Dieron soluciones generales.

Ese derecho a utilizar la dependencia dominical para el acceso a sus propiedades, correspondiente a los colindantes con el dominio público -que en Francia integra las denominadas *"aisances de voirie"*-, no es otra cosa que un *modo de utilización del dominio público* (619) . Aun así, en el primero de los supuestos a que me he referido, no hay duda alguna de que la acción que el frentista promoviere contra el tercero, única y exclusivamente da como resultado la defensa de su propiedad privada, una de cuyas prerrogativas aparece menoscabada por el hecho turbativo del tercero; el *único* beneficiado con tal acción es el referido propietario frentista. Por eso estimo que a su respecto es procedente y debe admitirse la acción posesoria contra el tercero autor del hecho o acto turbativo. No hay aquí una tutela del dominio público.

Pero las cosas cambian en la segunda hipótesis. En este supuesto, más que su exclusivo interés privado, el propietario colindante está defendiendo intereses generales relativos al uso de una dependencia dominical: está tutelando el uso público de que es susceptible dicha dependencia. Pero tal tutela o protección es extraña a la actividad de los particulares o administrados, siendo, en cambio, propia del Estado, a cuyo cargo está la tutela del dominio público. Por eso estimo que, en tales supuestos, los colindantes con el dominio público carecen de acciones posesorias contra terceros, respecto de actos o hechos turbativos de la especie ya mencionada. Éste no es un caso de protección exclusiva y directa de una propiedad privada colindante con el dominio público, sino de tutela o protección del dominio público, lo cual escapa a la acción de los particulares.

Por análogas razones, en otra oportunidad sostuve que cuando un particular, vecino o no del lugar, por hechos suyos imposibilitase el tránsito en una vía pública que sirva de acceso a las propiedades linderas con ese camino o calle, los dueños de esas propiedades linderas carecen de acción contra el autor del acto turbativo, para que, disponiéndose el cese de éste, se restablezca el libre uso de esa dependencia del dominio público (620) . Y por ello expresé mi disensión con un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, a pesar de la opinión del Procurador General, doctor Sabiniano Kier, admitió la acción posesoria promovida por el propietario de un inmueble lindero a un camino público, deducida contra otro particular que con un cerco de alambre había clausurado dicho camino (621) . El cese de tales obstáculos debe ser ordenado por la Administración Pública, a la que deben ocurrir en queja los que se consideren perjudicados.

Algo distinto sucede con los permisionarios y concesionarios de uso del dominio público, a los cuales se les reconoce el derecho a promover acciones posesorias contra terceros, respecto del uso de la cosa objeto del permiso o de la concesión (622) , pues tales permisionarios y concesionarios, con relación a terceros, tienen la "cuasi possessio iuris" de una cosa *determinada*, lo cual no ocurre con los frentistas, máxime con los que se encuentren en el segundo de los supuestos que he considerado.

Aparte de lo indicado, para negarles las acciones posesorias a los propietarios frentistas que se hallen en el referido segundo supuesto, existe un argumento de orden lógico: es inconcebible que un tercero, porque sí no más, obstaculice el libre tránsito en una vía pública; en la generalidad de las veces, la actitud del tercero autor de ese acto turbativo será la resultante de sus relaciones jurídicas con el Estado, ya que dicho tercero, por estimar que el Estado no observó el debido procedimiento legal, puede considerarse con derecho a conservar la posesión de la parte de su inmueble que se pretende convertir en camino público. En tal situación, ¿cómo podría resolverse la cuestión posesoria entre el propietario frentista y el tercero autor del acto turbativo, con prescindencia del Estado, siendo que verosímilmente ha sido la actuación de éste la que habría dado lugar a los hechos determinantes del pleito?

No obstante, Bibiloni, en su Anteproyecto, les otorga acciones posesorias a los poseedores de inmuebles que colindan con calles, caminos, ríos y lagos no navegables, en cuanto se refiere a los derechos que el Código concede a los propietarios de esos bienes (623) . La Comisión de Reforma del Código Civil hizo suya esa sugerencia de Bibiloni (624) . El texto proyectado no distingue respecto del sujeto contra el cual será posible deducir esas

acciones posesorias; por lo tanto, cabe suponer que pueden serlo contra el Estado o contra los respectivos particulares.

Como fundamento del texto que proyectó, Bibiloni adujo: 1º) que los derechos reconocidos a esos propietarios colindantes con las dependencias del dominio público, *son regidos por el derecho privado*, puesto que son las condiciones orgánicas de esa clase de bienes; constituyen -dice- una manera de ser de esas propiedades. Las acciones posesorias amparan su ejercicio, en la medida, y dentro de las condiciones del *derecho privado;* 2º) que la posesión de los propietarios frentistas se extiende a la de los *bienes públicos* respectivos (625) . Comparto esa opinión, en cuanto a que el derecho de esos frentistas o ribereños constituye una modalidad de sus respectivas propiedades, pero disiento totalmente respecto: a) de que los derechos reconocidos a esos propietarios colindantes con las dependencias del dominio público, sean regidos por el derecho privado; b) de que la posesión de los expresados propietarios linderos se extienda a la de los bienes públicos respectivos.

Es inexacto que los derechos de los referidos propietarios colindantes con el dominio público, estén regidos por el derecho privado. Como dice Laubadère, las "aisances de voirie" son *derechos de naturaleza administrativa y no civil* (626) .

Es asimismo inexacto que la posesión de los propietarios frentistas se extienda a la de los bienes públicos respectivos. Las *"aisances de voirie"* no son sino modos de utilización del dominio público por una categoría especial de usuarios: los frentistas; les pertenecen a éstos, porque la calidad de "colidantes" es su condición *"material"* de existencia; derivan de la propia *afectación* de las vías públicas (627) . Pero los frentistas no tienen la posesión, ni la cuasi posesión, de alguna parte *concreta* de la dependencia dominical. El derecho de ellos deriva de su calidad de propietarios frentistas; no implica un uso *común* (628) , ni tampoco un uso "especial": se trata, en definitiva, de una mera relación entre la propiedad privada y el dominio público.

Rigiéndose los derechos de los expresados colindantes (frentistas y ribereños) por el derecho administrativo, público, y no por el derecho civil, privado, y no teniendo tales colindantes posesión o cuasi posesión alguna sobre las respectivas dependencias dominicales, cabe advertir: a) que el Derecho Administrativo no admite que, para obtener el cese de hechos o actos turbativos que obsten al libre uso de las dependencias del dominio público y al correlativo acceso a las propiedades privadas linderas al mismo, los titulares de estas últimas ejerzan acciones posesorias contra los terceros autores de esos hechos o actos turbativos, porque ello no implica otra cosa que actos de tutela o protección de la dependencia dominical, actividad que le compete exclusivamente al Estado y no a los particulares o administrados; b) que no teniendo los referidos colindantes posesión o cuasi posesión alguna sobre la dependencia dominical lindera, resulta inconcebible que ejerciten acciones posesorias para defender lo que no tienen. Ésta es una cuestión de derecho público, administrativo, y no de derecho privado, civil.

Además, el texto proyectado por Bibiloni y aceptado por la Comisión de Reforma del Código Civil, adolece de la deficiencia de *"generalidad"*, pues no distingue entre los dos supuestos fundamentales que pueden presentarse, distinción indispensable, ya que dichos supuestos requieren un tratamiento distinto, según así lo advertí precedentemente.

TÍTULO SEXTO - **USO DEL DOMINIO PÚBLICO**

CAPÍTULO I - **CONSIDERACIONES PRELIMINARES**

SUMARIO: *1787.* Requisito que debe reunir el *uso* de los bienes dominicales. Uso "compatible" y uso "incompatible" con el destino del respectivo bien. El *"uti singuli"* y el *"uti universi"*. - *1788.* Clasificación de los usos. - *1789.* Acerca de la *gratuidad* y de la *onerosidad* del uso. Uso "común" y uso "especial". - *1790.* Autoridad competente en nuestro país para legislar sobre lo atinente al uso de los bienes públicos.

1787. Los bienes que integran el dominio público están destinados, precisamente, al uso por el *"público"*. Pero el uso que efectúe el "público" debe ser compatible con el motivo que determinó la inclusión del bien en el dominio público (629) . Éste es el punto de partida en la materia. Determinar si el uso que se efectúe es o no compatible con el destino del bien, constituye una cuestión de hecho a dilucidar en cada caso concreto. La cuestión es de gran importancia, 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 al propio tiempo puede no contrastar con tal destino, vale decir, puede no ser incompatible con éste; 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, contrastaría con el destino de la cosa, sería incompatible con éste, el "permiso" o la "concesión" otorgada dentro de un cementerio para ejercer una actividad por completo desvinculada del fin específico de esa dependencia dominical (630) ; pero sería válido el otorgamiento de un permiso o de una concesión para instalar, dentro de esa dependencia dominical, un quiosco para venta de flores, ya que esto vincúlase directamente al culto de los muertos, materia relacionada con el *destino* de los cementerios (631) .

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 "directa", 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 en el servicio público de ferrocarriles para pasajeros, o de utilización colectiva, como ocurriría con las fortalezas en el servicio público de defensa. Todo esto da lugar al empleo de las locuciones *"uti singuli"* y *"uti universi"*: la primera de éstas se refiere al uso *directo*, sea individual o colectivo, la segunda al uso *indirecto*, también individual o colectivo. De modo que esas locuciones traducen sustancialmente la idea de uso "directo" o "indirecto", respectivamente, sin perjuicio de que en ambos supuestos tal uso pueda ser individual o colectivo (632) .

1788. Los usos de que son susceptibles las cosas del dominio público se dividen en dos grandes grupos: *"comunes"* y *"especiales"*, que difieren entre sí no sólo por la índole del

aprovechamiento, sino también por el contenido jurídico y naturaleza del derecho de los usuarios (633) .

El uso común es también llamado uso "general", en tanto que al uso especial se le denomina asimismo uso "privativo", "exclusivo" o "diferencial".

La que antecede constituye una clasificación básica. Dentro de los dos grupos típicos que la misma comprende, quedan incluidas las variantes introducidas por otras clasificaciones, no siempre exentas de serias objeciones conceptuales (634) .

1789. El uso de los bienes del dominio público, ya se trate del uso *"común"* o del *"especial"*, no es, por *principio*, gratuito ni oneroso. La gratuidad y la onerosidad no corresponden a la "esencia" del dominio público. Por su "naturaleza", el uso de los bienes dominicales puede ser gratuito u oneroso. Con ello no se desvirtúa principio jurídico alguno. Establecer una u otra cosa sólo depende del criterio del legislador, de las conveniencias del momento, del estado de conciencia colectiva, etcétera.

Generalmente, el uso *"común"* es gratuito; por excepción puede no serlo. Así ocurre cuando se establece el pago de un peaje sobre ciertos caminos o puentes; cuando se exige el pago de una suma de dinero para tener acceso a ciertos museos públicos, o a algunos paseos públicos, como jardines zoológicos o botánicos; etcétera (635) . Dada la naturaleza jurídica e índole del uso "común", su onerosidad debe emanar de un texto *legal* o hallarse autorizada por éste (636) .

En cambio, el uso "especial", sea otorgado bajo la forma de permiso o de concesión, generalmente es oneroso. Dicha onerosidad en la mayoría de los casos surge del *acto administrativo* que otorga el permiso o la concesión (637) - (638) .

1790. En un país de la naturaleza política jurídica del nuestro, a qué autoridad le corresponde legislar sobre el uso de los bienes públicos por los particulares, ¿a la Nación o a las provincias?

Nuestras provincias han preexistido históricamente a la Nación. La Constitución es una *delegación de poderes hecha por las provincias a la Nación; pero las provincias conservan todo el poder no delegado al Gobierno Federal. Tales son los principios básicos de Derecho Constitucional a considerar en esta materia. Sólo cuadra agregar que las nuevas provincias hállanse colocadas en el mismo plano jurídico que las provincias originarias, pues tienen sus mismos deberes y sus mismos derechos: es éste un principio unánimemente aceptado no sólo entre nosotros, sino también en los Estados Unidos de América del Norte.*

Nuestros bienes públicos pueden ser nacionales o provinciales, según que estén situados en una o en otra jurisdicción. 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, artículo 67 , incisos 14 y 27).

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"*, les compete a las

provincias. Tal facultad provincial surge del artículo 104 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 (639) .

Las conclusiones precedentes ya las expuse en otras publicaciones, y fueron expresamente compartidas por un destacado tratadista (640) .

De lo expuesto despréndese que el Código Civil nada tiene que hacer respecto del *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 aparecería legislando sobre una materia ajena a su competencia. Juzgo, entonces, equivocado el criterio seguido por el codificador, doctor Vélez Sarsfield, en el artículo 2341 del Código Civil, como así por el doctor Bibiloni en su Anteproyecto (641) y la Comisión de Reforma del Código Civil en su Proyecto (642) , en cuanto declaran que los particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos, no sólo de acuerdo con las disposiciones administrativas, sino también de acuerdo con las disposiciones de *"este Código"* (el civil). Toda disposición de dicho Código que tienda a establecer la forma o modo en que los bienes públicos pueden ser usados, es ineficaz, al menos respecto de los bienes de esa índole situados en jurisdicción provincial.

La falla del Código Civil, al establecer que los particulares tienen el uso de los bienes públicos del Estado o *de los Estados*, de acuerdo con las *disposiciones de este Código* y con las ordenanzas generales o locales (artículo 2341), fácilmente se explica si se tiene en cuenta la fuente en que al respecto se inspiró el codificador. A pesar del silencio de su respectiva nota, el artículo 2341 de nuestro Código Civil fue tomado del Código Civil de Chile, cuyo artículo 598 establece que el uso y goce que sobre los bienes públicos les compete a los particulares, "estarán sujetos a las disposiciones de este Código, y a las ordenanzas generales o locales que sobre la materia se promulguen". El principio que al respecto consagran ambos códigos es idéntico, hasta en las palabras empleadas. Pero si tal disposición resulta comprensible en Chile, república unitaria política y legislativamente, no sucede lo mismo en nuestro país, república federal, donde existen provincias con poderes reservados y no delegados a la Nación.

Dentro de su esfera, la Nación y cada provincia tienen, pues, facultad exclusiva para establecer cuál ha de ser el modo de utilización de los bienes dominicales y cuál ha de ser el medio jurídico en cuyo mérito podrá adquirirse el derecho de uso "especial" sobre esos bienes: es decir, si esto último será mediante *permiso, concesión* o *prescripción*.

No obstante, en materia de aguas el Código Civil dispone que sin *"concesión"* especial los ribereños no pueden sacar aguas para sus terrenos (artículo 2642). Dicho texto no es original de Vélez Sarsfield: fue tomado por éste del artículo 4262, inciso 2º, del proyecto de Freitas (643) . ¿Qué alcance tiene esa disposición de nuestro Código? Por de pronto, como se desprende de lo ya dicho, ella carece de trascendencia en el ámbito de nuestras provincias, las cuales, en ejercicio de legítimas atribuciones constitucionales, hállanse habilitadas para establecer cuáles serán los medios jurídicos en cuyo mérito los particulares

pueden adquirir el derecho de uso especial sobre bienes públicos situados dentro de sus jurisdicciones; vale decir, las provincias pueden establecer si ese derecho de uso *especial* ha de ser adquirido mediante "concesión", como ya lo dice el Código Civil, o si por el contrario podrá también serlo por otro u otros de esos medios jurídicos: "permiso" o "prescripción". Sin perjuicio de lo expuesto, y aun dentro de la jurisdicción nacional, como acertadamente lo pone de manifiesto Villegas Basavilbaso, es de advertir que la locución "concesión especial" empleada en el artículo 2642 de nuestro Código Civil, no ha sido tomada en su sentido técnico, como expresión de lo que actualmente se denomina "concesión de uso", sino que es también comprensiva del "permiso" de uso, que es otro de los medios jurídicos por el cual se adquieren utilizaciones privativas (644) .

CAPÍTULO II - **USO COMÚN**

SUMARIO: *1791.* Concepto. Generalidades. Diversos usos "comunes". - *1792.* El usuario es siempre anónimo. Pretendidos usuarios "individualizados". - *1793.* Sujeto del uso común; destinatario del mismo. - *1794.* Naturaleza jurídica: "interés simple". - *1795.* Puede ser gratuito u oneroso. - *1796.* Está sometido al poder reglamentario o de policía. - *1797. Los colindantes (frentistas y ribereños) con el dominio público*. Situaciones a contemplar. - *1798.* a) Naturaleza jurídica de su derecho. - *1799.* b) Desafectación de la dependencia dominical y sus consecuencias. - *1800.* c) Daños causados por trabajos públicos. Cambios de nivel. - *1801.* d) Poder de policía sobre las vías públicas: disminuida intensidad del mismo respecto de ciertos poderes de los colindantes.

1791. ¿Qué se entiende por "usos comunes" del dominio público? Son los que pueden realizar todos los hombres por su sola condición de tales, sin más requisito que la observancia de las disposiciones reglamentarias de carácter general dictadas por la autoridad (645) .

Entre tales usos pueden mencionarse los siguientes:

a) En materia de aguas: beber, bañarse y lavar ropa, abrevar ganado, patinar en zonas congeladas, navegar y pescar (646) ; el arrastre de troncos sueltos o maderos aprovechando la fuerza de la corriente de un curso de agua (647) , "y en general todos aquellos que no disminuyen o alteran sensiblemente la cantidad y calidad del agua pública" (648) .

b) El tránsito en las vías y lugares públicos, como así también el estacionamiento momentáneo o accidental en los mismos (649) .

c) La contemplación o admiración de monumentos.

d) Los enterramientos o inhumaciones en fosas u osarios "comunes" (650) .

e) La consulta de un libro en una biblioteca pública (651) .

f) La contemplación de objetos expuestos en museos públicos.

1792. El "uso común" corresponde al uso por el "público", por "todos" los habitantes, por la colectividad; de ahí que en esta clase de usos el usuario, considerado éste como persona, sea "anónimo", "indeterminado", "no individualizado" (652) .

Pero aun 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 de 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, etcétera. Ciertamente, respecto de 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 Guicciardi, 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, y la que resulta de su calidad de propietario lindero con una dependencia del dominio público. Considerada en su primer aspecto, 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" de referencia 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. Prescindiendo de todo lo vinculado a su calidad de propietario de ese inmueble lindero, para los demás efectos se tratará de un usuario "no individualizado". Como bien se dijo, en este supuesto, más que de una relación entre el propietario del inmueble lindero y la dependencia del dominio público, trataríase de la relación entre la propiedad privada y el dominio público (653) . Con referencia concreta al "uso común" no hay, pues, usuarios "individualizados". En el parágrafo siguiente volveré sobre esta cuestión.

Va de suyo que no podrá sostenerse que se convierte en "individualizado" el usuario "no individualizado" o "anónimo" a quien personal o singularmente se agravie en su facultad de ejercitar usos comunes: en este supuesto sólo se tratará de un usuario cuyo respectivo "interés" ha sido lesionado en forma particular (654) .

1793. El sujeto del uso *común* es la colectividad, el pueblo (ver nº 1705), no el individuo; éste realiza y practica tal uso en su calidad de miembro de la colectividad (655) . Esto no se desvirtúa ante la posibilidad de que, respecto del ejercicio del uso común, resulte afectada, no la colectividad, sino la facultad de un individuo en particular, hipótesis que sólo tendría importancia en lo atinente a la existencia o inexistencia de medios de tutela o protección.

El destinatario del uso común de los bienes públicos no es, pues, el "individuo", sino la colectividad, el "público". Y contrariamente a lo que ocurre con el uso *especial* o privativo, donde el público usuario está constituido por un público "específico", representado por los titulares de los respectivos derechos (656) -lo que, ciertamente, permite "individualizar" al usuario-, en materia de uso común el público no es "específico", sino "genérico": la colectividad, lo que excluye toda "individualización".

1794. Respecto a la naturaleza jurídica del uso común que los particulares ejercitan sobre los bienes del dominio público, en el campo doctrinario aparecen varias opiniones; las principales son (657) :

a) La que considera el uso común como ejercicio de un derecho real de los particulares. Prescindiendo aquí de todo lo relacionado con el sujeto del dominio público, la expuesta constituye una teoría hoy totalmente superada. Cualquiera sea el ente -pueblo o Estado- que se reconozca como sujeto del dominio público, la teoría en cuestión no es aceptable, pues, como dice Zanobini, la idea de derecho real correspondiente a los particulares no puede tener alguna jurídica individualidad; sólo podría representar el ejercicio del derecho de propiedad de la persona jurídica a quien pertenece el bien (658) .

b) La que incluye el uso común entre los derechos cívicos, es decir, entre los derechos individuales que tienen por objeto la prestación de utilidad o de servicios de parte del Estado: los bienes públicos representarían el medio con que el Estado provee a una serie de servicios públicos, como la vialidad. El derecho de los particulares a usar las calles, puertos y ríos no difiere del de los mismos a utilizar los servicios de comunicaciones, transporte y todo otro colocado por el Estado a disposición de la colectividad. Zanobini sigue esta opinión (659) . Considero inaceptable esta tesis: el uso común del dominio público no puede asimilarse a la utilización de un servicio público. El que usa del agua de un río para beber o para abrevar su ganado, no utiliza servicio público alguno, pues ahí técnicamente falta toda actividad, acción o prestación de parte del Estado. A veces ocurre que ambas figuras coexisten: por ejemplo en el uso de una calle urbana, donde, aparte de uso de un bien del dominio público, hay utilización del servicio público municipal que mantiene la calle en buen estado. Pero aun así no hay por qué asimilar situaciones esencialmente distintas entre sí.

c) La que considera el uso común como ejercicio de una facultad que forma parte integrante de la esfera de libertad (660) que constitucionalmente les corresponde a los hombres (661) .

[D 2207 F-660]Mayer, tomo 3º, página 193; Guicciardi: "Il Demanio", página 284; Trotabas: "Manuel de droit public et administratif", página 141; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 196-198. Véase, además, Hauriou: "Précis, etc.", página 857; Waline, página 447.

Ciertamente, el uso común, dada su índole, nos pone en presencia de atributos naturales del individuo; de potestades inherentes a la personalidad humana, rasgo que resalta nítidamente si se considera el derecho a beber, a bañarse y a lavar la ropa en aguas públicas. La potestad de ejercitar usos comunes siempre se presupone; por lo tanto, está al margen de una atribución legal (662) . Es un derecho preexistente al Estado; innato en el individuo, a quien le pertenece en su calidad de miembro de la colectividad. Cada uno tiene esa prerrogativa como consecuencia de su condición de hombre (663) .

La *"esfera de libertad"* incluye varias prerrogativas individuales, entre éstas la "libertad individual" propiamente dicha, el derecho a la "vida", etcétera (664) .

Mas lo que antecede se refiere, en realidad, al carácter o índole del uso común. ¿Pero cuál es su naturaleza, considerado como "potestad" o "prerrogativa" jurídica? (665) ¿Constituye un derecho subjetivo, un interés legítimo o un interés simple? He ahí la cuestión.

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 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"* (666) .

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" (667) . 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 y 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 prerrogativa 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) (668) . En nuestro país, la protección de esto último se lograría mediante la alegación de inconstitucionalidad.

En cuanto a la protección del usuario respecto del 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 (669) .

La teoría de Guicciardi la juzgo inaceptable:

1º) Ante todo es de advertir 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.

2º) A mi criterio, Guicciardi parte de un concepto errado: el de considerar 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". A mi modo de ver, 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 (ver números 1787 y 1793). 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 vacuo 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. La protección de que es objeto la colectividad beneficia de hecho a sus componentes, al individuo. Si se prescinde de los individuos que la componen, resulta inconcebible la noción de "colectividad", que entonces semejaría una fruta con cáscara pero sin pulpa: un continente sin contenido. 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.

3º) 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 (véase más adelante, nº 1853). Pero, como ya quedó dicho, 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.

Considero que cuando se ha tratado de establecer cuál es la naturaleza jurídica del uso común que los particulares ejercitan sobre el dominio público, la cuestión no siempre fue planteada en sus términos precisos.

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 caos 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 a 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.

En concreto, el problema que aquí 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 prerrogativa de ejercitar dichos usos fuese desconocida o atacada, sea por el Estado mismo o por otros particulares. Tal es la cuestión a considerar.

Después de todo lo ya dicho, no creo difícil determinar la naturaleza jurídica del uso común. Trátase de una prerrogativa que puede ser ejercida por todos los hombres, por su sola condición de tales -*"civis de populo"*-, sin distinción entre nacionales y extranjeros, y en cuyo ejercicio el usuario permanece siempre anónimo, indeterminado, no individualizado. Esto perfila, sin lugar a dudas, 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 (ver nº 1853). El uso común constituye, pues, un "interés simple": tal es su naturaleza jurídica (670) .

1795. Tal como ya lo expresé al referirme, en general, al uso de los bienes dominicales (nº 1789), el uso *común* puede ser gratuito u oneroso. El Código Civil de Brasil así lo establece en forma expresa en el artículo 68.

Si bien generalmente el uso común es gratuito, puede no serlo (671) . 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 (ver la precedente nota 5).

Como lo recuerda Rolland, hay museos donde no es permitido entrar sino pagando (672) . 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: en relación con 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. Nada de ello afecta a *"principio"* alguno (ver nº 1789).

Pero la onerosidad del uso común debe surgir de un texto *legal*, o hallarse autorizada por éste (ver nº 1789), 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.

1796. El uso común, como toda otra prerrogativa, hállase sometido al poder de policía o poder reglamentario del Estado (673) . La *policía de la cosa* -dice Ranelletti- es el único límite puesto al individuo para el ejercicio de los usos comunes (674) .

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 (675) . Trátase de una manifestación particular o específica del poder de policía general sobre el dominio público.

Según Jèze, 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 (676) .

3º) En medidas tendientes a facilitar que todos usen cómodamente la dependencia dominical, y a impedir que determinadas personas realicen un uso anormal incómodo 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 obstacularizaría la actuación de los bomberos en la extinción de un incendio (677) .

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 prive a otros. Esto es así porque, como bien se dijo, la prerrogativa de ejercitar usos comunes tiene, para todos los individuos, el mismo contenido (678) .

1797. Además de los usuarios anónimos, indeterminados, no individualizados, que en su carácter de simples habitantes ejercitan "usos comunes", existen otros habitantes 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, en relación con estas dependencias, les otorga ciertas prerrogativas de que no disfrutan los usuarios anónimos. Trátase de los llamados *colindantes con dependencias del dominio público* (frentistas y ribereños).

Tales colindantes ejercen en relación con 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; desag□es de aguas servidas; desag□es pluviales de los techos; etcétera.

¿Cuál es la naturaleza jurídica del poder de esos *colindantes* respecto del 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? A continuación me referiré a cada una de estas cuestiones.

1798. a) Mucho se ha escrito acerca de la naturaleza jurídica del poder del colindante con dependencias dominicales para hacer uso de éstas. Sucesivamente fueron expuestas tres teorías.

Una primera teoría asignábale carácter de *servidumbre* sobre el dominio público. Fue sostenida, entre otros, por Proudhon y por Huc (679) . Proudhon estimó equivocados a los autores que sólo veían aquí actos de simple tolerancia: consideró 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 (680) . Pero otros autores rechazaron la idea de que aquí estuviésemos en presencia de una servidumbre (681) .

No comparto la tesis de Proudhon. El elemento de donde este autor hace surgir la servidumbre: *obtención de la línea de edificación*, es inidóneo para ello, pues antes que al otorgamiento de un derecho sobre la dependencia dominical, dicha línea de edificación se vincula al *alineamiento* de las vías públicas urbanas.

Una segunda opinión 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 (682) . "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 sobreentendido 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" (683) . Esta tesis ha sido totalmente abandonada. Aparte de ser arbitraria, pues reposa 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 (684) .

Desechadas las dos concepciones precedentes acerca de la naturaleza jurídica del poder de los colindantes con el dominio público para hacer uso de éste, la doctrina moderna ha expuesto y aceptado una tercera teoría, que comparto en un todo.

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* (685) . Desde luego, tales "poderes" o "facultades" (*aisances de voirie*) de los frentistas y ribereños, son de naturaleza *administrativa* exclusivamente, y no civil (686) .

La verdadera situación jurídica de los propietarios colindantes con dependencias dominicales ha sido claramente expuesta por Jèze, 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 del propietario de inmuebles linderos con la vía pública; los `derechos´ de acceso, de vista, de derramamiento de aguas, etcétera, no son otra cosa que el poder de servirse de la cosa pública conforme a su destino" (687) . Y en una publicación posterior, entendiendo ratificar lo que antecede, dijo el citado maestro: "Las dependencias del dominio público no son otra cosa que el elemento esencial del funcionamiento de un servicio público también esencial. Los ribereños de una calle pública, de la ribera del mar, en lo que respecta al llamado *derecho* de acceso, de vista, de desag□e, etcétera, 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" (688) .

Tal es la naturaleza jurídica del poder de los propietarios colindantes con el dominio 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 del 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 del 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 (689) . 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 -como quedó dicho- no tienen derecho subjetivo alguno, sin perjuicio de la acción de tipo resarcitorio que puedan deducir como consecuencia de su calidad especial de colindantes.

1799. b) Establecido cuál es la naturaleza jurídica del poder de los colindantes con dependencias del dominio público para hacer uso de éstas, corresponde averiguar si, en el supuesto de desafectación de la dependencia dominical, los colindantes tienen o no algún derecho a ser indemnizados por esa circunstancia y, en caso afirmativo, cuál es el fundamento de este derecho.

En los casos de desafectación, 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, etcétera. 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 (690) ; sólo hay disidencias respecto de su fundamento, pues no faltó quienes invocaran 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, según quedó expresado en el parágrafo anterior.

Como bien se ha dicho, para los propietarios colindantes con dependencias dominicales -ya se trate de la colindancia con una calle, con un río, etcétera- "su situación ventajosa forma parte de su patrimonio" (691) . "El frentista hállase en una relación particular respecto de 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" (692) . Refiriéndose a las propiedades linderas con calles, dice Bibiloni: "El precio de adquisición se ha determinado por el hecho de dar sobre la vía pública" (693) . 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*, etcétera, 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. Hay aquí el 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 de 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 (694) .

En otras legislaciones la protección del derecho de los colindantes para el supuesto de desafectación, está regulada en forma distinta de 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 (695) .

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 (696) . Pero la Comisión de Reforma del Código Civil no siguió ese temperamento, criterio que juzgo acertado, pues esta materia no corresponde al derecho privado civil, sino al derecho público administrativo (697) .

1800. c) Si el colindante sufriere un perjuicio en su propiedad, en su patrimonio, con motivo de trabajos públicos, hay uniformidad en doctrina acerca de su derecho a ser indemnizado (698) .

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. El *"fundamento"* de este derecho a ser indemnizado es el mismo que expuse en el parágrafo anterior, respecto del resarcimiento de los perjuicios que se le ocasionen a colindante a raíz de la desafectación de la vía pública (699) .

1801. d) 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 (700) .

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.

Diríase que el derecho de regresar al *domicilio*, para penetrar en él, fuese un corolario de su 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.

CAPÍTULO III - **USO ESPECIAL**

SECCIÓN 1ª - GENERALIDADES

SUMARIO: *1802.* Concepto de uso especial. Distintos supuestos. - *1803.* Sujeto del uso especial; destinatario del mismo. - *1804.* Formas de adquirirlo: permiso, concesión y prescripción. ¿Por qué el uso "especial" requiere una expresa autorización del Estado? - *1805.* "Uso especial" y "servicio público". No deben asimilarse o identificarse. - *1806.* El *régimen jurídico* del dominio público y el *"uso especial"* de los distintos bienes que lo integran. Uniformidad de los principios esenciales, cualquiera sea la índole del bien. - *1807.* Carácter en que actúa el Estado al otorgar o reconocer derechos "especiales" de uso. La inscripción en el Registro de la Propiedad.

1802. 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 prerrogativa 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 (701) .

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 autorizado a personas determinadas y en sitios determinados (702) .

g) La instalación de tiovivos 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" (703) .

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 (704) .

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

1803. ¿Cuál es el sujeto del uso "especial"?

En otro lugar de esta obra sostuve que el sujeto del dominio público es el *"pueblo"* (ver nº 1704), pero agregué que sólo los usos "comunes" integran el contenido del derecho perteneciente al *"pueblo"* como titular de esos bienes (nº 1705). Respecto a los "usos especiales" sostuve que 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 (nº 1705).

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.

1804. 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. De ellos me ocuparé más adelante.

¿Cuál es la razón en cuyo mérito los administrados o particulares, para realizar usos *"especiales"* o *"privativos"* del dominio público, requieren una autorización expresa o un reconocimiento de parte del Estado? En otro lugar de esta obra he dicho que 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 (ver nº 1705).

1805. 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.

En otro lugar de esta obra hice ver la diferencia que existe entre *"dominio público"* y *"servicio público"*, como asimismo que no todo *uso* del dominio público implica un *servicio público* (ver nº 1695, letra a., texto y notas).

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 (véase nº 1802, nota 70).

1806. En otra parte de esta obra he dicho que, si bien las dependencias dominicales, en su estructura física o material, son entre sí heterogéneas o diversas, el régimen jurídico que las 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; etcétera. 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 (ver nº 1757, texto y nota 4).

No es menester, entonces, estudiar separada o aisladamente los *usos especiales* otorgados, sea bajo forma de permiso o de concesión, respecto de 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.

1807. 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 de derecho público, ejercitando sus potestades de *poder público*. Trátase de una función *típicamente* estatal.

Como lo advertí al comienzo de esta parte de la obra (nº 1692), refiriéndose 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 (705) .

En concordancia con lo que expreso acerca del carácter con que, en estos supuestos, actúa el Estado, en el lugar de esta obra ya mencionado (nº 1692) dije que, 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 demás, ya expresé que 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"* (nº 1711). Ello incide en el "régimen jurídico" del dominio público, transmitiéndole su esencia (nº 1757).

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

Cuadra advertir que trátandose de usos especiales o privativos del dominio público -ya fueren adquiridos mediante permiso, concesión o prescripción- los títulos o constancias

referentes a ellos no corresponde inscribirlos en el Registro Público de la Propiedad, porque tales derechos de uso no se refieren a la propiedad privada -a la cual se refiere dicho Registro-, sino al dominio público. Véase el presente volumen, número 1885, nota 47, cuyas constancias son enteramente aplicables a todos los derechos especiales de uso del dominio público otorgados por el Estado.

SECCIÓN 2ª - PERMISO DE USO

SUMARIO: *1808.* Planteamiento del tema. - *1809.* Nota propia del "permiso" de uso: la *"precariedad"*; su origen, significado y trascendencia actual. - *1810.* Permiso de uso y concesión de uso: distinción entre ellos. - *1811.* Estructura del permiso de uso como acto jurídico. - *1812.* Naturaleza del permiso de uso como figura jurídica. - *1813.* Naturaleza jurídica de la atribución o facultad que de un permiso de uso emerge para su titular. - *1814.* El permiso de estacionamiento. Noción de "derecho de estacionamiento": contenido del mismo. - *1815.* Actividad reglada y actividad discrecional de la Administración Pública en el otorgamiento de permisos de uso. - *1815 bis.* El plazo o término de duración en los permisos de uso. El plazo y la *"extinción"* del permiso de uso. - *1815 ter.* Extinción de los permisos de uso. Su fundamento. Requisitos. Las fórmulas "ad nutum" y "ad libitum": su intrascendencia jurídica actual. "Revocación" y "caducidad". El artículo 18 del decreto-ley 19549/72. - *1815 quater.* La falta de indemnización al revocar el permiso de uso. *1815 quinto.* La cláusula "sin perjuicio de terceros" y los permisos de uso. - *1815 sexto.* Permisos distintos a los de "uso" del dominio público. Diferencia entre ellos. Régimen jurídico. - *1815 séptimo.* El acto de extinción del permiso de uso ¿requiere motivación? - *1815 octavo.* Jurisprudencia sobre temas relacionados con los permisos de uso. - *1815 noveno.* Protección jurídica del permisionario. Actos del Estado y de terceros.

1808. El *"uso"* especial de los bienes dominicales, es decir públicos o integrantes del dominio público, puede adquirirse mediante cualquiera de las siguientes figuras ya clásicas al respecto: permiso, concesión y prescripción. Suelen mencionarse otras figuras más, entre ellas la licencia y la autorización. Pero éstas no son las clásicas en la materia, y acerca de ellas se han formulado serias objeciones. La licencia es una figura híbrida, sin contenido y contornos propios.

Pero la forma más simple de otorgar derechos de uso especial sobre dependencias del dominio público, consiste en el *"permiso"* de uso, que en ningún momento debe confundirse con la "concesión" de uso, de la cual difiere esencialmente, máxime en lo que respecta a la naturaleza del derecho que surge de cada uno de esos actos. Los escritores y tribunales no siempre hicieron esa fundamental distinción.

Tuvo razón Otto Mayer -y en gran parte sigue teniéndola- cuando dijo que el "permiso de uso" es un instituto cuyo estudio fue muy descuidado. Está ubicado -dice- entre el *uso común* y la *concesión de uso*, nociones habitualmente mal determinadas e insuficientemente definidas, de suerte que el *permiso de uso* hállase expuesto a confundirse tanto con una como con la otra (706) .

1809. El estudio del régimen jurídico de los *"permisos de uso"* de bienes integrantes del dominio público -que, en definitiva, implican un uso de cosa ajena-, requiere inexcusablemente una referencia al instituto del *"precario"* romano, también referente al

uso de cosa ajena, y que debe considerarse como el antecedente remoto de lo que hoy llamamos *"permiso de uso"* de un bien del dominio público.

El ámbito del *"precario"* fue ampliándose a través del tiempo, excediendo el del derecho privado -donde tuvo origen- para desplazarse en el del derecho público. Los caracteres básicos del *"precario"* persisten hoy en los *"permisos de uso"* de bienes dominicales. De ahí que el precario presente un carácter evolutivo, tanto en lo legal como en lo dogmático. En materia de dominio público su estudio es fundamental.

Sobre una débil y genérica base positiva establecida por el derecho romano en el Digesto, atribuida a Ulpiano (707) , la doctrina utilizó y desarrolló el criterio derivado de esa norma para aplicarlo a situaciones que, quedando latamente comprendidas en ella, presentaban no obstante caracteres disímiles entre sí por el diferente *objeto* o *contenido* de las mismas, ya que, si bien tales situaciones respondían todas a un uso de la cosa ajena, los respectivos usos -como así las características de su ejercicio- diferían en su importancia o trascendencia, sea ésta social o económica; incluso diferían por la existencia o inexistencia de un plazo o término de duración para el ejercicio del respectivo uso, y también podían diferir por la eventual onerosidad o gratuidad del uso en cuestión. Todos esos elementos, datos o valores, fueron considerados por los teóricos posteriores para tener o no por *"precaria"* una situación. De ahí la diferencia racional entre "permiso" de uso y "concesión" de uso, figuras jurídicas que, no obstante su aparente comunidad o similitud de origen (uso de la cosa ajena), requerían un tratamiento distinto. Todo esto fue obra de la dogmática, de la doctrina que, basándose en datos objetivos, señaló las notas racionales que diferenciaban al *"permiso"* de la "concesión", diferencias que permiten un adecuado tratamiento del tema.

Como lo considerado propio del *"permiso"*, aparte de su afinidad con las notas del precario, presentaba una diferencia con las notas propias de la *"concesión"*, se le adjudicaron al "permiso" las notas propias de lo que hoy conocemos como *"precario"*, y que traducían razonablemente la diferencia esencial entre ambas figuras, diferencia concretada en la *estabilidad* del derecho emergente de una concesión y en la *inestabilidad* y *debilidad* de la facultad emergente de un permiso. En suma: derecho perfecto emergente de la concesión; derecho precario (imperfecto) emergente del permiso. Quizá contribuya a la comprensión de esto el hecho de que *"precario"* -que sería el carácter de determinado derecho o situación-, vincula el origen de ese derecho o situación al resultado de "ruegos" (*preces*), tal como expresamente lo establecía el derecho romano en el texto citado y transcripto en la precedente nota 76 (708) : de ahí lo débil y modesto del derecho así obtenido. Trátase de un derecho originariamente signado por la gracia, la piedad y la bondad, rasgos que hoy constituyen la nota típica del *"precario"*, instituto actualmente comprensivo del *"permiso de uso"* de un bien del dominio público. El *"permiso de uso"* es, así, una mera *tolerancia*, concepto éste que hoy subsume las originarias notas de gracia, piedad y bondad que hacían posible el uso de una cosa ajena. "Precario" proviene de "preces" (*"ruegos"*).

Tal es el origen y evolución de la noción de *"precario"*, que expresa o traduce la nota atribuida hoy como propia del *"permiso"* de uso, como inherente al mismo, y extraña en absoluto a la *"concesión"* de uso; aparte de ello, ésta tiene plazo de vigencia y, por principio, es onerosa; a esas notas distintivas debe agregarse la del diferente "objeto" de

ambos institutos. Una cosa es la *"concesión"*; otra muy distinta el *"permiso"*. Hablar de *"concesiones precarias"* constituye una falla conceptual: no existen "concesiones precarias". Como figura jurídica, no existe la "concesión precaria" (709) . Esto hállase corroborado por la diferencia esencial entre permiso y concesión: las notas típicas de aquél difieren de las de ésta. El permiso de uso es precario; la concesión de uso no lo es. Por eso la "concesión" no está expuesta a ser extinguida por la Administración Pública en la forma y con las consecuencias en que puede serlo el "permiso".

Recuérdese que en el derecho romano el que otorgaba el precario podía recobrar la cosa tan pronto como lo deseare (véase la nota 76). En el derecho actual la Administración Pública puede extinguir el permiso de uso cuando lo juzgue pertinente y se invoque para ello una causa justa. La "precariedad" del derecho romano continúa vigente en el derecho público actual, a través de sus notas características: posibilidad de extinguir en cualquier momento el derecho de uso otorgado, sin que ello requiera indemnizar al permisionario.

1810. El *"permiso"* de uso del dominio público, contrariamente a lo que sucede con la *"concesión"* de uso, en la generalidad de los casos se otorga con relación a objetivos de poca significación jurídica-económica-social; es decir, se otorga para menesteres sin mayor trascendencia. Por ejemplo: para que los respectivos comerciantes ocupen las aceras con sillas y mesas para uso de su clientela; para la instalación de casillas de baño y toldos en la playa marítima o fluvial; para extraer con bombas agua de un río para servicio del motor de una fábrica; para que vendedores ambulantes ocupen aceras en calles públicas; etcétera. La actividad que justifica el otorgamiento de un *"permiso"*, generalmente no tiene la suficiente jerarquía social como para justificar el otorgamiento de una *"concesión"*, cuya índole condice con el ejercicio o prestación de relevantes actividades económicas-sociales.

La "concesión" de uso del dominio público debe otorgarse para satisfacer actividades de importancia jurídica-económica-social; verbigracia, para captar aguas públicas destinadas a cultivos agrícolas en base a irrigación; para prestar un servicio público trascendente; para sepultura en cementerios estatales.

El *objeto* o *contenido* de la actividad es, pues, una nota importante para distinguir el permiso de uso de la concesión de uso.

No sería racionalmente concebible que quienes deseen ejercer actividades que, aparte de su trascendencia social, requieran la inversión de capitales elevados, deban hacerlo en base a un *"permiso"* de uso, cuya naturaleza jurídica no ofrece la suficiente estabilidad y seguridad para resguardar la inversión de capitales apreciables y para justificar los esfuerzos personales de hombres visionarios y laboriosos. No se concebiría la riqueza agrícola de Mendoza, San Juan, Salta, Tucumán, etcétera, si los propietarios con derecho de agua para irrigación de sus tierras sólo contasen para ello con *"permisos"* de uso y no con *"concesiones"* de uso. Esos hombres, que convirtieron eriales en vergeles, necesitan inexcusablemente que su labor descanse en actos públicos que les aseguren estabilidad y seguridad.

De la expresada distinción entre "concesión de uso" y "permiso de uso" surge la esencial diferencia en la naturaleza de la prerrogativa que de esas figuras deriva para su titular: *derecho perfecto* (derecho público subjetivo) en la concesión; simple situación *precaria*

(derecho imperfecto) en el permiso. De esa trascendente diferencia en la índole de la atribución o facultad que deriva para el titular del permiso o de la concesión, y como obvia consecuencia del carácter *"precario"* del permiso de uso -en cuyo mérito éste carece de plazo de vigencia-, resulta que el *permiso* de uso puede ser extinguido en cualquier momento por la Administración Pública, cuando ésta invoque para ello una causa justa, una razón atendible; aparte de ello, la extinción válida del permiso de uso no apareja derecho a resarcimiento para el permisionario. Tales consecuencias, respecto al "permiso de uso", surgen de su carácter *"precario"* y son propias de éste. La "concesión" de uso queda al margen del expresado régimen jurídico del permiso, lo cual se explica y justifica por la fundamental razón de que mientras el "permiso" es precario, la "concesión" no lo es. Para su titular, el derecho emergente de una concesión constituye una *"propiedad"*; la facultad emergente de un permiso de uso *no constituye una propiedad* del permisionario.

Adviértase que -como consecuencia de la precariedad- mientras el *"permiso de uso"* se otorga, o debe otorgarse, sin plazo de vigencia, la *"concesión de uso"* se otorga con dicho plazo. Incluso hay concesiones otorgadas a "perpetuidad", como ocurre con muchas concesiones de aguas para irrigación y con muchas concesiones de sepulturas.

La gratuidad o la onerosidad del uso también pueden tener influencia para establecer si en el caso concreto se trata de un permiso o de una concesión. Esta, por principio, es onerosa; el permiso puede o no serlo. Las circunstancias del caso serán decisivas para resolver la cuestión.

En el supuesto de duda acerca de si se trata de un permiso o de una concesión, para resolverla ha de tenerse presente que la existencia de un plazo o término de duración constituye una nota propia, común u ordinaria de la *"concesión"* y no del *"permiso"*. Tal es el principio. Pero la existencia de tal plazo o término de duración no basta, por sí, para tener o calificar a un acto como "concesión" y no como "permiso", si las demás notas o datos a considerar determinan que se trata de un "permiso" y no de una "concesión". Lo que definirá al *"permiso"* de uso y permitirá diferenciarlo de la *"concesión"* de uso, no es el hecho de que en el acto que lo exprese figure un plazo o término de duración, sino la verdadera substancia del acto, su contenido, lo cual resultará de otros elementos a considerar. El "permiso de uso", por su calidad básica de *"precario"*, tiene como carácter fundamental la de carecer de un plazo o término de vigencia temporal que obste a que la Administración Pública, cuando lo juzgue pertinente, disponga su extinción o revocación lícita. El derecho romano no contenía plazo alguno para que quien concedió el precario, recobrase cuando lo deseare el uso de la cosa respectiva (véase la precedente nota 76).

En casos razonablemente dudosos, para distinguir "permiso de uso" de "concesión de uso", puede ser fundamental el "objeto" del acto, la índole de la "actividad" (importancia social-económica) a que el acto se refiera.

1811. El "permiso" de uso, como figura jurídica, es un acto administrativo (acto jurídico de derecho público), sin perjuicio de su esencial carácter precario. Pero aquí cuadra reiterar que si bien el *"precario"* tuvo vigencia originaria en el derecho privado, hoy constituye un instituto que tanto tiene aplicación en derecho privado como en derecho público. En ambos campos sus caracteres son similares, como también lo son sus efectos o consecuencias, salvo texto en contrario.

En tal orden de ideas, y con respecto a su estructura, debe distinguirse el permiso en cuanto a su "formación" y en cuanto a sus "efectos" o "consecuencias".

Respecto a su "formación" es *"bilateral"*. La voluntad del administrado -contrariamente a lo que creyeron algunos escritores- es *esencial* para la existencia o formación del acto que concreta el permiso. Éstos no se otorgan de oficio, prescindiendo de la voluntad del permisionario. Desde luego, esto nada tiene que ver con la "causa" o "motivo" del permiso: sólo se refiere a su *"estructura"* (710) . Por lo demás, téngase presente que "causa" o "motivo" del acto es distinto a "estructura" del acto; esta última se relaciona con la "voluntad" (que, desde luego, difiere de la *"causa"*).

En cuanto a sus "efectos" o "consecuencias", si bien generalmente el acto es *unilateral*, en el sentido de que el permiso, aparte de su precariedad, sólo le otorga un derecho al *permisionario* (derecho de uso), puede ocurrir que a su vez el permisionario deba abonarle al Estado un canon por el uso que éste le otorgó, en cuyo supuesto el permiso también sería *bilateral* en sus efectos o consecuencias, porque el Estado tendría un derecho al cobro del expresado canon. La bilateralidad se concretaría, entonces, en la reciprocidad de *obligaciones* (esto último, sin perjuicio de que el permiso de uso es sólo una "tolerancia"): del Estado hacia el administrado permitiéndole realizar el uso pertinente; del permisionario hacia el Estado abonándole el respectivo canon (711) .

1812. Si bien trátase de un acto jurídico *bilateral*, signado por lo precario de la atribución que de él emana, no se trataría de un contrato (712) : lo impide una inidoneidad substancial originaria, por cuanto el *"permiso"* sólo constituye una "tolerancia" (ancestralmente un acto de gracia, de piedad o de bondad), situación no precisamente compatible con la idea de contrato (713) .

La "precariedad" propiamente tal, la de origen romano, no condice con la idea de contrato. No obstante, el Código Civil en su artículo 2285 , refiriéndose al *"contrato"* de comodato, establece que si el préstamo fuese *precario*, etcétera, lo que haría pensar en un contrato precario, pero no es así. Al respecto debe tenerse presente, como lo hace notar Raymundo M. Salvat, que la *"precariedad"* a que se refiere el texto citado no debe ser confundida con el *precario* del derecho romano, y que esa palabra fue empleada solamente para significar que el *contrato* no tiene un plazo determinado de duración ("Tratado de Derecho Civil Argentino", Contratos, tomo 2º, nº 2554, página 492, Buenos Aires, 1946). Reitero, pues, que la *"precariedad"* propiamente dicha, la del derecho romano, no armoniza con la idea contractual.

Si bien eventualmente el permiso puede ser oneroso, verbigracia, cuando el permisionario deba abonarle un canon al Estado, esto no altera la naturaleza del permiso, atribuyéndole carácter contractual, pues en contra de dicha posibilidad están los antecedentes y demás caracteres del permiso. Aparte de ello, y no obstante la existencia del expresado canon, el permiso no pasa de ser un *acto jurídico bilateral* de derecho público; un acto administrativo que, además de sus elementos esenciales, en este caso contiene también un elemento eventual, accesorio o accidental: el *"modo"*, que involucra al canon. De manera que siempre se estaría dentro del ámbito del *acto jurídico*, sin entrar en la esfera contractual, criterio que se robustece ante lo dispuesto por el decreto-ley 19549/72, sobre procedimiento administrativo nacional, cuyo artículo 7º, inciso f., establece que los *"permisos"*

administrativos se regirán por sus leyes especiales las que, lógicamente, han de responder a los caracteres que la doctrina les asigne a dichos actos.

1813. El *"permiso de uso"* constituye básicamente una *"tolerancia"* de la Administración Pública (714) . Ella es el fundamento de la *"precariedad"* propia de tal permiso (715) .

Esa *"tolerancia"* pone de relieve el carácter de la atribución emergente para el permisionario, atribución que, dado su origen, se manifiesta y concreta en lo modesto o débil de la misma, pues no constituye para el permisionario un derecho subjetivo, ni una *"propiedad"*, en el sentido constitucional-legal del término.

Hay unanimidad en reconocer el carácter *"precario"* del permiso de uso, como así en aceptar la posibilidad de su revocación (extinción), en cualquier momento, sin derecho a resarcimiento en favor del titular del permiso. El precario primigenio del derecho romano sigue proyectándose en el derecho actual. De ahí que la facultad o atribución, emergente del permiso de uso, no constituya un derecho subjetivo o un derecho perfecto del permisionario. Las notas expuestas como propias del permiso de uso alejan la posibilidad de un derecho subjetivo, de un derecho perfecto (716) . Por otra parte, de acuerdo con una fundamental declaración de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, resulta obvio que la atribución o facultad emergente de un permiso de uso no constituye una *"propiedad"* del permisionario; dijo el Tribunal: "Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), *a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce*, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad" (717) . Va de suyo que el permisionario "no dispone de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce", ya que carece de recursos contra la revocación válida que llegue a disponer la Administración privándolo de continuar haciendo uso del permiso. Con todo acierto, y en sentido corroborante, Otto Mayer pudo decir que el "permiso de uso" no puede ser objeto de un acto de disposición; que no se le puede enajenar; que no figura en la sucesión del permisionario (718) . Excepcionalmente, si el permiso de uso no fuere otorgado "intuitu personae", es decir sin consideración de la persona que lo solicite, o sea, teniendo sólo en cuenta la *"empresa"* para la cual se lo requiere, el carácter "incesible" del permiso no tiene rigurosa aplicación (719) . En tales casos, dice Mayer, la transferencia del permiso tiene efectos para la *"persona incerta"* que suceda al permisionario como titular de la empresa (720) .

De manera que la atribución o facultad que el "permiso de uso" le confiere a su titular, es simplemente *"precaria"*, con sus consecuencias correlativas.

En sentido concordante al expresado precedentemente se pronunciaron destacados juristas. Entre éstos, Mayer, para quien el permiso sólo confiere una "facultad puramente de hecho", "no crea un derecho subjetivo" y cuyo verdadero alcance jurídico consiste en una "ampliación parcial de la libertad" (721) ; Carlos García Oviedo, quien estima que el permiso sólo cristaliza en el ejercicio de una "mera actividad de hecho" (722) ; Benjamín Villegas Basavilbaso, para quien el permiso no crea ni transfiere derecho alguno (723) . Por cierto, hay quienes piensan en sentido contrario, pero sus manifestaciones no conmueven las razonables afirmaciones de los tratadistas cuyas opiniones dejo expuestas, ni acompañan

argumentos que permitan incluir la atribución emergente de un permiso de uso en el concepto de "derecho subjetivo".

La diferencia entre la naturaleza jurídica de la atribución o facultad que el *"permiso de uso"* le otorga al permisionario, y la de la prerrogativa que la *"concesión de uso"* le confiere al concesionario, es categórica: del "permiso de uso", siendo éste un acto "precario", su titular no adquiere derecho alguno; su situación -como en el derecho romano originario- se concreta en una mera *"tolerancia"* por parte de la Administración Pública, susceptible de ser revocada o extinguida en cualquier momento por ésta, sin derecho del permisionario a indemnización alguna. En cambio, de la *"concesión de uso"* emerge para su titular un derecho perfecto, un derecho subjetivo.

Reitero. Todo lo expuesto es de *"principio"* y, tratándose del permiso de uso, surge como obvia consecuencia de su carácter precario. Ya el derecho romano, al referirse al *"precario"* mencionaba o aludía a los expresados caracteres o a algunos de ellos. Muchos de éstos hoy aparecen reiterados en textos legales actuales (724) y en fallos judiciales.

1814. Suele diferenciarse el "permiso de uso" del "permiso de estacionamiento": en el primero el uso es más *"intenso"* que en el segundo, ya que puede implicar la construcción de obras fijas en la dependencia del dominio público. Es lo que se ha dado en llamar ocupación *"con o sin obras"* o *"con o sin empresa"*. El permiso otorgado al propietario de una confitería para ocupar la acera con mesas y sillas para uso de su clientela, es un permiso que no requiere la construcción de obras fijas en la dependencia dominical; trátase de una ocupación de las llamadas "sin obra" o "sin empresa", según la terminología que al efecto se emplea.

En la doctrina francesa es común tal diferenciación, de la que se hacen derivar algunas consecuencias prácticas: diferente autoridad administrativa con competencia para otorgar el permiso, según cuál sea la índole del mismo; carácter inmobiliario o meramente mobiliario de las respectivas instalaciones, según que éstas sean o no "fijas", traduzcan o no "empresa" sobre la dependencia pública (725) . En dicho país, a esas utilizaciones "especiales" *sin* obras fijas se las denomina*"permis de stationnement"*; en caso contrario "permission de voirie" (726) .

Indiscutiblemente, en el hecho existe esa diferencia en las utilizaciones, pero jurídicamente ello no tiene trascendencia (727) . El *"estacionamiento privativo"*, temporario, no es sino una forma de "uso" *especial* que generalmente hállase regida por el "permiso", contrariamente al estacionamiento momentáneo que es un corolario del uso *"común"*. En otras palabras: el "permiso de uso" y el "permiso de estacionamiento" tienen idéntica substancia jurídica; no son otra cosa que un "uso especial" regido por la figura del *"permiso"*. Las distintas modalidades o particularidades que puedan aparejar las formas de *ocupación* de las dependencias públicas, no alteran la esencia del instituto, ni influyen en él.

La noción de *"derecho de estacionamiento"* no siempre fue unívoca. Sin perjuicio de las diferencias *"cuantitativas"*, expresadas en una mayor o menor "permanencia" (estacionamiento temporario o momentáneo, respectivamente) que, según quedó expuesto, determinan su encuadramiento en el uso "común" o en el uso "especial", en ciertos países,

como Francia, esa cuestión fue muy debatida. Durante largo tiempo la jurisprudencia judicial consideró que los usuarios de las vías públicas sólo tenían un derecho a *"circular"*, a transitar, y que todo detenimiento, aunque momentáneo, implicaba un hecho ilícito, una "obstrucción". Sólo admitíase un derecho de estacionamiento a favor de los propietarios frentistas junto a sus casas, del que el propietario frentista podía hacer partícipes a terceros. Posteriormente la jurisprudencia admitió la idea de un derecho de estacionamiento no sólo a favor del frentista, sino en beneficio de *todo usuario*, sea como corolario de la circulación -ya que nadie podía ser obligado a un movimiento constante-, sea como consecuencia del derecho de todo individuo, y no sólo de los frentistas, de llegar hasta los inmuebles linderos por la vía pública. Pero el *derecho de estacionamiento* cesa, como tal, cuando el usuario pretende realizarlo en condiciones que nada tienen que ver con el destino de la vía pública; por ejemplo, cuando alguien pretende instalar su casa rodante por varios días en una plaza o lugar público; del mismo modo, aun el estacionamiento vinculado a la circulación, cuando excede de una duración normal o razonable, puede ser sometido a reglas o requisitos especiales (728) .

1815. El otorgamiento de los permisos generalmente, no siempre, constituye el ejercicio de una actividad discrecional por parte de la Administración Pública. Posiblemente influya en esto la materia a que se refiere el permiso. En cambio, el otorgamiento de una *"concesión"* de uso generalmente implica el ejercicio de una actividad reglada por parte de la Administración Pública. Quizá también influya en esto lo trascendente del objeto a que habitualmente se refiere una concesión.

Corresponde advertir que la *"discrecionalidad"* con que la Administración Pública haya otorgado un permiso de uso, para nada influye en la naturaleza o índole de la facultad o atribución que de ello derive para el permisionario. La índole "precaria" o "perfecta" de un derecho o atribución depende exclusivamente del objeto de que se trate, de su substancia, y en modo alguno del carácter discrecional o reglado de la respectiva actividad ejercida por la Administración Pública.

Con referencia al otorgamiento de *"permisos de uso"* de bienes dominicales, el carácter *"precario"* de la respectiva atribución o facultad deriva precisamente de que se trata del mencionado *"permiso de uso"* y no de que la actividad administrativa que lo otorgó haya sido "discrecional". Históricamente, temporalmente, el carácter "precario" del permiso de uso es anterior a la distinción de la actividad administrativa en discrecional y reglada. La facultad o atribución derivada del permiso de uso conservaría su "precariedad" aunque hubiere sido otorgada mediante un acto emitido en ejercicio de la actividad "reglada" o "vinculada".

Si bien nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, siempre negó el carácter "perfecto" de un derecho cuando el acto que lo creó fue emitido por la Administración Pública en ejercicio de su actividad discrecional, esa posición hoy es insostenible, por cuanto el decreto-ley 19549/72, sobre procedimiento administrativo nacional, artículos 17 y 18, no hace diferencia alguna entre acto emitido en ejercicio de la actividad reglada o de la actividad discrecional de la Administración Pública. El Derecho Administrativo actual suprime la diferencia en la naturaleza del derecho o atribución emergente de un acto administrativo, según que éste proceda de la actividad reglada o de la discrecional.

1815 bis. Los *permisos de uso*, por principio, deben otorgarse sin plazo expreso de duración, porque tal "plazo" no es propio del permiso, sino de la concesión. Más aún: el plazo de vigencia bien puede considerarse como la nota distintiva y propia del régimen jurídico de ambas figuras.

Los permisos deben otorgarse sin referencia a plazo o término de vigencia. Tal es el buen principio, concordante con el carácter *"precario"* del permiso; pero ese buen principio suele olvidarse a raíz de una mala práctica seguida a veces por la Administración Pública. No condice la *"precariedad"* inherente al permiso con la fijación de un plazo para su vigencia temporal (729) .

Si en un *permiso de uso* se estableciere un plazo de vigencia del mismo, tal plazo aparecería en oposición con el carácter "precario" inherente a dicho permiso y en cuyo mérito el permiso puede ser extinguido en cualquier momento por la Administración Pública. Habría ahí un choque de conceptos contrapuestos. Recuérdese que el derecho romano originario no establecía plazo de vigencia para el uso de la cosa ajena consentido por el titular de ésta, por lo que dicho titular podía darle fin al préstamo cuando él lo deseare.

Si bien, por principio y como inherente a su régimen jurídico y a su carácter precario, tales permisos deben otorgarse sin plazo o término de duración, aun en el supuesto de que se los hubiere otorgado con plazo o término, podrán ser igualmente extinguidos en cualquier momento, incluso *durante la vigencia de dicho plazo o término*, y sin indemnización alguna al permisionario.

Establecer un plazo o término de duración tratándose de un *"permiso"* de uso de un bien dominical, carece de sentido: sería innocuo, porque tal plazo o término no altera el carácter precario de éste, ni las consecuencias pertinentes.

Otorgar un *"permiso"* de uso por un plazo o término de duración no es procedente. Ello apareja una obvia oposición o contradicción entre "precariedad" -propia del permiso- y la existencia de ese plazo o término de duración que, siendo propio de la concesión, está excluido de la "precariedad". Un mismo acto hallaríase simultáneamente supeditado a consecuencias contradictorias o disímiles entre sí, situación que, aparte de ser contraria a la teoría jurídica, aleja toda "certeza", elemento indispensable de la seguridad jurídica. Sin duda, habría en esto un choque de conceptos contrapuestos.

Racionalmente, la consecuencia que derivaría de que un "permiso" de uso fuese otorgado por un determinado plazo o término de duración, consistiría en que, sin perjuicio de la posibilidad de extinguírselo en cualquier momento, su vigencia máxima sería la fijada en el plazo o término de referencia. A través de ese plazo, el permisionario estaría advertido "ab initio" de que el permiso que se le otorgó tiene un plazo máximo de duración. Pero la existencia de ese plazo no impediría la extinción del permiso, incluso estando vigente el referido plazo; de lo contrario se le estaría adjudicando el permiso de uso un rasgo o nota típico de la concesión de uso, lo que sería impropio.

Al vencimiento del plazo o término de duración, al permisionario le quedaría la posibilidad de obtener un nuevo permiso o la renovación del vencido.

1815 ter. ¿Qué justifica jurídicamente que la extinción (revocación) de los permisos de uso de bienes integrantes del dominio público pueda disponerse en cualquier momento y sin obligación de indemnizar al permisionario? ¿Cuál es el fundamento de esa posibilidad?

Aunque el *permiso de uso* de dichos bienes se otorgue para menesteres sin mayor trascendencia económico-social, y por más que la facultad o atribución que de él emerja para el permisionario no constituya un derecho perfecto, sino una atribución meramente *"precaria"*, a cuya esencia corresponde la posibilidad de su revocación por la Administración Pública en cualquier momento y sin derecho del permisionario a una indemnización -posibilidades esas que no ocurren con respecto a la *"concesión"* de uso-, a pesar de todo ello la extinción o revocación del permiso de uso requiere la observancia de las reglas mínimas de juridicidad propias de un Estado de Derecho. De ahí que el *"permiso"* no pueda ser extinguido arbitrariamente, ni en forma potestativa, o en forma intempestiva. La validez del acto de extinción debe basarse principalmente en consideraciones objetivas.

La *"razonabilidad"* -garantía constitucional innominada- hoy es regla básica de toda solución en derecho. Tribunales y escritores, tanto foráneos como vernáculos, pusieron límites racionales a la extinción de los *"permisos"* de uso. En este orden de ideas, quedan excluidas las decisiones arbitrarias o meramente potestativas (730) .

Partiendo de su obvio carácter *"precario"*, y como inherente a dicho carácter, antaño se justificaba la extinción del permiso de uso sosteniendo que, como consecuencia de su precariedad, tales permisos eran revocables *"ad nutum"* o *"ad libitum"* (731) . La invocación de estas expresiones o fórmulas concebidas por la doctrina era tenida antaño como suficiente para revocar o extinguir los permisos de uso. Pero en la actualidad esas expresiones o fórmulas -dado su significado- son insuficientes o ineficaces para justificar la expresada extinción (revocación) válida de los permisos de uso. Hoy se requiere que tal revocación responda a algo más que a la mera expresión de voluntad de la Administración Pública: se requiere que esa voluntad responda a una razón plausible, y no al mero arbitrio o a la mera potestad imperativa de la Administración Pública, como resultaría de la aplicación de las fórmula mencionadas (732) .

Concurriendo en el caso concreto una razón aceptable para la revocación del permiso de uso, bastará con invocar dicha razón para que la extinción del permiso sea válida. La básica *"precariedad"* del mismo consiente tal procedimiento. Desde luego, la razón válida alegada deberá ser probada o acreditada si las circunstancias así lo requirieren.

El originario carácter *"precario"* del permiso de uso es decisivo en lo atinente a su extinción o revocación válida. Para lograr y justificar esto hoy no basta ni es menester invocar o recordar las expresiones o fórmulas "ad nutum" o "ad libitum" de antaño, cuyo contenido hoy es insuficiente para ello. Para dichos fines, esas fórmulas, por su significado, actualmente resultan inaceptables: racionalmente carecen de imperio, no tienen poder de convicción. Ya cumplieron su misión en la historia y aplicación del derecho. Están conceptualmente caducas. Lo arbitrario o potestativo -que ellas entrañan- está reemplazado por la razonabilidad, por la juridicidad, por la idea de justicia. El buen sentido sustituyó al arbitrario y potestativo contenido de las fórmulas de referencia.

Esas viejas expresiones latinas, revocación "ad nutum" y revocación "ad libitum" -hoy castellanizadas e incorporadas con su habitual grafía al diccionario oficial de la lengua española-, expresiones que generalmente fueron invocadas como suficiente argumento o fundamento de la extinción (revocación) del "permiso de uso", han perdido el valor y fuerza de antaño: su aplicación hoy hállase limitada por la sensatez que el derecho público contemporáneo requiere como substrato inexcusable de la validez de sus actos.

Sería insensato pretender la validez del acto de extinción de un *"permiso"* de uso invocando para ello la mera voluntad de la Administración Pública ("ad nutum" o "ad libitum") como ocurrió antaño. Tal validez requiere un *"mínimo"* de justicia, una *"razón de ser"* aceptable. Adviértase que incluso la *"discrecionalidad" encuentra límites racionales en su ejercicio*.

Correlativamente, para que la Administración Pública extinga o revoque un *"permiso de uso"* de bienes dominicales tampoco es necesario que se invoque el artículo 18 del decreto-ley 19549/72 sobre procedimiento administrativo de la Nación, que autoriza a la Administración Pública para revocar el acto administrativo que se hubiere otorgado expresa y válidamente a título *precario*. Este precepto corresponderá invocarlo para extinguir actos administrativos distintos a los del *"permiso de uso"* de bienes integrantes del dominio público. La extinción de estos permisos queda plenamente justificada por su obvio carácter *"precario"*, reconocido por el orden jurídico de la generalidad de los países de tradición romanista. Para justificar jurídicamente la extinción de los permisos de uso bastará, pues, con invocar su precariedad y la causa o motivo que concurra en el caso concreto. En cambio, el expresado artículo 18 del decreto-ley 19549/72 corresponderá invocarlo para justificar la extinción (revocación) de actos donde la *"precariedad"* no esté consubstanciada con ellos.

Cuadra advertir que si bien, por principio general, la extinción del permiso de uso se producirá por "revocación" del acto que lo otorgó, nada impide que tal extinción se opere por otra vía, verbigracia *"caducidad"*, cuya procedencia y consecuencia difieren fundamentalmente de las de la "revocación".

1815 quater. Cuando la Administración Pública revoca o extingue el permiso de uso es de principio que dicha revocación no apareja, para el titular del permiso, derecho alguno a ser indemnizado por ello. ¿A qué responde dicho criterio? Dos razones lo justifican:

1º) En su origen, como resultado de *"ruegos"* (ver el texto del Digesto transcripto en la nota 76), el permiso de uso de cosa ajena respondió a un acto de piedad, de gracia o de bondad, caracteres éstos que con el tiempo transformaron a dichos permisos en un acto de *"tolerancia"* por parte del Estado. La actual *"tolerancia"* subsume y engloba a la antigua piedad, a la gracia y a la bondad, cuya esencia aún influye en aquélla. Tal característica del permiso de uso excluye la idea de que el permisionario tenga *derecho* alguno oponible al Estado. Subsiste la idea de que el permiso de uso es sólo una *"tolerancia"* que, por cierto, el permisionario no puede monetizar en el supuesto de que el permiso sea válidamente extinguido. De ahí que en tal caso el titular del permiso no pueda pretender indemnización alguna.

2º) En que, para el permisionario, la facultad o atribución emergente del permiso no constituye un derecho subjetivo, ni una *"propiedad"* en el sentido constitucional-legal. Si

no existe de por medio un derecho subjetivo, ni una "propiedad" en el sentido constitucional-legal, va de suyo que no cuadra indemnizar lo que no existe.

1815 quinto. El viejo *principio universal de derecho*, de acuerdo con el cual los actos jurídicos no deben perjudicar a terceros -*alterum non laedere*-, tiene virtual aplicación en materia de permisos de uso de dependencias dominicales (733) .

Los *"permisos"* de uso también han de entenderse otorgados "sin perjuicio de terceros". Aunque esta cláusula no aparezca mencionada en el acto de otorgamiento del permiso, ha de reputársela tácitamente en vigor. Así también lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un antiguo y divulgado pronunciamiento (734) .

En dicho fallo, a raíz del grave peligro que implicaba para la salud pública la actividad de los saladeros situados en el Riachuelo de Barracas, y ante la pretensión de dichos saladeristas de que el "permiso" de que disponían los autorizaba a ejercer sus actividades, el tribunal dijo: "Que los saladeristas de Barracas no pueden por consiguiente invocar ese permiso para alegar derechos adquiridos, no sólo porque él se les concedió bajo la *condición implícita* de no ser nocivo a los intereses generales de la comunidad, sino porque ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o de una industria".

En materia de *"concesiones"* de uso, especialmente respecto de las de uso de agua pública para irrigación, la existencia de la cláusula *"sin perjuicio de terceros"* suele tener base legal *expresa*. No ocurre lo mismo con los *permisos*, pero ello no porque a su respecto esa cláusula carezca de aplicación, sino porque el régimen orgánico de los permisos ha sido muy descuidado y poco elaborado. Sin embargo, en oportunidades se la tuvo especialmente en cuenta en materia de *"permisos"* de uso. En ese orden de ideas, los redactores del Proyecto de Código de Aguas para Mendoza incluimos la siguiente disposición: "Si perjudica a alguna utilización anterior, el permiso no será otorgado" (artículo 15) (735) .

El *alcance* de la cláusula de referencia fluye de su propia enunciación, y en los casos concretos ha de fijársele en concordancia con los principios generales del derecho y con las particularidades de la hipótesis contemplada. En materia de *concesiones* de uso de agua pública para irrigación, me he ocupado especialmente de todo lo relacionado con dicha cláusula, cuyas conclusiones, en lo pertinente, son también de aplicación en materia de *"permisos"* (736) .

1815 sexto. Aparte de los *permisos de uso* de bienes integrantes del dominio público, existe otro tipo de permisos, con los que aquéllos difieren en lo que respecta a su objeto o a la índole de la actividad a que se refieren. De ahí resulta que la naturaleza de esas dos especies de permisos difiera substancialmente.

En efecto, además de los permisos de uso, la Administración Pública expide otros tipos de permisos; por ejemplo: para portar armas; para expender bebidas alcohólicas; para actuar como vendedor ambulante; etcétera.

Es distinta la naturaleza del permiso de uso que la de los permisos para portar armas, para expender bebidas alcohólicas, para actuar como vendedor ambulante, etcétera. Estos últimos implican la simple remoción de un obstáculo legal para el ejercicio de un derecho o poder *preexistente* (737) , en tanto que el permiso de uso le confiere al permisionario una *nueva* facultad o atribución consistente en el uso que se le otorga. El acto administrativo que otorga un *permiso de uso* es de efectos creativos o innovativos, en tanto que el permiso para portar armas, para expender bebidas alcohólicas, para actuar como vendedor ambulante es simplemente declarativo, pues no otorga algo nuevo: sólo autoriza el ejercicio de una atribución o derecho que ya preexistía en la esfera jurídica del que ahora obtiene el permiso.

La diferencia originaria en el objeto o en la actividad a que se refieren esos dos tipos de permisos, justifica que en el régimen jurídico de ambos existan marcadas diferencias conceptuales, que a su vez requieren el adecuado tratamiento.

1815 séptimo. A pesar de lo *precario* de esos permisos, y dada la habitual discrecionalidad para su otorgamiento, su extinción requiere ser motivada, es decir, que el acto que dispone la extinción del permiso debe expresar los motivos en cuyo mérito se extingue el permiso. Es de principio que los actos que extingan o revoquen una decisión deben ser motivados, es decir, deben expresar la razón que existe para tal extinción. Así se excluye lo arbitrario o lo potestativo, poniendo de manifiesto la razonabilidad o la juridicidad del acto de extinción.

La conveniencia de la expresada motivación del acto que extinga un permiso de uso, se justifica aún más si se advierte que las fórmulas que antaño se invocaron para fundamentar la extinción de los mismos -"ad nutum" o "ad libitum"- tenían un obvio trasfondo arbitrario o potestativo. La motivación -alejándose de aquellas fórmulas- pondría de manifiesto la existencia de la *"razonabilidad"* actualmente exigida como substrato inexcusable del acto de extinción. Carece de validez la extinción arbitraria o potestativa.

1815 octavo. La jurisprudencia sobre estos temas no es abundante; pero hay algunas decisiones que deben tenerse presentes:

a) La Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó constancia de que en estos casos la cláusula "sin perjuicio de terceros" tiene vigencia implícita (Fallos, tomo 31, página 273 y siguientes).

b) La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró que no hay *"concesiones"* precarias. Dijo que cuando las concesiones revisten carácter de precariedad se equiparan en sus efectos y duración a los permisos de uso especial (Fallos, tomo 165, página 400 y siguientes, especialmente página 413).

e) Igualmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró que el permiso de uso puede ser revocado en cualquier momento, a pesar de las disposiciones que haya tomado el permisionario para su mejor aprovechamiento. La revocación tiene lugar sin derecho alguno a indemnización en favor del interesado (Fallos, tomo y página citados en el apartado precedente).

d) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 29 de diciembre de 1988, *in re* "Josefina Fernández Cancio de Gamarra y otros c/ Administración Nacional de Parques y otro" (Fallos, tomo 311, página 2842 y siguientes). En este importante juicio que, por las razones especialísimas del mismo, fue acertadamente resuelto, el alto Tribunal, después de aceptar que la situación legal de los actores es la de titulares de un *permiso precario de uso*, agregó: "por lo que, al ser de la esencia de tales permisos la revocación *ad nutum* y dado que frente al Estado aquéllos sólo tienen derecho a la tolerancia de ese uso, el reclamo de la Administración de Parques Nacionales es procedente" (considerando 9º). Esta manifestación de la Corte Suprema no se justifica: contradice abiertamente la posición del derecho público contemporáneo que desestima a las viejas fórmulas latinas "ad nutum" y "ad libitum" como criterios hábiles para la extinción de los permisos de uso de bienes del dominio público.

e) La Sala IV de la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo, en sentencia suscripta por los doctores Pedro Alfredo Miguens, Julio E. Cabral y Guillermo Pablo Galli, considerando que la *extinción* del acto que otorgó el permiso no fue *arbitraria* ni *irrazonable*, rechazó la acción de nulidad contra el acto que extinguió el permiso (causa nº 3491, del 27 de octubre de 1983, *in re* "Hierrezuelo, Ricardo y otro c/ Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales s/ nulidad de resolución y reintegro del local").

1815 noveno. Como consecuencia de la naturaleza jurídica del permiso de uso y de la atribución o facultad que de él emerge para el titular del mismo, la Administración Pública puede extinguir el permiso, privándole al permisionario de la posibilidad de ejercerlo en lo sucesivo. Tal extinción, cuando se la efectúa respetando las exigencias de la juridicidad, no le da acción alguna al permisionario para impugnar el acto administrativo de extinción. Así también lo ha declarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación (tomo 165, página 413).

No obstante, si la extinción del permiso obedeciere a una medida administrativa contraria a derecho, verbigracia, si fuere arbitraria, o meramente potestativa o intempestiva, tal medida podría ser impugnada por el recurso jerárquico en lo administrativo y por la acción contencioso-administrativa de nulidad en lo jurisdiccional judicial.

Un sector de la doctrina estima que en tanto el permiso esté en vigencia, el permisionario tendría acción de daños y perjuicios contra el Estado por los menoscabos que éste le causare, siempre que tales daños y perjuicios no se produjeren como consecuencia de trabajos efectuados en interés de la respectiva dependencia del dominio público (738) .

Respecto de *"terceros"*, en general, el permisionario tiene recursos ante la propia Administración, a fin de que ésta lo ampare mediante el ejercicio de su poder de policía sobre el dominio público.

Asimismo, puede demandar a *terceros* por daños y perjuicios, ante los tribunales ordinarios. Este sería un corolario del derecho que tiene toda persona para exigir una reparación de quienes le causen un daño injusto (Código Civil, artículo 1109).

Finalmente, se sugiere que el permisionario puede también deducir acciones de tipo posesorio contra terceros, porque respecto de éstos -dicen- no rige la "precariedad"

característica del permiso. Debiendo entenderse por *"terceros"* no sólo a los demás administrados o personas particulares, sino también a cualquier entidad pública ajena a la custodia directa de la respectiva dependencia del dominio público (739) o extraña al otorgamiento del permiso (740) .

No deben asombrar las precedentes soluciones que admiten el ejercicio de determinadas acciones por parte del permisionario de uso, pues no es posible equiparar la situación del permisionario de uso a la del *usuario sin título legal alguno*. Este, al carecer de *"título"*, no puede ejercer acción alguna en defensa de algo que jurídicamente no tiene. En cambio, el permisionario de uso, si bien a título "precario" y en calidad de "tolerancia", ejerce su actividad con la conformidad del Estado, que es a quien le compete otorgar esos permisos. Hay una clara distinción entre el "status" del permisionario de uso y el del usuario sin título legal alguno. Esto justifica un tratamiento legal diferente.

SECCIÓN 3ª - CONCESIÓN DE USO

SUMARIO: *1816*. Noción conceptual. Supuestos y ámbito de aplicación; inaplicabilidad respecto a los bienes privados del Estado. - *1817*. "Concesión" de uso y "permiso" de uso. Diferencias entre ellos. Criterios de distinción. - *1818*. Interpretación de las concesiones. Reglas fundamentales. - *1819*. No constituye el único medio de otorgar derechos especiales de uso. El artículo 2642 del Código Civil. - *1820*. Su otorgamiento ¿es obligatorio o discrecional? - *1821*. Vinculación entre concesión de *"uso"* y concesiones de *"servicio público"* y de *"obra pública"*: *fondo jurídico común y uniformidad de principios substanciales.* - *1822*. Naturaleza jurídica de la concesión de uso. El acto administrativo y el negocio jurídico. - *1823*. *Continuación*. La concesión de uso no es *"precaria"*. Lo atinente a su carácter "revocable", "temporario" y "rescatable". Crítica. - *1824*. *Continuación*. La concesión de uso no es traslativa de dominio. - *1825*. *Continuación.* La concesión de uso se otorga en el interés particular o privado del concesionario. - *1826*. Naturaleza y caracteres del derecho emergente de una concesión de uso. Derecho *"subjetivo"*; "público" y "real administrativo". Lo atinente al traslado de cementerios y el carácter *real* del derecho de los concesionarios de sepultura. - *1827*. Naturaleza y condición legal de las obras o instalaciones realizadas por el concesionario en la dependencia dominical, para el ejercicio de su derecho de uso. Consecuencias de ello. Sepulcros; obras de captación o aprovechamiento de agua; etcétera. - *1828*. Duración de las concesiones. Sistemas: temporariedad y perpetuidad. - *1828 bis*. Situación de los titulares de concesiones temporarias de uso especial o privativo al vencimiento de las mismas. Remisión - *1829*. Gratuidad y onerosidad de la concesión. El canon. - *1830*. La cláusula *"sin perjuicio de terceros"* en las concesiones de uso. Concepto, antecedentes, contenido y efectos. - *1831*. *Extinción de las concesiones*. Causales. Cuestiones a considerar. - *1832*. a) Nulidad. - *1833*. b) Vencimiento del término. - *1834*. c) Caducidad. Noción conceptual. Diferencias con la nulidad y la revocación. Naturaleza y caracteres. Procedencia de la misma. Lo atinente a la muerte y la quiebra del concesionario. - *1835*. *Continuación*. Caducidad. Fundamento jurídico. - *1836*. *Continuación*. Caducidad. Autoridad competente para declararla. - *1837*. *Continuación*. Caducidad. Efectos o consecuencias. - *1838.* d) Revocación. Noción conceptual. Naturaleza jurídica. Procedencia de la misma. - *1839*. *Continuación*. Revocación. Fundamento jurídico. - *1840*. *Continuación*. Revocación. Autoridad competente para declararla. Limitaciones a la potestad revocatoria. - *1841*. *Continuación*.

Revocación. Efectos jurídicos o consecuencias. - *1842*. e) Renuncia. - *1843*. f) Rescisión. - *1844*. g) Extinción de la cosa dominical: 1º extinción jurídica (desafectación); 2º extinción física (hechos de la naturaleza). - *1845*. h) Lo atinente al *"rescate"* y a la *"cesión"*. ¿Constituyen causas extintivas de la concesión de uso? - *1846*. ¿Puede hacerse uso -*sucesivamente*- de dos o más causales de disolución o extinción de una concesión? - *1847*. ¿Puede ser transferida o cedida la concesión de uso?

1816. La *"concesión de uso"* es uno de los medios que la ciencia jurídica ofrece o dispone para el *otorgamiento de derechos especiales de uso* sobre dependencias del dominio público.

Pero contrariamente a lo que creen algunos juristas, la concesión de uso no consiste en la *transferencia* o *delegación* de facultades de la Administración Pública, o de un ente público, a un ente privado. En la concesión de uso no hay tal *transferencia* o *delegación,* sino exclusivamente la mera *atribución de un poder jurídico* especial sobre la respectiva dependencia pública. La expresada transferencia o delegación sólo se concibe y existe en la concesión de servicios públicos o en la de obras públicas. La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo con acierto la distinción entre esas especies de concesiones, diferenciándolas claramente; dijo así: "Los derechos emergentes de una *concesión de uso* sobre un bien del dominio público (derecho a una sepultura), *o de las que reconocen como causa una delegación de la autoridad del Estado* en favor de particulares (empresas de ferrocarriles, tranvías, luz eléctrica, teléfonos, explotación de canales, puertos, etc.)"; y luego, refiriéndose a la *concesión de uso* - de "sepultura" en ese caso- expresó que ella "ha creado en favor del concesionario *un poder jurídico sobre la parte de la cosa pública que le ha sido entregada"* (741) . De manera que el Tribunal, aparte de distinguir con toda nitidez esos tipos de concesión, expresó en qué consiste cada uno de éstas: la de "uso", en la creación de un "poder jurídico" en favor del concesionario; la de "servicio público", en la *"delegación"* de una parte de la autoridad del Estado.

En Derecho Administrativo el concepto de *"concesión"* no es unívoco: se le emplea en diversos supuestos. Como lo advirtió Blondeau, ese vocablo no sólo se utiliza para designar un modo de organización y funcionamiento de servicios públicos, sino también para designar un procedimiento de realización de trabajos públicos, como asimismo para distinguir ciertas ocupaciones privativas del dominio público (742) . Y a todo ello agréguese el indebido uso que se hace de ese término para designar ciertas ocupaciones de inmuebles pertenecientes al dominio *privado* del Estado (tierras fiscales), que no son otra cosa que contratos de locación o arrendamiento y, eventualmente, de compraventa. Además, en derecho de minería el vocablo "concesión" se emplea en el sentido de acto jurídico mediante el cual la mina "sale del dominio del Estado y entra en el dominio particular" (743) , con lo que dichas concesiones difieren substancialmente de las concesiones de uso del dominio público, ya que éstas jamás son traslativas de dominio. La existencia de esas *concesiones* mineras constituye otro motivo que torna impreciso el concepto de "concesión". De modo que al intérprete le corresponderá hacer en cada caso la distinción pertinente.

Contrariamente a lo que ocurre con el *"permiso",* la concesión tiene preferente aplicación en actividades o empresas de *importancia económica,* determinada ésta por los capitales a

invertir, como ocurre en las concesiones de uso del agua para irrigación, o de *trascendencia social,* como en las concesiones de sepultura. En ambos supuestos, dada la importancia o trascendencia de la empresa o actividad, se requiere que éstas reposen en una sólida base legal, lo que se logra mediante la *figura iuris* "concesión", que, al engendrar para su titular un derecho público subjetivo, ofrece amplia garantía y seguridad.

Corresponde insistir en que el régimen jurídico especial del dominio público, por tratarse de un régimen de *excepción* y de interpretación *estricta* (nº 1757), sólo es aplicable a las cosas *dominicales* y de ningún modo a las cosas del dominio *privado* del Estado. Por ello, siendo la "concesión" una de las formas en que, de acuerdo con ese régimen especial y de excepción, se otorgan derechos privativos de uso sobre las dependencias del dominio público, va de suyo que la "concesión" no procede ni se concibe respecto a los bienes privados del Estado, como serían las *tierras fiscales* (744) . Cuando respecto a esta última clase de bienes se habla de "concesión", se utiliza un lenguaje impropio, ya que en la especie sólo se tratará de una locación o arrendamiento y, a veces, de una compraventa (745) .

1817. La naturaleza del acto en cuyo mérito se otorga un derecho de utilización especial, no siempre surge con claridad de la ley o del acto administrativo de acuerdo con los cuales se le otorga; vale decir, no siempre resulta con claridad si se trata de un *"permiso"* de uso o de una *"concesión"* de uso. De ahí la necesidad de *interpretar* el respectivo acto para determinar con precisión su naturaleza. Véase el precedente nº 1810.

La confusión entre "permiso" de uso y "concesión" de uso no sólo se observa en textos legales, sino también en algunos escritores. Dicha confusión es inadmisible, dada la fundamental diferencia en la índole del derecho emanado de cada uno de esos actos. Por eso resulta obvio el interés en calificarlos debidamente.

En parágrafos anteriores expresé que, contrariamente a lo que ocurre con el *"permiso",* la concesión tiene preferente aplicación en actividades o empresas de *importancia económica* o de *trascendencia social* (ver números 1808 y 1816). Si bien las cosas "generalmente" ocurren así, no siempre se producen en esa forma. De modo que ese antecedente *exterior* no sirve como dato serio o seguro para afirmar que en tal o cual supuesto se está en presencia de un permiso o de una concesión, pues a pesar de lo que ocurre habitualmente, puede suceder que en un caso dado, el uso de una dependencia dominical, para una actividad o empresa importante o trascendente, se otorgue mediante "permiso" y no mediante "concesión"; a la inversa, puede ocurrir que un derecho de uso especial, para una actividad o empresa poco importante o intrascendente, se otorgue mediante "concesión" y no mediante "permiso". Por lo tanto, para establecer la diferencia entre permiso y concesión no es suficiente recurrir al mencionado hecho externo: es indispensable atenerse a la estructura jurídica del respectivo acto, cuyo análisis dará los elementos que permitirán establecer con exactitud su naturaleza.

Para que se pueda hablar de una *"concesión"* y no de un mero permiso, es necesario que el acto pertinente tenga por objeto crear un derecho subjetivo sobre la dependencia dominical a favor de la persona a cuyo nombre aparece otorgado el acto. La determinación de ello -como bien dice Mayer- constituye una cuestión de interpretación, que se resuelve

considerando el texto del acto, como también las circunstancias que lo rodean (746) . ¿Cuáles son las reglas esenciales a las que debe ajustarse dicha interpretación?

Por supuesto, la existencia de un permiso o de una concesión no depende de la arbitraria denominación que se le dé: depende de la estructura jurídica del acto creador del respectivo derecho; de modo que por más que la ley, el reglamento o el acto administrativo particular hablen de "permiso", el acto respectivo será una "concesión" si reúne los caracteres de ésta, y viceversa. Es la naturaleza y esencia del acto, y no su denominación errónea, lo que debe considerarse para calificarlo jurídicamente (747) . Así, si en el respectivo acto se creare un derecho a perpetuidad, deberá resolverse que se trata de una concesión y no de un permiso, pues la perpetuidad es incompatible con el mero permiso o licencia; lo mismo debe decirse cuando se trate de un derecho creado por un número fijo de años (748) . En cambio, si se estableciere que el derecho que se otorga es a título *"precario",* debe decidirse que se trata de un simple "permiso" y no de una "concesión", pues la precariedad es rasgo propio de aquél y ajeno a ésta (749) . Por ello, cuando impropiamente se habla de *"concesión precaria"* debe entenderse que se trata de un simple permiso y no de una concesión (750) . La *teoría de las calificaciones* es decisiva en este aspecto de la cuestión.

Hay autores para quienes una diferencia entre el "permiso" y la "concesión" consiste en el fin que motiva su otorgamiento: el permiso se otorga, dicen, en interés privado de la persona que lo obtiene, en tanto que la concesión se otorga preferentemente en *"interés general"*. Disiento con tal modo de pensar, pues, tanto el permiso de uso, como la concesión de uso, se otorgan en interés *"privado"* del permisionario o del concesionario. Va de suyo que si ese interés, "ab-initio", estuviere en contra del interés general, el respectivo acto no se otorgará, y que si la discordancia con el interés público fuere sobreviniente, el acto deberá revocarse por razones de oportunidad, con las consecuencias emergentes de tal tipo de revocación. Eso es lo que ocurre con el permiso de uso y la concesión de *uso,* considerados en sí mismos.

En materia de "concesiones", sólo tratándose de las de servicio público o de las de obra pública, el interés público aparece *"directamente"* contemplado, constituyendo, entonces, la causa directa de otorgamiento del acto; pero tal interés público no aparece directamente contemplado cuando se trata de concesiones de *"uso"* del dominio público *stricto sensu*, en las que sólo se tiene en cuenta el interés *privado del concesionario,* verbigracia, concesión de aguas para irrigación. Sin perjuicio de esto, a veces la concesión de uso sólo constituye una actividad de organización de un servicio público, por ejemplo la utilización de las calles con rieles para circulación de tranvías; en tal caso, evidentemente, para otorgar la pertinente concesión, lo que se tiene en cuenta es el *"interés general"*, pero no referido a la concesión de *uso* de las calles públicas, sino a la concesión del *servicio público* de transporte de pasajeros a que serán destinados los tranvías. La concesión de "uso", *stricto sensu,* se otorga en interés privado del concesionario, sirviendo como ejemplo de esto las recordadas concesiones de agua pública para riego. Es que debe tenerse bien presente que la concesión de "uso" y la concesión de "servicio público" son figuras *autónomas* entre sí, que existen independientemente una de la otra, aunque a veces ambas puedan coexistir, resultando, entonces, la concesión de "uso" una mera actividad de organización de un servicio público.

1818. Tal como a veces ocurre en los contratos de derecho privado, también en materia de *concesiones* suele acaecer que su texto no sea lo suficientemente claro en su redacción, o que adolezca de vacíos o lagunas, vale decir que algunos puntos no hayan sido considerados en el respectivo instrumento.

En tales circunstancias, las cuestiones que se planteen deben ser resueltas recurriendo a la *interpretación jurídica*. ¿Cuáles son las reglas que al respecto han de considerarse? Pueden recordarse las siguientes:

a) La existencia de una concesión de uso -lo mismo que la de cualquier otro tipo- debe resultar de una manifestación de voluntad del Estado, expresa y clara. La manifestación de voluntad *"equívoca"* debe juzgarse contraria a la existencia de la concesión. Ello es así porque la intención de constituir un derecho de uso especial debe resultar indubitable (751) .

b) En materia de interpretación de concesiones no existen, en general, derechos *implícitos* (752) .

c) "En caso de duda la interpretación debe ser en contra de los concesionarios, porque la presunción más aproximada a la verdad es la de que el Estado ha acordado sólo lo que en términos expresos resulte de ellos" (753) . "La Corte Suprema de los Estados Unidos ha expresado reiteradamente, en ese mismo sentido: la regla de interpretación más segura en esta clase de casos es la de que aquélla es en contra de la corporación. Toda razonable duda debe ser resuelta en forma adversa. Nada debe tomarse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara. La afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda es fatal para el derecho del concesionario" (754) .

d) La interpretación de la concesión debe obtenerse haciendo concurrir a la solución todas las cláusulas que se encuentren vinculadas entre sí y salvando en lo posible las deficiencias de expresión, siempre frecuentes en actos de esta naturaleza (755) .

1819. Como ya quedó dicho varias veces en el curso de esta obra, la *concesión* no es el único medio jurídico de acuerdo con el cual pueden adquirirse derechos especiales de uso sobre dependencias del dominio público. Existen, además, otros medios: el permiso y la prescripción. La aceptación de estos medios, o de algunos de ellos, depende de lo que establezca el respectivo ordenamiento jurídico. De todo esto me he ocupado precedentemente, al referirme a la autoridad competente en nuestro país para legislar sobre lo atinente al uso de los bienes dominicales (nº 1790).

Ni siquiera respecto al uso privativo de las aguas públicas, la *concesión* constituye el único medio jurídico de adquirirlo; ello es así a pesar de que el artículo 2642 del Código Civil dispone que a los ribereños les está prohibido sacar aguas para sus terrenos "sin *concesión* especial de la autoridad competente". También de esta cuestión me he ocupado en páginas anteriores (nº 1790).

1820. ¿Es obligatorio o discrecional el otorgamiento de las concesiones de uso especial que soliciten los particulares o administrados?

En principio, como acertadamente lo expresa Mayer, la Administración Pública tiene amplia libertad para otorgar o negar concesiones de uso especial de dependencias dominicales (756) . Para que exista obligación de otorgarla, se requiere la existencia de normas expresas que así lo dispongan; en otras palabras, para que esa obligación exista se requiere que la pertinente actividad administrativa esté *"reglada"* y que quien solicite la concesión reúna las condiciones requeridas por la ley. No existiendo dicha regulación, debe entenderse que esa actividad de la Administración es *"discrecional"*. En definitiva, todo depende del ordenamiento jurídico que se considere (757) .

Algunos autores, para resolver esta cuestión, distinguen entre uso "normal" y uso "anormal" o "excepcional". En el primer caso juzgan que la Administración está obligada a otorgar la concesión; en el segundo supuesto consideran que su otorgamiento es discrecional de aquélla (758) . Pero ya anteriormente he sostenido que esa clasificación de los usos carece, entre nosotros, de trascendencia jurídica (nº 1787, nota 1 bis). Otros autores, sin hacer distinción alguna, estiman que se trata de una facultad "discrecional" (759) .

En materia de concesiones de uso de *agua* hay leyes que, reunidos los requisitos pertinentes, declaran obligatorio su otorgamiento (760) . La doctrina está dividida: mientras unos autores sostienen que ello constituye un *deber* de la Administración Pública (761) , hay quienes consideran que se trata de una facultad *discrecional* y que, por ende, el otorgamiento de la concesión no es obligatorio (762) .

Lo cierto es que, como lo expresé al comienzo de este parágrafo, el carácter obligatorio o facultativo del otorgamiento de una concesión, depende de que la respectiva actividad de la Administración esté reglada o sea discrecional, lo que a su vez depende del ordenamiento jurídico que se considere. Si el otorgamiento de la concesión fuere obligatorio, va de suyo que, reunidos por el solicitante los requisitos exigidos al respecto por la ley, el tribunal de lo contencioso puede obligar a la Administración a otorgar la concesión; si la actividad administrativa no estuviere reglada, vale decir si el otorgamiento de referencia no fuere obligatorio, resulta obvio que el tribunal de lo contenciosoadministrativo no podrá obligar a la Administración a que otorgue la concesión. Véase el tomo 2º, nº 454 (763) .

1821. Entre la concesión de *uso* y las concesiones de *servicio público* y de *obra pública* existen, desde luego, diferencias esenciales, pero, salvadas éstas, se observa entre todas ellas una evidente vinculación o afinidad: un *fondo jurídico común* (764) , que se traduce en la existencia de un gran número de *principios uniformes* aplicables a todas ellas.

Todas esas concesiones se rigen por los mismos principios substanciales, sin perjuicio de las modalidades específicas debidas al "fin" -público o privado- a que responden o en cuyo mérito se otorgan, lo cual configura las *diferencias* a que hice alusión.

Así, por ejemplo, en todas esas concesiones, *como causales de extinción,* rigen la revocación, la caducidad y la nulidad. En cambio, la "renuncia", como causa extintiva, no tiene aplicación en materia de concesión de servicios públicos y de obras públicas, ya que ambas se otorgan en "interés público" y no en interés del concesionario; pero sí tiene aplicación respecto a la concesión de uso del dominio público, dado que ésta se otorga en interés "privado" del concesionario, siendo de recordar que, por principio general, cada cual puede renunciar a sus derechos patrimoniales.

Del mismo modo, las *reglas de interpretación* de que me he ocupado (nº 1818) son, en principio, de aplicación general a todo tipo o especie de concesión.

En cambio, dado el fin en cuyo mérito se otorgan, si bien las concesiones de servicio público y de obra pública no pueden *transferirse* sin conformidad del concedente, en las de "uso" ocurre todo lo contrario: salvo prohibición expresa, pueden ser transferidas sin que sea menester esa conformidad.

De modo que, sin perjuicio de las diferencias esenciales que, por el *fin* a que responden, existen entre esos tipos de concesión, todas presentan un *fondo jurídico común,* que hace aplicable en todas ellas por igual un gran número de "principios uniformes".

1822. La generalidad de la doctrina le reconoce carácter bilateral a la concesión de uso (765) . Tal bilateralidad no sólo se refiere a la concesión considerada como *acto administrativo,* sino también como *negocio jurídico de derecho público;* vale decir, la concesión de uso no sólo es bilateral en su *formación,* sino también en sus *efectos*.

Como acto administrativo la concesión es bilateral, pues para su existencia o formación es *esencial* la concurrencia de la voluntad del concesionario o administrado. Sin la voluntad de éste no puede concebirse la existencia de la concesión, del mismo modo que en derecho privado sería inconcebible la existencia de un contrato sin la concurrencia de la voluntad de ambas partes. La voluntad del particular desempeña, pues, un papel fundamental. El pertinente acto administrativo es la resultante de la conjunción de dos voluntades: la del Estado y la del concesionario. Carece de toda exactitud la opinión de quienes sostienen que, aun en estos casos, la voluntad del particular o administrado sólo constituye un simple presupuesto de hecho. Véase lo que expuse en el tomo 2º, números 383 a 386, *tercera* y *cuarta* ediciones.

Como negocio jurídico (766) la concesión es, asimismo, bilateral: crea recíprocos derechos y obligaciones entre el Estado y el concesionario, fijando en lo pertinente el "status" de las partes. Por eso muchos autores sostienen que la concesión tiene carácter "contractual". De ahí que el Estado no pueda alterar los términos de la concesión, imponiéndole al concesionario otras o mayores obligaciones que las asumidas por éste "ab-initio" (767) , y de ahí también que si el concesionario no cumple con las obligaciones asumidas, el Estado pueda declarar *caduca* la concesión. ¿En qué consisten esas obligaciones recíprocas? De parte del Estado, en permitir que el concesionario utilice la respectiva porción de cosa dominical. De parte del concesionario, en contribuir al acrecentamiento de la riqueza o del bienestar públicos mediante la acertada o adecuada utilización del bien dominical, cuyo buen uso es de interés público (768) ; aparte de esa obligación esencial, sobre el concesionario pueden pesar otras obligaciones accesorias, como por ejemplo la de pagar un canon.

Desde luego, la mayor o menor duración de la concesión no influye en su naturaleza o substancia. Así, poco importa que una concesión sea otorgada por un corto número de años (cinco, por ejemplo), o por muchos años (cincuenta, por ejemplo), o a perpetuidad. En todos los casos las concesiones tienen identidad substancial, igual naturaleza; la única diferencia consistirá en su *duración*. Del mismo modo, tampoco influye en dicha naturaleza

o substancia la gratuidad o la onerosidad de la concesión; vale decir, la existencia o inexistencia de la obligación de abonar un canon.

Llama la atención que eminentes tratadistas, como Gastón Jèze, al negar el carácter *"contractual"* de la concesión de uso, y al sostener su carácter *unilateral,* expresen que ello es así "porque la competencia de policía no puede quedar ligada por un contrato" (769) . Asombra semejante razonamiento, pues es sabido que las concesiones tienen dos aspectos: uno contractual o simplemente bilateral, que es inalterable; otro reglamentario, que es modificable por el Estado en ejercicio del poder de policía. La parte contractual o bilateral abarca aquellas cláusulas fundamentales como las referentes a la "duración" del derecho concedido, a las cláusulas de "caducidad", a las obligaciones pecuniarias a cargo del concesionario, etcétera; en cambio, el segundo aspecto comprende todo lo relacionado con la *forma de ejercer* el derecho concedido, lo cual siempre podrá ser modificado por la Administración Pública cuando lo juzgue oportuno, desde que las disposiciones meramente "reglamentarias" no constituyen precisamente la base de un derecho, sino la forma como éste ha de ser ejercido. Es evidente, entonces, que al reconocérsele carácter contractual a las concesiones, se excluye de ello al poder de policía, ya que éste no puede ser objeto de contratos (770) .

La concesión de uso del dominio público es, pues, un negocio jurídico, bilateral. De ahí que constituya un *contrato administrativo,* regido ciertamente por el derecho público (771) .

1823. La concesión de uso no es *"precaria",* como equivocadamente afirman algunos tratadistas y tribunales (772) .

Los que sostienen tal *precariedad,* generalmente invocan los siguientes argumentos: la posibilidad de que la concesión sea "revocada"; el carácter "temporario" de la misma; que ellas son "rescatables" en cualquier momento por el Estado. Ninguno de estos argumentos tiene consistencia. Véase el número 1866, texto y nota 420 y siguientes.

El hecho de que, mediante revocación, pueda ser extinguida cuando el interés público así lo requiera, no le atribuye "precariedad" a la concesión de uso (773) . Cuando el interés público lo requiera, ceden todos los derechos y no sólo el emergente de una concesión de uso; incluso cede el derecho de propiedad privada; sin perjuicio de la indemnización que corresponda por el menoscabo patrimonial que ello implica. La extinción de una concesión cuando el interés público lo requiera, técnicamente se lleva a cabo por el procedimiento de la revocación del acto por razones de oportunidad, en cuyo supuesto es obvia la procedencia de una indemnización (774) ; pero esto no significa que la concesión sea "precaria"; de no ser así, habría que concluir diciendo que todos los derechos de que el hombre puede ser titular son precarios, lo que ciertamente desvirtúa la noción técnica de "precariedad". Precario es el permiso de uso, no la concesión de uso; de modo que todo está en distinguir una figura de la otra (775) .

Dada la índole de la concesión de uso -*negocio jurídico de derecho público*- y la naturaleza del derecho que de ella emana para el concesionario -*derecho público subjetivo,* de lo cual me ocuparé en un parágrafo inmediato-, mal se aviene a ella el concepto de *"precariedad",* ya que, como lo expresó la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "el precario según su acepción doctrinal es un acto de *simple tolerancia* revocable a voluntad del que ha

concedido la cosa, *sin que pueda dar derecho alguno* al poseedor" (776) . Más aún: en este orden de ideas, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha limitado el concepto de *"precariedad"* al mero *permiso* de uso, excluyéndolo de la *concesión* de uso. Dijo el Tribunal que cuando las *"concesiones"* de uso revisten carácter de precariedad se equiparan en sus efectos y en su duración a los *permisos* de uso (777) .

Para otros, el carácter precario de la concesión de uso deriva de lo "temporario" de la misma. Esto tampoco es exacto. Ya en otra oportunidad he sostenido y demostrado que las concesiones de uso sobre el dominio público -en esa ocasión me referí a las concesiones de uso de aguas públicas para irrigación, cuyos principios son igualmente aplicables a las demás especies de concesiones de uso- pueden ser *"perpetuas",* sin que ello implique agravio a principio jurídico alguno (778) . El carácter "temporario" o "perpetuo" de las concesiones de uso sobre el dominio público, en nada altera la *"esencia"* de la concesión: ésta puede ser temporaria o perpetua; todo depende del objeto a que la misma se refiera. En nuestro país, no sólo gran parte de las concesiones de uso de aguas públicas para irrigación son perpetuas, sino que también lo son gran parte de las concesiones de sepultura. El Código de Aguas de Salta ha seguido expresamente esas conclusiones (779) . En lo atinente a sepulturas, véase más adelante, número 1892.

Otro argumento de que se hace mérito para sostener la "precariedad" de las concesiones de uso del dominio público, consiste en que las mismas son *"rescatables"* en cualquier momento por el Estado. Estimo que también éste es un argumento deleznable. El "rescate" no es medio jurídico de extinción de la concesión de uso del dominio público; sólo actúa respecto a la concesión de *servicio público* (780) y eventualmente en las de obra pública. La concesión de uso no *transfiere* al concesionario derecho alguno: le *"crea"* un poder jurídico especial sobre la respectiva dependencia pública, poder jurídico que se traduce en un derecho público subjetivo (ver nº 1816); en cambio, la concesión de servicio público, aparte de crearle al concesionario un derecho público subjetivo a la prestación del servicio, contiene en lo pertinente, una adjudicación transitoria de potestades públicas en favor del concesionario; de aquí la posibilidad del *"rescate"* de la concesión, en cuyo mérito el Estado reasume el ejercicio directo de sus funciones (781) . Algunos tratadistas confunden o asimilan el "rescate" con la "revocación por razones de oportunidad", lo que evidentemente implica un error, ya que se trata de institutos distintos que rigen para supuestos diferentes. Por lo demás, y esto es muy importante, desde que la concesión de uso del dominio público se otorga, principalmente, en interés directo del concesionario, sería impropio hablar de "rescate" de tales concesiones, ya que, dado el fin a que las mismas responden, no sería racionalmente concebible su ulterior ejercicio por el Estado concedente.

1824. Las concesiones de uso son constitutivas de meros derechos de *uso*. No son traslativas de dominio.

El concesionario no adquiere derecho alguno de *propiedad* sobre la dependencia dominical, lo que es así cualquiera sea la duración atribuida a la concesión. Ni siquiera las concesiones otorgadas a perpetuidad confieren otra cosa que un simple derecho de *uso*. Ya en un parágrafo anterior (nº 1822) quedó dicho que la mayor o menor "duración" no influye en la naturaleza de la concesión.

La *inalienabilidad* propia del dominio público obsta a que sobre éste el concesionario adquiera algún derecho de *propiedad*. En cambio, el derecho de *uso* adquirido mediante concesión, resulta en un todo armónico con la comercialidad de derecho público de que son susceptibles las dependencias dominicales.

1825. La concesión de uso se otorga en interés *particular* del concesionario, en su interés privado (782) . En esto hay identidad entre el permiso y la concesión: ambos se otorgan en interés directo e inmediato del permisionario o del concesionario, respectivamente. Por eso considero equivocada la opinión de quienes sostienen que, cualquiera sea el fin de la concesión, siempre es el interés público el dominante y no el interés privado de los concesionarios. En las concesiones de "uso" sobre dependencias dominicales predomina, siempre, el interés *privado* del concesionario; en cambio, en las concesiones de servicio público y en las de obra pública, predomina el interés público.

En la concesión de uso el interés público o general sólo aparece atendido en forma *indirecta* o *mediata*. Como ya lo expresé en un parágrafo anterior, la contraprestación esencial a cargo del concesionario consiste en aumentar la riqueza o bienestar públicos mediante el acertado o buen uso que él haga de la concesión. Pero esto último se logra como *consecuencia* y a través del beneficio particular que reciba u obtenga el concesionario; por ello es que la concesión sólo debe serle otorgada si no contraviene el *destino* de la respectiva cosa dominical y si el uso que de ésta hará el concesionario concuerda con los intereses generales. Véase precedentemente, nº 1822, texto y nota 139; asimismo, ver nº 1817 *in fine*.

La forma en que el concesionario ejercite su derecho de uso, interesa por cierto a la sociedad; pero ello no es de la esencia exclusiva de esta clase de derechos: es propio de todos los derechos de que el hombre puede ser titular. ¿Cuál es el derecho cuyo ejercicio no interese, aunque mediatamente, a la sociedad? Incluso la propiedad privada, el "dominio" a que se refiere la ley civil, es también de interés público; en apoyo de esto basta decir que ella constituye el verdadero incentivo para el trabajo y el mejoramiento. La Constitución garantiza su inviolabilidad. Pero ese interés público se logra con la suma de los intereses privados de los propietarios, a través de los cuales se consolida y obtiene el bienestar colectivo. En ese sentido es exacto afirmar que la propiedad privada constituye una función social. Quizá sea eso lo que quiso expresar Savatier al decir que la propiedad individual debe ejercerse en modo acorde con el servicio público (783) . Los derechos -pretensiones- "antisociales" no se conciben ni merecen respeto.

Es un error pensar que todo acto administrativo, creador de derechos públicos subjetivos, deba tener como causa jurídica el interés público *directo* o *inmediato;* dicha causa puede ser válidamente el interés público *mediato* o *indirecto,* logrado a través de los intereses *particulares* de los sujetos de derechos nacidos al amparo de aquellos actos. Sólo se requerirá que los derechos así nacidos guarden concordancia con los fines de la ley, que en los supuestos de concesiones de uso del dominio público requerirán armonía con el fin para el cual el bien fue puesto fuera del comercio (784) .

En una concesión de agua para irrigación, por ejemplo, el *directamente* beneficiado es el titular del inmueble, es decir el concesionario, en tanto que la sociedad, la colectividad, sólo

se beneficia *indirectamente, mediatamente,* a raíz del aumento de la riqueza general obtenido a través del beneficio del concesionario.

En el orden de ideas de que aquí se trata, hay una diferencia fundamental entre la concesión de *uso* y las de *servicios públicos* y de *obras públicas*. La primera se otorga en el interés *privado* del concesionario; las segundas en interés *público,* en interés directo de la colectividad. De esto derivan no pocas consecuencias jurídicas fundamentales: por ejemplo, siendo otorgada en interés "privado" del concesionario, la concesión de uso es renunciable por su titular; en cambio, las concesiones de servicios públicos y de obras públicas, siendo otorgadas en interés "público", no son renunciables por sus titulares.

1826. De la concesión de uso nace, para su titular, un derecho perfecto, patrimonial. La doctrina está conteste en ello (785) . También lo está la jurisprudencia, habiendo declarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien del dominio público (derecho a una sepultura, en la especie), se encuentran tan protegidos por las garantías consagradas en los artículos 14 y 17 de la Constitución, como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio (786) .

Generalmente, en el otorgamiento de concesiones de uso del dominio público el Estado actúa en ejercicio de facultades *regladas;* pero aun cuando se la otorgare en ejercicio de facultades *"discrecionales",* dada su naturaleza jurídica, de ella igualmente nacería para el concesionario un derecho subjetivo público, y el acto produciría cosa juzgada administrativa (787) .

Dada su índole, el derecho subjetivo nacido de una concesión de uso es de naturaleza *"pública",* conclusión aceptada por la generalidad de la doctrina (788) , lo que fácilmente se comprende, ya que el régimen jurídico de la concesión de uso es exorbitante del derecho privado (789) . Se trata, pues, de un derecho regido exclusivamente por el derecho *"público",* no por el derecho privado. El carácter "público" de este derecho surge, asimismo, de la *"subordinación"* en que jurídicamente está colocado uno de los sujetos -el "concesionario"- frente al otro sujeto, en este caso el "Estado", que interviene ejercitando sus potestades de poder público (ver nº 1807) (790) . Tal derecho público subjetivo le *pertenece* al concesionario y constituye un bien patrimonial del mismo, integrante del concepto constitucional de "propiedad" (791) .

Algunos autores consideran que la concesión de uso sobre el dominio público le crea al concesionario derechos *"privados"* (792) , criterio que no comparto, dada la esfera jurídica en que éstos nacen, la naturaleza de las normas que los disciplinan y la índole de los bienes a que se refieren.

Finalmente, el derecho que la concesión de uso le crea al concesionario es de naturaleza *"real",* es un derecho real administrativo. Más adelante, al tratar lo relacionado con la protección jurídica del usuario, me referiré a la teoría de los derechos reales administrativos, y en tal oportunidad me ocuparé del carácter *"real"* del expresado derecho. Desde luego, hay expositores que consideran que ese derecho es de naturaleza *"personal"* (793) . Así, Le Balle, refiriéndose al derecho del concesionario de sepultura, sostiene que tal derecho no es real, sino "personal", porque la traslación del cementerio es posible en virtud de la ley y en virtud del contrato, debiendo conformarse el concesionario con una

ubicación en el emplazamiento del nuevo cementerio. En tal razonamiento hay un evidente error. La posibilidad de ese traslado del cementerio no obedece a que el derecho del concesionario de sepultura sea *"personal",* sino a esto otro. Toda concesión de uso del dominio público consta de dos partes: una contractual o bilateral, que no es modificable, la cual se refiere a la *"estabilidad"* misma del derecho concedido; otra reglamentaria o general, que se refiere a la forma de *"ejercicio"* del expresado derecho, la cual en virtud del poder de policía, es modificable por el Estado en cualquier momento que lo juzgue oportuno. El traslado de un cementerio de un lugar a otro, respetándoles a los concesionarios una ubicación en el emplazamiento del nuevo cementerio, no afecta la parte contractual o bilateral de la concesión, sino meramente la parte reglamentaria o general, relacionada con la forma de ejercer el respectivo derecho. Es por esto que el traslado del cementerio es siempre posible, y no porque el derecho del concesionario de sepultura tenga carácter "personal". El derecho del concesionario es *"real"* y se ejerce *en el cementerio,* cualquiera sea la ubicación que el Estado le asigne a éste. Véase más adelante, nº 1887, donde me ocupo del traslado de cementerios.

1827. Para poner en ejercicio el derecho que le atribuye su concesión de uso sobre el dominio público, el concesionario generalmente debe realizar obras o instalaciones *en la respectiva dependencia dominical*. Verbigracia, construye sepulcros en los cementerios; efectúa en los ríos obras de captación de agua para irrigación o de aprovechamiento de la fuerza hidráulica; realiza instalaciones en las playas del mar o de los ríos; coloca rieles o tuberías en las calles; instala tuberías aprovechando el espacio aéreo dominical; etcétera. ¿Cuál es la condición legal de todas esas obras?

Al respecto hay algo sobre lo cual existe uniformidad en la doctrina: esas instalaciones u obras le pertenecen en propiedad al concesionario (794) ; en dicho sentido se pronunció asimismo nuestra jurisprudencia (795) . Pero también hay un punto sobre el que no existe tal uniformidad: ¿qué derecho rige esa propiedad? ¿El derecho "civil" -privado- o el derecho "administrativo", público? He ahí la cuestión.

Tanto los autores como la jurisprudencia citados en las dos notas que preceden, consideran que se trata de una propiedad de *derecho civil*. Disiento totalmente con este criterio.

Las construcciones o instalaciones hechas por el concesionario en la *dependencia dominical,* para poner en ejercicio la concesión, *son de su propiedad,* ciertamente, pero no constituyen bienes regidos por el derecho privado, sino por el derecho público. Bien entendido que no se trata de propiedades "públicas", sino de propiedades *regidas* por el derecho público. Del mismo modo, el derecho nacido de una concesión de uso constituye una "propiedad" del concesionario, pero una propiedad regida por el derecho público. En esta materia estamos en el ámbito del derecho público, por lo que el derecho privado no tiene vigencia a su respecto. Por eso juzgo equivocado lo dicho por los autores mencionados acerca del carácter "civil" de la propiedad sobre tales obras o construcciones, e igualmente considero errado lo resuelto por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (ver la precedente nota 165) acerca de que los sepulcros (bóvedas, panteones, etc.) son bienes de *derecho civil*.

Las expresadas obras, construcciones o instalaciones, traducen y materializan el ejercicio del derecho nacido de la concesión. Tal es su esencia. Pero tales construcciones o

instalaciones, aunque le pertenezcan al concesionario, no son bienes de naturaleza "civil"; lo contrario implicaría afirmar que los derechos emergentes de una concesión de uso -cuya materialización está representada por dichas obras o construcciones- son derechos "privados", lo que es inexacto, pues trátase de derechos subjetivos *"públicos"* (ver nº 1826), con todas sus características y consecuencias derivadas de la concesión de que proceden. Nadie negará que tales bienes le pertenecen al concesionario como expresión concreta y materializada del derecho de uso emergente de la concesión; pero tal propiedad está sometida, no al derecho privado, civil, sino al derecho público, al cual hállase sujeta y por el cual exclusivamente se rige. Es por eso que en la especie no tienen aplicación estricta las disposiciones y los principios de derechos civil atinentes a la *"accesión",* al *"derecho de superficie",* a la *"compraventa",* a la *"hipoteca",* a la *"prescripción adquisitiva"*, etcétera.

Los autores citados en la nota 164, después de establecer que tales construcciones tienen carácter *"civil",* afirman que, como consecuencia de esto, pueden ser hipotecadas o vendidas con independencia del inmueble público sobre el cual se apoyan. No es así. Tratándose de cosas reguladas por el derecho *público,* su régimen jurídico y, correlativamente, la posibilidad de ser hipotecadas o vendidas, o la posibilidad de que terceros las adquieran por prescripción, depende de las normas que gobiernen o rijan la respectiva concesión, cuyos preceptos o principios deben consultarse en primer término. Desde que tales obras, construcciones o instalaciones, no son otra cosa que la materialización o expresión del *derecho de uso especial* emergente de la concesión, para determinar si las mismas pueden ser hipotecadas, vendidas o adquiridas por terceros mediante prescripción, es menester averiguar si, de acuerdo con las normas o principios de derecho público aplicables, esos actos son o no posibles. Así, la prescripción adquisitiva, por ejemplo, salvo la existencia de una norma expresa que la autorice, *no es admisible* (796) ; es por ello que, contrariamente a lo resuelto por algunos tribunales, los sepulcros -expresión material de la concesión de sepultura- no son susceptibles de ser adquiridos por prescripción (797) . Del mismo modo, como en materia de concesiones de uso de agua para irrigación, habitualmente la legislación prohíbe transferir la concesión si no se la transfiere juntamente con el terreno para el cual se otorgó el derecho de agua, va de suyo que, en tales casos, todo acto jurídico de transferencia o gravamen de las obras de captación construidas en la dependencia dominical (lecho del río, en la especie) sería írrito si no comprende conjunta y simultáneamente el inmueble para el cual se otorgó la concesión de uso.

1828. La *"duración"* de las concesiones de uso del dominio público puede ser temporaria o perpetua. Aceptar uno u otro sistema no constituye una cuestión de principios jurídicos, sino de política y de criterio legislativo (798) .

La perpetuidad generalmente resulta de términos expresos de la ley, pero no es indispensable que así sea. Esta cuestión no requiere términos sacramentales, siendo suficiente con que la ley permita deducir la perpetuidad en forma indubitable. Es lo que ocurriría, por ejemplo, cuando la norma disponga que la concesión, una vez otorgada, "no podrá ser retirada", tal como lo establecen algunas leyes provinciales relativas a aguas, entre ellas las de Santa Fe (799) .

Desde el punto de vista doctrinario, no todos los autores aprueban la *"perpetuidad"* de las concesiones. Si bien hay muchos que consideran dicho sistema como jurídicamente

inobjetable, otros creen que la perpetuidad del derecho de uso equivale a una enajenación de la cosa respectiva, chocando con el carácter de los bienes públicos. Esta última opinión la sostuvo el codificador, doctor Dalmacio Vélez Sarsfield, en la nota al artículo 2341 del Código Civil, citando equivocadamente a Demante (tomo 2º, página 410), y fue seguida por varios escritores patrios que no advirtieron lo errado del argumento; también influyó en un inconsistente y muy antiguo fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pero la mayoría de los tratadistas está de acuerdo en la validez jurídica de la perpetuidad de las concesiones de uso (800) .

La concesión de uso otorgada a *perpetuidad* no es incompatible con el régimen del dominio público. Al contrario, juzgo que tal *perpetuidad* es inobjetable desde el punto de vista jurídico. Varias razones pueden darse al respecto:

1º) En primer lugar, la expresada "perpetuidad" tiende a hacer efectiva la *"seguridad jurídica",* soporte de toda idea de libertad y base indispensable para afianzar el bienestar colectivo, a través del bienestar y tranquilidad individuales.

2º) Las concesiones perpetuas, contrariamente a lo que creyó el doctor Vélez Sarsfield, no traducen *enajenación* alguna de la dependencia dominical; lo concedido es sólo el "uso" de ésta. Las concesiones no son traslativas de dominio; son meramente constitutivas de un derecho de uso (ver nº 1824). Tales principios no se alteran por el carácter "temporario" o "perpetuo" de la concesión, pues la naturaleza o substancia de ésta no cambia por su mayor o menor duración (ver nº 1822).

3º) La perpetuidad no viola principio alguno de derecho, pues se presupone que el uso a que se refiere la concesión ha de ser compatible con el destino de la dependencia dominical. Una concesión, temporaria o perpetua, no es otra cosa que uno de los medios con los cuales se cumple el fin perseguido al incluir un bien en el dominio público. Sostener que el derecho de goce es esencialmente temporario, importa una afirmación jurídica errónea; si el derecho de uso concedido, por perpetuo que sea, encuadra en los fines que se tuvieron en cuenta al poner la cosa fuera del comercio, si tal derecho de uso resulta compatible con tales fines, no hay destrucción alguna del régimen legal de esa cosa, sino uso de ella conforme a su destino. Concordando con lo expuesto, dijo un autor: la "perpetuidad" es, sin embargo, aceptable, tratándose de concesiones de uso conformes al destino de la cosa. "Sólo una concepción absoluta, e inútilmente intransigente de la inalienabilidad del dominio público, puede hacer que aparezca como sorprendente el otorgamiento de situaciones perpetuas" (801) .

4º) Si una concesión "temporaria" es sucesivamente renovable a sus respectivos vencimientos, la misma situación obtenida "a posteriori" mediante esas renovaciones sucesivas, es la que se obtiene "ab-initio" con la concesión perpetua, que no ha menester de esas renovaciones periódicas. ¿Por qué, entonces, una concesión perpetua ha de interpretarse como enajenación de la cosa, y no así una concesión temporaria, siendo que, al fin de cuentas, el contenido de ambas es el mismo?

5º) Todas las modificaciones que deban adoptarse respecto al *ejercicio* del derecho concedido, motivadas por nuevas necesidades sociales o por cualquier otra causa, pueden siempre e igualmente ser impuestas por el Estado, a pesar de la perpetuidad de la

concesión, ya que ellas importan un simple ejercicio del poder de policía, que permanece incólume a disposición del Estado (802) .

6º) Contrariamente a lo que alguien cree, la perpetuidad no impide la revocación de la concesión, cuando razones de interés público así lo requieran. La "perpetuidad" de la concesión y su "revocabilidad" no son excluyentes. La perpetuidad de la concesión de uso no obsta a su revocabilidad, del mismo modo que la perpetuidad del dominio establecida en el Código Civil no obsta a su "expropiación" por causa de utilidad pública, concepto éste análogo al de revocación por causa de interés público o por razones de oportunidad.

La *"perpetuidad"* de la concesión de uso es, pues, enteramente compatible con los principios jurídicos generales y con el régimen del dominio público en particular.

En materia de concesiones de agua para irrigación, el sistema de la perpetuidad es seguido por numerosas leyes, tanto de nuestro país como del extranjero (803) . Lo mismo ocurre con las concesiones de sepultura.

En lo atinente a las concesiones de agua para irrigación, la "perpetuidad" contempla la índole de esa clase de empresas, destinadas a satisfacer necesidades *básicas* de carácter *"permanente"*. De ahí la conveniencia de la perpetuidad, a través de la cual se obtiene la *seguridad jurídica* necesaria para afrontar semejantes labores *siempre* imprescindibles para el grupo social.

Respecto a las concesiones de sepultura, su "perpetuidad" bien se aviene con lo *eterno* del sueño de los muertos y con la *constante permanencia* requerida por el culto que a ellos se les rinde. No se olvide que el culto rendido a los muertos trae paz al espíritu de los que viven, permitiéndoles desenvolver normalmente sus actividades. El desasosiego espiritual perturba el cumplimiento de los quehaceres diarios (804) . Dado su objetivo o razón de ser, por constituir el lugar donde se vela el sueño perpetuo de los muertos, diríase que existe una correlación entre *cementerio* y *eternidad*, entre *cementerio* y lo *irreversible*. Ello justifica que las concesiones de sepultura sean otorgadas a *perpetuidad*.

La opinión del codificador doctor Vélez Sarsfield expuesta en la nota al artículo 2341 del Código Civil, además de ser doctrinariamente errónea, carece de valor legal, máxime en jurisdicción provincial. Esto es así no sólo porque se trata de una mera "nota" y no de un precepto del Código, sino porque las provincias, en ejercicio de una facultad que les es propia, están constitucionalmente habilitadas para establecer el régimen de acuerdo con el cual los particulares utilizarán el dominio público, disponiendo si al efecto las concesiones se otorgarán con carácter perpetuo o temporario (véase el nº 1790).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cierta oportunidad se expidió en contra de la *"perpetuidad"* de los derechos de uso sobre dependencias dominicales; en esa ocasión tratábase del agua pública. Dijo el Tribunal: "Que es incompatible con la propiedad imprescriptible e inalienable que el Estado ejerce respecto de estos bienes, toda pretensión de un derecho a *perpetuidad,* perfecto y absoluto, que importe en relación al primero una enajenación completa de sus derechos de jurisdicción o de administración y distribución, siendo de ello una consecuencia rigurosa que nadie puede aprovechar para usos industriales, de las aguas de los ríos, sino en virtud de concesión de la autoridad competente

y con sujeción a las ordenanzas citadas (Código Civil, artículo dos mil seiscientos cuarenta y dos)" (805) . Tal resolución es jurídicamente errónea, y sólo explicable por su antigua data -25 de septiembre de 1886-, época en que los estudios sobre el régimen jurídico del dominio público y sobre el Derecho Administrativo, en general, recién comenzaban en nuestro país. Sin perjuicio de los argumentos de carácter general que expuse precedentemente en apoyo de la *perpetuidad* del derecho de uso sobre las dependencias del dominio público, lo dicho por el Tribunal resulta equivocado en mérito a las siguientes razones concretas: 1º) porque las concesiones de agua no se refieren a la "propiedad" de ésta, sino a su "uso", el cual, lejos de ser inalienable, está en el comercio de derecho público para servir a los fines en cuyo mérito el agua fue puesta fuera del comercio; 2º) porque nadie pretende que el derecho de agua emanado de una concesión sea un derecho "absoluto". No hay derechos absolutos. No lo es ni siquiera el derecho de dominio. Todos están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio; 3º) porque los derechos de administración, jurisdicción y distribución (integrantes del poder de policía), son ajenos a la concesión y no forman parte de su contenido (ver nº 1822).

1828 bis. Lo atinente a la situación jurídica de los titulares de concesiones temporarias de uso especial o privativo, al vencimiento de las mismas, lo he analizado en el trabajo que al respecto publiqué en la revista "La Ley", el 5 de noviembre de 1990, con el siguiente título: "Dominio Público. Concesiones temporarias de uso especial o privativo. Situación de los concesionarios al vencimiento de las mismas. (Los principios "quieta non movere", "buena fe" e "inmutabilidad de las situaciones jurídicas plausibles")." Me remito a lo expresado en el mismo.

1829. Precedentemente (nº 1789) dije que el uso de los bienes dominicales, ya se trate del uso "común" o del *"especial"*, no es, por principio, gratuito ni oneroso. La gratuidad y la onerosidad no corresponden a la "esencia" del dominio público. Por su "naturaleza", el uso de tales bienes puede ser gratuito u oneroso.

De modo que a cargo del concesionario de uso de una dependencia del dominio público, puede establecerse una obligación económica, que habitualmente consiste en el pago de una suma de dinero, pero que en algunos casos puede aparejar, además, una obligación en "especie" (806) .

Esa prestación económica a cargo del usuario se llama *"canon"*. ¿Cuál es su naturaleza jurídica?

Ha sido muy común considerar al *canon* como un "impuesto", lo que así hacen numerosas leyes y escritores. Pero esto importa un error. El canon no es un "impuesto", aunque así lo llamen ciertas leyes. La naturaleza de un tributo no depende del nombre que se le dé, sino de su estructura jurídica y del concepto financiero que merezca. El canon es una obligación que pesa sobre los que obtienen una concesión para usar una dependencia del dominio público; en cambio, el impuesto, como obligación, es unilateral; el que lo paga no recibe beneficio alguno, inmediato y directo, proveniente de ese hecho. El canon y el impuesto son especies del género "contribuciones", pero constituyen especies distintas. El canon no es, pues, un impuesto: así lo reconocen diversos escritores (807) y tribunales (808) .

Hay quienes consideran al canon como una *"tasa"*. ¿Puede aceptarse este criterio? Pienso que al respecto debe distinguirse la índole del bien que se considere. Si se tratare de una dependencia del dominio público declarada tal en su estado natural, el pago por el *uso* de la misma no puede configurar una *tasa,* ya que no representa la retribución de *"servicio"* alguno. En este caso el Estado no presta un "servicio": se limita a permitir el uso especial de un bien del dominio público; por ejemplo, concesión para extraer agua de un río con destino a irrigación. En este supuesto no puede hablarse de "tasa". Pero algo distinto ocurre cuando se trata de la concesión de un bien público *creado* por el hombre, es decir de una dependencia perteneciente al llamado dominio público artificial. Así, en la concesión de uso especial de una calle urbana -o de una porción de ella-, o de un puerto, por ejemplo, el pago que efectúe el concesionario no sólo se refiere al *uso* en sí, sino que, además, tiende a remunerar el servicio público de construcción y, más aún, de conservación de la calle o del puerto; hay ahí la retribución de un *servicio* del Estado. En estos casos estimo que la referida prestación económica tiene efectivamente caracteres o substancia de *"tasa"* y que como tal debe considerársela. Los escritores que le atribuyen a dicha prestación carácter de *tasa,* lo hacen bajo el supuesto de que lo que el concesionario retribuye es un *"servicio"* del Estado (809) . De modo que dicha prestación debe considerarse *"tasa"* cuando, refiriéndose a bienes del llamado dominio público artificial, tiene por objeto *preferentemente* la retribución de un *servicio* prestado por el Estado; en cambio, dicha prestación no puede ser considerada *"tasa"* cuando se refiere al mero *uso* de un bien público del llamado dominio "natural", a cuyo respecto no se retribuye servicio alguno prestado por el Estado, como ocurriría en el recordado caso de la concesión de uso de las aguas de un río para irrigación.

Pero si el canon no es un impuesto, y si tampoco en todos los casos puede considerársele como *"tasa",* según quedó dicho precedentemente, ¿qué es entonces cuando no revista caracteres de tasa? Esta cuestión fue particularmente estudiada en relación con la concesiones de uso de agua pública. Las conclusiones pertinentes son de estricta aplicación a las concesiones de uso sobre cualquier otro bien dominical.

Antiguamente llegó a considerarse al canon como el *precio* del agua concedida, concepto que hoy no tiene partidarios. Hay quien considera que el canon representa el equivalente de la abstención de los otros ciudadanos en el uso y goce del agua pública (810) ; pero la mayoría cree que traduce el reconocimiento del dominio eminente del Estado o del carácter público del agua (811) . A mi criterio, todas estas opiniones son inaceptables. Por supuesto que el canon no representa el "precio" del agua objeto de la concesión, pues si así fuere se trataría de una enajenación, ya que el *precio,* respecto al que lo paga, equivale y reemplaza al valor de la cosa entregada por el enajenante; la naturaleza "pública" del agua excluye la posibilidad de su enajenación, tanto más cuanto las concesiones no son traslativas de dominio, sino meramente constitutivas de un derecho de uso. Tampoco puede representar el canon el equivalente de la abstención de los otros ciudadanos en el uso y goce del agua pública, pues es notorio que el monto del canon es en todo orden de ideas inferior al valor que representa el uso del agua o de la dependencia pública en general; en materia de concesiones de agua ello resulta notorio: es sabido que en las zonas donde por la naturaleza física la agricultura depende de la irrigación, el valor de una hectárea con derecho de agua es, por lo menos, diez veces superior al de esa misma hectárea sin derecho de agua para riego. Finalmente, el pago del canon no representa, por parte del concesionario, el reconocimiento del dominio eminente del Estado sobre el agua pública o, en general, sobre

la dependencia dominical de que se trate; tal reconocimiento resulta de un hecho muy anterior al pago del canon: *el haber solicitado la concesión al Estado;* más aún: hay concesiones que no exigen pago de canon alguno; ¿significará esto que el concesionario no reconoce el dominio eminente del Estado o el carácter dominical de la cosa respectiva?

El canon no es otra cosa que una mera *"modalidad"* de la concesión (812) ; forma parte integrante del acuerdo de voluntad de las partes (aspecto "bilateral" de las concesiones). Dicha *modalidad* -el canon- puede o no existir en la concesión, ya que aun el uso especial del dominio público puede ser gratuito u oneroso. Pero, como lo expresé anteriormente, la existencia o inexistencia de la obligación de abonar el canon en nada influye en la naturaleza jurídica o substancia de la concesión, ya que ésta, sin que se altere su naturaleza, puede ser onerosa o gratuita (ver nº 1822).

El canon, pues, no constituye un impuesto. Sólo en algunos casos de concesiones de uso sobre bienes públicos integrantes del llamado dominio *"artificial"* (calles, puertos, etc.) podrá considerársele como *"tasa"* siempre que efectivamente constituya o represente el pago de un *"servicio"* del Estado. En los demás casos, y en especial en los de concesiones de uso sobre dependencias públicas integrantes del llamado dominio *"natural"* (verbigracia, concesión de uso de las aguas de un río para irrigación), el canon constituye una mera *"modalidad"* de la concesión (813) . De este carácter deriva, a mi juicio, una consecuencia fundamental: mediante actos posteriores, el canon no puede ser unilateralmente establecido por el Estado en las concesiones originariamente gratuitas, ni su monto puede ser elevado en las concesiones que lo fijan y establecen "ab-initio" (814) .

¿Es "compensable" el importe del canon? Si bien no se trata de un impuesto, paréceme claro que cuando el canon se encuentra legalmente establecido, constituye, ciertamente, un recurso de naturaleza *financiero-administrativa,* lo que, a mi criterio, lo incluye en el espíritu del artículo 823 del Código Civil (815) . En su mérito, considero que un particular no puede exigirle al Estado la compensación del importe del canon.

1830. El otorgamiento de una concesión de uso sobre el dominio público puede causar perjuicios, sea a los titulares de concesiones otorgadas con anterioridad sobre la respectiva dependencia dominical, o a otras personas cuyos intereses resultan afectados por la nueva concesión.

Los supuestos en que la actual concesión puede dañar derechos ajenos, son ilimitados en su especie. Pueden ser tan numerosos y variados como las respectivas actividades que el hombre ejercite.

¿Qué medios existen para reparar tales agravios? Toda concesión de uso sobre dependencias dominicales -y en especial la relacionada con el agua pública- se otorga con la salvedad de que ello es *"sin perjuicio de terceros"*. Esta cláusula constituye el medio jurídico que permite poner término al agravio patrimonial causado por la nueva concesión (816) .

Las crónicas jurídicas del país revelan que la solución de muchas intrincadas cuestiones legales, largamente debatidas y no siempre bien planteadas, pudo haberse hallado aplicando los principios inherentes a la cláusula "sin perjuicio de terceros", y que la solución de más

de una situación ingrata -relacionada con el uso del agua pública- pudo haberse facilitado poniendo en juego los referidos principios y los que con éstos se relacionan (817) .

Cuando las leyes se refieren a dicha cláusula, lo que así ocurre en aquellas materias que han sido más orgánicamente tratadas, como en materia de *aguas,* consagran lisa y claramente el amplio principio de que las concesiones se entienden otorgadas "sin prejuicio de terceros". Pero algunas veces las leyes, en lugar de emplear esa locución, utilizan la expresión "sin perjuicio de los derechos adquiridos". Ambas expresiones son equivalentes en su contenido o esencia: la primera se refiere al "sujeto" del derecho dejado a salvo, mientras que la segunda refiérese al "objeto" de tal derecho.

El requisito de *"no perjudicar a terceros"* constituye una norma básica de ciencia jurídica. El derecho romano consideraba esa norma como un precepto o principio capital (818) , y nuestra legislación -Código Civil, artículos 953 y 1195 *in fine*- supedita a ese principio la validez de todo acto jurídico y la eficacia de todo contrato, cosa que vale tanto para el derecho público como para el privado.

Con referencia particular y directa al uso del agua pública, la cláusula "sin perjuicio de terceros" tiene hondo arraigo en la tradición jurídica. El derecho romano (819) y la antigua legislación española hacían referencia a ella (820) . El derecho positivo, tanto de nuestro país como del extranjero, se ocupa expresamente de la mencionada cláusula en lo que atañe al uso del agua pública (821) .

La cláusula "sin perjuicio de terceros" es, pues, de la *"esencia"* de toda concesión de uso sobre dependencias dominicales, ya que la eficacia jurídica de tales concesiones subordínase a la observancia de aquella norma. Una concesión en pugna con aquel principio sería inválida. De esto despréndese una fundamental consecuencia: que si la referida cláusula no estuviere expresamente incluida en la concesión, deberá considerársela incluida *implícitamente* en ella. Toda concesión, sea a través de su letra o a través de su espíritu -es decir, incluida en forma expresa o tácita-, y como un requisito esencial para su validez, lleva ínsita en ella la cláusula "sin perjuicio de terceros"; de modo que cuando tal cláusula no se halle expresamente establecida, debe considerársela tácitamente en vigor (822) .

En general, puede decirse que, en el orden de ideas de que aquí se trata, la reserva de los derechos de terceros significa que la concesión no constituye título invocable para perjudicar derechos ajenos (823) . Tal es el principio.

El *"perjuicio"* a que se refiere la cláusula en análisis, comprende *todos* los supuestos en que una concesión puede lesionar derechos de terceros. No se trata, pues, de una expresión "específica", sino, como acertadamente lo hace notar Gilardoni, de una expresión genérica (824) . Entre los numerosos casos en que una concesión de uso puede lesionar derechos de terceros, están los siguientes que menciono a título de ejemplos: a) cuando en virtud de una concesión se instale un quiosco o un puesto de venta en la vía pública, y éste cause un perjuicio o daño jurídico al propietario frentista; b) supuesto en que el caudal expresado en la nueva concesión excede lo que el curso de agua puede abastecer con su caudal ordinario, de donde resulta que los derechos ya otorgados no pueden satisfacerse normalmente y en su integridad (825) ; c) caso en que, sin que la nueva concesión exceda lo que el curso de agua

puede abastecer con su caudal ordinario, el nuevo usuario ejercite su derecho en forma tal que ello impida la continuación del uso por parte de los usuarios anteriores (826) ; d) hipótesis en que, debido a las obras de presa realizadas por el concesionario, queden inundados los terrenos circunvecinos (827) . Va de suyo que la cláusula de referencia no sólo comprende los perjuicios derivados del *otorgamiento* de una *nueva* concesión, sino que también comprende los efectos que deriven de cualquier cambio producido en concesiones ya otorgadas; verbigracia, perjuicios que se ocasionen a raíz de la transferencia o "traspaso" de la concesión.

El perjuicio en cuestión debe ser "real" y no fundado solamente en el "temor" de que pueda producirse (828) , es decir debe tratarse de un perjuicio "efectivo" y no sólo "posible". Pero no es indispensable que el perjuicio sea precisamente "material"; basta con que sea "jurídico" o "ideal", ya que el primero debe ser engendrado por estos últimos (829) .

Finalmente, como el "perjuicio" -que actuaría como causal de ineficacia de la respectiva concesión- no se presume, resulta claro que la justificación o prueba del mismo le incumbe a quien lo invoque, conforme a un principio general de derecho. Y de esto síguese que el titular de la nueva concesión no está obligado a demostrar que ella no causa perjuicios, pues lo contrario equivaldría a exigir la prueba de que la concesión es válida, exigencia contraria a derecho, ya que la concesión, como acto administrativo, lleva la presunción de *eficiencia legal* (830) .

El derecho lesionado por la nueva concesión debe ser *"legítimo",* es decir basado en la ley y amparado por ésta (derecho subjetivo). Ha de tratarse de un derecho *"adquirido"*. De no ser así, la concesión de referencia no repercutiría en la esfera de intereses ajenos protegidos por la ley, por lo que el tercero no podría accionar pidiendo la declaración de un derecho que no posee (831) .

A los fines de la cláusula en cuestión, por "tercero" ha de reputarse todo aquel que no es parte en la concesión que se considera lesiva, es decir al extraño a la relación de derecho creada por la expresada concesión.

¿Cuáles son los *"efectos"* legales de la cláusula "sin perjuicio de terceros"? Como consecuencia de la ejecutoriedad propia del acto administrativo, la circunstancia de que una concesión perjudique derechos ajenos, no obsta a que sea tenida por válida o eficaz hasta tanto la autoridad correspondiente declare su extinción o condene al pago de los daños y perjuicios, según sea lo que peticione el agraviado. De modo que el tercero cuyos derechos resulten dañados por una concesión, debe ejercitar la acción del caso para obtener la extinción de aquélla o el resarcimiento de los daños y perjuicios, o ambas cosas a la vez (832) .

Los *"efectos"* de la cláusula "sin perjuicio de terceros" se producen entre *"particulares"*. El Estado -Administración Pública- es ajeno a esa cuestión. De ello dedúcese que la controversia debe serles sometida a los tribunales ordinarios de justicia, como jueces *naturales* en esta clase de relaciones. Por lo demás, como toda concesión de uso de dependencias dominicales lleva -expresa o implícitamente- la cláusula "sin perjuicio de terceros", cuando el Poder Judicial declara la nulidad de una concesión por causar perjuicios a un tercero, no puede decirse que en tal caso *"revé"* el pertinente acto

administrativo: la resolución judicial no hace otra cosa que *aplicar* esa cláusula, que constituye un presupuesto esencial en esas concesiones. De modo que cuando el Poder Judicial declara la nulidad de una concesión por causar ésta perjuicios a un tercero, es decir por ser "ilegal", dicho Poder no realiza acto alguno que importe menoscabar atribuciones propias del Poder Ejecutivo (833) .

1831. La concesión de uso sobre dependencias del dominio público puede extinguirse por diversas causales; son ésas: la nulidad; el vencimiento del término; la caducidad; la revocación; la renuncia; la rescisión; la extinción de la cosa. De cada una de ellas me ocuparé en los parágrafos siguientes.

Hay otros actos, como el *rescate* y la *cesión,* que si bien no actúan aquí como causas extintivas de la concesión, requieren una consideración especial.

Finalmente, vinculado a esta materia, se plantea el problema de si, respecto a una misma concesión, puede hacerse uso, *sucesivamente,* de dos o más causales de extinción de aquélla.

1832. a) *Nulidad*

La *"nulidad"* se relaciona con el acto administrativo que origina la concesión, y es contemporánea a la formación de dicho acto. En consecuencia, la concesión será nula si en su fondo o en su forma contiene una violación de los pertinentes preceptos legales (834) .

Debe distinguirse la *nulidad* de la *revocación por razones de ilegitimidad*. Para ello se han propuesto diversos criterios (835) . La generalidad de la doctrina, como así la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia Nacional, establecen que la facultad de *"anular"* es función jurisdiccional y no administrativa. Pero reconociéndosele a la Administración facultades para "revocar" la concesión por razones de *ilegitimidad*, corresponde establecer en qué casos la Administración podrá extinguir, por sí misma, una concesión, revocándola por ilegitimidad, y cuándo, para lograr tal extinción, deberá ejercer la acción de nulidad ante la autoridad judicial. Más adelante, al referirme en particular a la *"revocación",* volveré a ocuparme de esta cuestión. Por ahora bastará decir que la Administración Pública está habilitada para extinguir, por sí misma, una concesión mediante el procedimiento de la *revocación por ilegitimidad,* cuando de ella aún no han nacido derechos en favor del concesionario; pero cuando tales derechos han nacido, y aunque -a raíz del vicio que los afecta- no sean perfectos, y sólo tengan *apariencia* o *color* legal, la extinción de la concesión no puede operarse por revocación, sino por *"anulación"*, debiendo el Estado recurrir para ello ante la autoridad judicial (836) .

La actual ley sobre procedimiento administrativo nacional (decreto-ley 19549/72), en su artículo 17, dispone: "El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de sus efectos aún pendientes, mediante declaración judicial de nulidad". Esta disposición es también aplicable a los "contratos administrativos", de acuerdo con la ley citada, artículo 7º *in fine*, que dice así: "Los contratos que celebre el Estado, los permisos y las concesiones

administrativas se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas del presente Título, si ello fuere procedente".

1833. b) *Vencimiento del término*

Cuando la concesión de uso es "temporaria", es decir cuando ha sido otorgada por un lapso determinado (837) , al expirar o vencer dicho término la concesión se extingue. El vencimiento del término es causal extintiva de la concesión.

Producido dicho vencimiento, en lo atinente a las obras construidas o instalaciones introducidas por el concesionario en la dependencia dominical para ejercitar la concesión, debe procederse de acuerdo con lo estipulado en esta última. En caso de silencio, dichas obras o instalaciones le pertenecen al concesionario, quien podrá retirarlas. Los principios sobre accesión establecidos en el Código Civil no son aplicables aquí, por tratarse de un supuesto regido exclusivamente por el derecho público (ver nº 1827) (838) . Véase el tomo 3º A, nº 810.

1834. c) *Caducidad*

Otra causa que extingue la concesión es la "caducidad" de la misma. Ella procede cuando el concesionario incurre en *incumplimiento* de las obligaciones a su cargo, siempre que dicho incumplimiento le sea imputable. Puede afirmarse que éste constituye un principio generalmente aceptado por los autores (839) . Nuestra Corte Suprema de Justicia Nacional, si bien en algunas oportunidades calificó como *caducidad* lo que en el caso era *revocación* (840) , en general ha vinculado la caducidad al *incumplimiento* de las obligaciones del concesionario; así se observa en los considerandos de varias de sus sentencias (841) . También la legislación sigue en general idéntico criterio, ya se trate de leyes argentinas -nacionales o provinciales- o de leyes extranjeras (842) . Los proyectos de códigos de aguas para Buenos Aires y para Mendoza siguieron esa orientación (843) . De manera que el *incumplimiento* de las obligaciones del concesionario, como causal justificativa de la caducidad, tiene la fuerza de un principio ya incorporado a las prácticas jurídicas y de constante aplicación *actual,* sin perjuicio de que existan quienes, sin fundamento razonable alguno, insinúen lo contrario.

No debe confundirse la *nulidad* con la *caducidad*. La primera, según ya quedó dicho, se vincula al acto administrativo "creador" de la concesión, mientras que la caducidad extingue el derecho "nacido" de una concesión.

Tampoco es posible confundir la *revocación* con la *caducidad*. Tal confusión es común entre los tratadistas. La caducidad y la revocación constituyen medios extintivos de la concesión. Pero se trata de cosas distintas: la caducidad procede en unos casos y la revocación en otros casos. La semejanza o analogía entre ambas consiste en que extinguen la concesión, y ése es su rasgo característico. Sin embargo, algunos autores, como Bielsa, creen que la revocación es el *"género",* y que la caducidad es una *especie* de revocación. "La caducidad, agrega, es revocación por incumplimiento de obligaciones del concesionario, si ese incumplimiento le es imputable" (844) . Disiento con tal opinión, y así lo hice presente en otra oportunidad. La caducidad y la revocación son medios de extinción de una concesión; pero los supuestos en que procede una y otra difieren fundamentalmente:

la caducidad está determinada por un incumplimiento de la concesión imputable al concesionario; en cambio, la revocación reconoce como causa determinante de la extinción del acto, la ilegitimidad de éste o el interés público. Tal profunda diferencia entre las causas que autorizan la caducidad y las que autorizan la revocación, justifica la afirmación de que ellas son cosas distintas, que constituyen conceptos diferentes entre sí, y rechaza la idea de que una de ellas sea el género y la otra la especie. La marcada diferencia que hay entre las mismas excede a las que median entre género y especie. Sostengo, pues, que revocación y caducidad no son género y especie, como expresa Bielsa, sino especies de un mismo género: ambas son medios extintivos de la concesión, pero actúan en supuestos distintos.

Esa profunda disensión doctrinaria -cuya dilucidación tiene una importancia fundamental, si se observan las *distintas consecuencias* que pueden derivar de la caducidad y de la revocación- ha recibido ya el veredicto de la crítica científica, expresado a través de maestros del Derecho Administrativo. Los doctores Aparicio Méndez, ex profesor titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de Montevideo, Benjamín Villegas Basavilbaso, ex profesor titular de dicha asignatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata, y Enrique Sayagués Laso, profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de Montevideo, se han pronunciado categóricamente en favor de la tesis que sustento, rechazando la de Bielsa (845) .

Para hacer resaltar la fundamental diferencia entre "caducidad" y "revocación", dice Méndez que, a las razones dadas por mí, podría agregarse que la caducidad tiene un campo de aplicación reducido, ya que se limita a la *concesión,* mientras que la revocación se extiende a todos los actos *jurídico-administrativos* (846) . Con otras palabras, Resta expresa ese mismo concepto, al decir que la "caducidad" es un instituto que no tiene en miras *actos,* sino *relaciones* o *vínculos jurídicos* (847) .

La caducidad, pues, es una *sanción* por actos imputables al concesionario (848) . Trátase de una "pena" *administrativa* (849) . Pero si bien la caducidad es una sanción, no es, en cambio, la única sanción conocida, aunque sí la más severa, ya que, aparte de extinguir la concesión, a veces puede aparejar para el concesionario la pérdida de las obras construidas o instalaciones introducidas en la dependencia dominical para ejercitar la concesión.

La procedencia de la caducidad y de la revocación responde a principios o supuestos que la ciencia jurídica acepta y disciplina. Cuando sea procedente la caducidad no será admisible disponer la revocación, y viceversa. Tal procedencia, pues, no depende del exclusivo arbitrio de la autoridad concedente, ya que ello equivaldría a que el Estado -por sí y ante sí- deje sin efecto sus propias convenciones, lo cual, por contrariar elementales principios de derecho, fue reiteradamente vedado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (850) . La procedencia de la caducidad y de la revocación aparece, entonces, regulada por *normas* o *principios* jurídicos. Por eso resulta objetable el descuido de la pureza terminológica en que suelen incurrir tratadistas, legisladores y tribunales, que designan equivocadamente como caducidad lo que es revocación y recíprocamente. En unos casos será procedente la *caducidad* y en otros supuestos la *revocación,* con sus respectivas consecuencias: todo depende de los "hechos" o "motivos" que lleven al concedente a extinguir el acto. Pero la declaración de caducidad, aun en los supuestos de su procedencia legal, no es atribución

meramente potestativa del Estado: requiere comprobación de los hechos que la autoricen. De lo contrario nos colocaríamos en el terreno de lo arbitrario, negación de lo jurídico.

Si bien el *incumplimiento* de las obligaciones por parte del concesionario puede determinar la caducidad de la concesión, cabe advertir que no todo incumplimiento generará esa consecuencia. Es preciso, en primer lugar, que el incumplimiento sea *imputable* al concesionario. Esto, por constituir la aplicación de un principio general de derecho, es admitido por la generalidad de la doctrina y hállase expresamente establecido en numerosas leyes y proyectos (851) . En segundo lugar, y salvo el caso de expresa estipulación de caducidad para un supuesto determinado, el incumplimiento debe revestir *cierta gravedad,* y referirse a obligaciones *esenciales* a cargo del concesionario, todo lo cual constituye una cuestión de hecho que exige prudente apreciación (852) .

Finalmente, es de doctrina que la caducidad no debe decretarse ante la mera comprobación de la falta, sino que previamente debe intimarse al concesionario para que cumpla sus obligaciones o suministre una explicación, y que recién en el caso de que mantenga su actitud o no desvirtúe el cargo que se le formule, procederá la caducidad. Es lo que se expresa diciendo que al concesionario previamente debe dársele *audiencia,* o que debe ser *oído,* o puesto en *mora,* o ser *notificado, intimado* o *interpelado* (853) . El fundamento racional de esto radica en que, por más que la concesión de uso se otorgue en el directo e inmediato interés privado del concesionario (ver nº 1825), es de interés público la adecuada utilización de las dependencias dominicales, ya que en las respectivas concesiones hay también un interés público o colectivo, aunque *mediato* o *indirecto* (ver nº 1822, texto y nota 139). Además, tal temperamento concuerda con el principio fundamental de derecho en cuyo mérito nadie puede ser penado o juzgado sin ser oído, norma que aparte de regir en el terreno judicial, debe hallar aplicación en el ámbito administrativo, so pena de incurrirse en arbitrariedad, ya que entonces estaría actuándose fuera del orden jurídico establecido (854) .

Hay tratadistas que no sólo vinculan la caducidad al *incumplimiento* de obligaciones del concesionario, sino que además extienden a otros supuestos la procedencia de aquélla. Así, consideran causal de caducidad la disminución de las condiciones subjetivas en las concesiones otorgadas *intuitu personae* -como las de "servicio público"-, dando como ejemplos de ello la "muerte" y la "quiebra" (855) . En principio general esto carece de aplicación respecto a las concesiones de *uso* del dominio público, las cuales, en su gran mayoría, se otorgan *"intuitu rei",* como ocurre en las concesiones de agua para irrigación, o se otorgan objetivamente en exclusiva consideración a una *"empresa"* o *"actividad",* sin que en ello influya la "persona" del concesionario, como ocurre en las concesiones de sepultura, por ejemplo. La concesiones de *uso* sólo excepcionalmente se otorgan "intuitu personae", lo que habitualmente sucede cuando dicha concesión sirve de base para la organización de un servicio público. En las concesiones de agua para irrigación o en las concesiones de sepultura, la muerte o la quiebra del concesionario no influyen en la extinción de la concesión, pues tales concesiones no se otorgan "intuitu personae", sino *"intuitu rei"* o en forma objetiva, en consideración a una "empresa" o a una "actividad". Sólo en las concesiones de *uso* otorgadas en consideración a la persona -*"intuitu personae"*-, la muerte y la quiebra tienen decisiva influencia en la extinción de la concesión. Pero en este último tipo de concesión de uso, la muerte y la quiebra ¿constituyen

efectivamente causales de caducidad? Hay que distinguir los casos de muerte natural de los de muerte producida por suicidio o de la muerte provocada, como también la quiebra casual de la culpable o dolosa.

Tratándose de concesiones de *"uso"* otorgadas "intuitu personae", la muerte natural, o no provocada por el concesionario, no es causal de caducidad, sino de *"rescisión"* (856) , que ha de entenderse automática o de pleno derecho, cosa explicable porque a nadie puede responsabilizarse de su propio fallecimiento, y porque, tratándose de una concesión "intuitu personae", con la muerte del concesionario desaparece un presupuesto de hecho o elemento físico cuya existencia fue esencial para el otorgamiento del acto. En estos casos de muerte sería insensato decretar la caducidad y no la rescisión, porque siendo la caducidad una *sanción punitiva,* no cuadra aplicarla a un supuesto en que sólo concurre la extinción física del sujeto y que excluye toda idea de *incumplimiento* por parte del concesionario. Algo distinto corresponde decir acerca de la muerte por suicidio, o en general respecto a la muerte provocada por el concesionario. En estos supuestos el fallecimiento es imputable al concesionario y, por lo tanto, a los efectos de la concesión, debe equipararse a un *"incumplimiento"* que hace procedente la caducidad, con todas sus consecuencias. Considero, entonces, inaceptable la opinión de un autor según el cual la extinción de la concesión, en los supuestos de muerte, se opera por *revocación* (857) , pues aquí no concurre supuesto alguno de los que hacen procedente la revocación: ilegitimidad del acto o inoportunidad del mismo. En cuanto a la quiebra, si bien sirve de antecedente para extinguir la concesión otorgada "intuitu personae", esto no se produce por *caducidad,* sino por *"rescisión"* (858) si la quiebra es casual, y eventualmente por *revocación* (859) . Sólo en los supuestos de quiebra culpable o dolosa la extinción puede producirse por "caducidad", ya que tales supuestos son asimismo equiparables a un "incumplimiento" *imputable* al concesionario (860) .

1835. La caducidad reposa en un acuerdo de voluntades; la revocación, en cambio, es acto unilateral del Estado. De modo que el fundamento jurídico de la caducidad radica en el pacto, es decir, en lo estipulado por las partes (861) . Dicho pacto puede ser expreso o implícito. Es *expreso* cuando en el texto mismo de la concesión se establecen las causales en cuyo mérito el concedente podrá caducar el acto; es *implícito* o *virtual* cuando la caducidad es la obvia consecuencia derivada de la naturaleza del asunto, lo cual constituye una cuestión de hecho a resolver en cada caso concreto. En el supuesto de una concesión de *uso,* será causal implícita de caducidad, por ejemplo, el comportamiento o conducta del concesionario incompatible con el destino o afectación de la cosa dominical.

No debe confundirse el fundamento de la caducidad y de la revocación -acto bilateral y unilateral, respectivamente-, con la forma o modo de declararlas, pues esto último es acto unilateral del Estado; es decir, no debe confundirse el fundamento de la caducidad y de la revocación, con la forma de *declararlas* en los casos ocurrentes.

Claro está que la caducidad también puede proceder por causales no previstas o pactadas, sea en forma expresa o en forma implícita, supuesto éste verdaderamente excepcional, porque las causales de caducidad, cuando no estén establecidas en forma expresa, surgirán generalmente en forma *virtual*. Pero en ese caso su declaración no es atribución de la autoridad concedente, sino del órgano jurisdiccional competente, según así lo haré ver más

adelante. El fundamento de la caducidad surge, en dicha hipótesis, de los principios generales del derecho aplicables al incumplimiento de obligaciones por parte del concesionario, que en definitiva, determinarán "la resolución judicial del contrato por culpa de una parte" (862) .

1836. ¿Qué autoridad es la competente para declarar la caducidad? Como quedó expresado precedentemente (ver texto y nota 229), las causales de caducidad pueden o no haberse pactado o previsto en la concesión. Esto repercute en la determinación de la autoridad competente para declararla.

Si la causal de caducidad está prevista o pactada en la concesión, su declaración es acto de la *autoridad concedente* (863) , que puede ser el poder administrador o el poder legislativo, según el caso. En esta hipótesis rige lo que se ha llamado *"paralelismo de las competencias",* con lo que quiere expresarse que el retiro del acto del campo jurídico debe efectuarlo la misma autoridad que intervino en su emanación. Tal es el principio general, que por cierto puede ceder ante un texto expreso que disponga otra cosa. En materia de caducidad y de revocación se ha dicho que existe una relación de correlatividad entre poder positivo de emanar y poder negativo de revocar o caducar (864) .

Si la causal de caducidad que se invoca no hubiese sido prevista o pactada en la concesión -caso raro, porque si la causal no hubiese sido establecida en forma *expresa,* generalmente surgirá entonces en forma *"implícita"*- la caducidad debe ser declarada por el órgano jurisdiccional competente, en virtud de demanda judicial o contenciosoadministrativa (865) . Tal es el principio, que desde luego puede variar ante un texto que disponga lo contrario.

Al atribuirle al concedente -que casi generalmente es la Administración Pública- la facultad de declarar caduca una concesión, no siempre los autores hicieron la debida distinción entre caducidad cuyas causales hayan sido pactadas o previstas y caducidad cuyas causales no fueron previstas o pactadas. Así ocurre con Presutti, por ejemplo (866) . Esa indispensable y fundamental *distinción* tampoco fue tenida en cuenta por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues, refiriéndose a una concesión de servicios públicos, se limitó a afirmar que *"es el poder concedente* el facultado para cancelarla o declararla caduca y no el Poder Judicial, como ocurre en el caso de contratos de derecho común" (867) , pronunciamiento que, por ese motivo, fue justamente criticado por destacados escritores (868) .

¿Por qué la caducidad pactada o prevista puede ser declarada por el concedente? Dos razones se dan en apoyo de tal solución: 1º) que en dicho supuesto ninguna discusión puede haber sobre la apreciación o la justificación de ella; 2º) que el hecho de haber establecido la causal de caducidad, permite reputar que el concesionario ha renunciado a la discusión judicial sobre esa causal (869) .

Pero la causal de caducidad no sólo puede estar expresamente prevista o pactada, sino que además puede resultar *implícitamente* convenida. En tal caso, ocurrido el respectivo acontecimiento, la caducidad puede asimismo ser declarada por el *concedente*. Se aplican iguales principios que en el caso de caducidad *expresamente* pactada. *Eadem ratio, idem ius*. Es lo que sucedería en los casos de incumplimiento de condiciones *esenciales* relacionadas con la concesión de uso de las cosas dominicales. La determinación de si el

incumplimiento u omisión afecta o no una condición *esencial* relativa al uso de la dependencia del dominio público, no depende del exclusivo arbitrio administrativo: constituye una cuestión de hecho que deberá ser resuelta en cada caso concreto, teniendo en cuenta la índole de la concesión de que se trate (870) .

¿Cuál es la razón en cuyo mérito la caducidad cuya causal no fue pactada o prevista debe se declarada por el Poder Judicial? Como razón de ello se dijo que el hecho respectivo debe probarse (871) . A este argumento debe agregarse el siguiente: que no debe presumirse la renuncia a ser juzgado por los correspondientes órganos jurisdiccionales establecidos por el derecho positivo (872) .

El hecho de atribuirles a poderes distintos la facultad para declarar la caducidad de una concesión, según que las respectivas causales estén o no previstas o pactadas, aparte de las razones ya dadas, tiene sobrada explicación racional, porque tratándose de situaciones distintas se justifica la existencia de un derecho también distinto. Nuestro ordenamiento positivo auspicia tal solución: respecto a la condición resolutoria, el artículo 216 del Código de Comercio establece que, cuando la misma fue pactada, el contrato se resuelve *ipso iure,* en tanto que, cuando tal condición sea implícita, la resolución del contrato debe reclamarse judicialmente (873) .

Si bien nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, al referirse a la autoridad habilitada para decretar la caducidad, no hizo la fundamental distinción entre caducidad pactada expresa o implícitamente y caducidad no pactada en forma alguna, omisión o inadvertencia lamentable sin duda, la Suprema Corte de Tucumán, en cambio, a pesar de hallarse bien advertida de la necesidad de esa distinción revelada por la doctrina -pues al respecto citó los nombres de Jèze, Spota y del autor de la presente obra, cuyas opiniones desestimó-, citando equivocadamente a Bielsa -a quien le atribuyó afirmaciones que éste no hizo-, resolvió que, en *todos* los casos, la caducidad debía ser declarada por el concedente (874) . Como fundamento de su resolución, dicho Tribunal dijo que ello era así "por no ser posible la anomalía de que la Administración deba esperar los resultados de un juicio que puede durar largo tiempo y, mientras tanto, se mantenga interrumpida la continuidad del servicio quedando el Estado coartado en sus atribuciones de otorgar una nueva concesión" (página 482). El desacierto de la Suprema Corte de Tucumán es manifiesto:

1º Por de pronto, adviértase que, en sí mismo, el argumento del expresado Tribunal no es pertinente: se refiere a la *"continuidad del servicio",* en tanto que el caso sometido al juzgamiento del Tribunal no se refería a una concesión de servicio público, sino a una concesión de *"uso"* sobre el dominio público (concesión de sepultura). El *"servicio público"* y el *"uso"* del dominio público difieren entre sí (ver nº 1805); la concesión de "servicio público" y la de "uso" de las dependencias dominicales, si bien presentan un fondo jurídico común, tienen sin embargo profundas diferencias (ver nº 1821).

2º Tratándose de una caducidad cuya causal no resulte pactada en forma alguna (ni expresa ni implícitamente), dije que ella debía ser declarada por el Poder Judicial, porque el hecho respectivo debía probarse (opinión de Bielsa) y porque no debe presumirse la renuncia a ser juzgado por los correspondientes órganos jurisdiccionales establecidos por el derecho positivo (opinión mía, compartida por Villegas Basavilbaso). La Suprema Corte de Tucumán no advirtió, pues, que la razón de que tal tipo de caducidad fuese declarada por el

Poder Judicial, no es otra que el imperativo de la cultura jurídica a que hemos llegado y los principios vigentes en el Estado de Derecho, que imponen la necesidad de que el individuo sea juzgado respetando las garantías esenciales establecidas en la Constitución.

3º Para llega a la conclusión a que arribó, la Suprema Corte de Tucumán no necesitaba hacer, como lo hizo, una improcedente declaración general, menospreciando los principios y subestimando las conclusiones de la doctrina. Dicho Tribunal no advirtió la diferencia entre caducidad cuya causal resulta establecida *"implícitamente"* -que puede ser declarada en forma directa por el concedente- y caducidad cuya causal *no fue pactada en forma alguna,* la cual sólo puede ser declarada por el Poder Judicial a requerimiento del concedente. En el caso en cuestión tratábase, sin lugar a la menor duda, de una caducidad cuya causal resultaba pactada *"implícitamente",* pues referíase a una condición *esencial* vinculada al uso de la dependencia pública (se dispuso la caducidad de la concesión de sepultura, porque el concesionario dejó transcurrir más de veinte años sin construir el mausoleo correspondiente). Como tal tipo de caducidad puede ser declarada en forma directa por el concedente, a la Suprema Corte de Tucumán le habría bastado con decirlo así.

4º Es inexacto que, en su obra "Estudios de Derecho Público" (tomo 1º, páginas 558-559, Buenos Aires, 1950), Bielsa haya dicho que la caducidad cuya causal no haya sido pactada, puede igualmente ser decretada por el concedente. No dijo semejante cosa. La caducidad que, de acuerdo con el criterio de Bielsa -que comparto, y que está de acuerdo con las conclusiones que he dado precedentemente- puede decretar directamente el concedente, es aquella cuyas causales hayan sido previstas expresa o *"implícitamente"*. En el lugar mencionado, Bielsa se refiere al supuesto en que el concesionario se niegue a seguir prestando el servicio. Va de suyo que, semejante causal de caducidad, si no se la hubiere pactado expresamente, deberá considerársela establecida *"virtual"* o *"implícitamente"*. No hay que confundir caducidad cuya causal resulte establecida *"implícitamente"* con la caducidad cuya causal no haya sido pactada o prevista en forma alguna. De tal diferenciación me he ocupado en párrafos precedentes. Como surge de la nota 232, Bielsa es categórico en el sentido de que la caducidad *"no pactada"* (no pactada expresa ni implícitamente) debe ser declarada por el Poder Judicial a solicitud del concedente.

Es de desear que, en un nuevo pronunciamiento, la Suprema Corte de Tucumán ajuste su decisión a las exigencias de la lógica jurídica reveladas por la doctrina científica, fuente indirecta del derecho.

1837. Una vez declarada, la caducidad produce efectos jurídicos que deben estudiarse en relación con los siguientes aspectos: a) desde cuándo se computan dichos efectos; b) ejercicio de la concesión; c) bienes del concesionario; d) procedencia o improcedencia de una indemnización al concesionario; e) derechos del Estado a un resarcimiento.

a) En relación con el tiempo, la caducidad produce efectos *"ex nunc",* vale decir para el futuro y a partir de la fecha del acto de caducidad.

b) Siendo la caducidad un medio extintivo de la concesión, su primer efecto consiste en impedir que el concesionario siga ejercitando el derecho a que la concesión se refiere. Tratándose de concesiones de uso del dominio público, la caducidad produce la extinción del derecho a seguir ejercitando el uso pertinente.

En tal orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo: "La caducidad de la concesión, fuera de toda disposición expresa acerca de sus efectos en relación a los bienes y a las obras afectadas al servicio público, no puede tener más consecuencia que la de privar al concesionario del derecho de hacer aquello mismo que el acto de concesión le otorgaba como privilegio, esto es, la facultad de ejercer su actividad futura en esa parte de la administración pública que dentro de ciertos límites le había sido delegada" (875) .

c) En relación con los bienes del concesionario, la caducidad, en principio, no tiene efecto alguno. Ellos siguen perteneciendo a su titular: el concesionario. Mas puede ocurrir que en el acto de concesión se haya estipulado que, a su vencimiento o al producirse su caducidad, los bienes de referencia pasen a poder del Estado sin indemnización alguna a favor del concesionario. En tal caso, de acuerdo con esa estipulación, los bienes pasarán al Estado sin cargo alguno para éste (876) .

En sentido concordante, la Corte Suprema de Justicia Nacional expresó lo siguiente: "Del hecho de que por la caducidad haya desaparecido la posibilidad de que el concesionario emplee los medios delegados por el concedente para que aquél obtenga la compensación pecuniaria que fue para él la causa determinante de la aceptación de la concesión, no fluye necesariamente la consecuencia de que las obras realizadas por él y que pueden representar un valor estimable, hayan de quedar en beneficio del concedente, cuando éste las aprovecha, sin ninguna indemnización"... "La caducidad, pues, no puede tener otro efecto esencial que el de cercenar al concesionario lo que la concesión le atribuía, como privilegio, sin afectar su patrimonio, sino en la medida de las sanciones o cláusulas penales expresamente establecidas" (877) .

Pero si no obstante no haberse previsto algo en la concesión, al declararse su caducidad el Estado se apodera de los expresados bienes del concesionario, aquél entonces deberá indemnizar a éste, abonándole el valor de los bienes. De lo contrario estaríamos frente a un despojo (878) . La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en sentido concordante; dijo así: "La declaración de caducidad no autoriza de por sí la ocupación por parte de la autoridad concedente de los bienes propios del concesionario afectados a la prestación de los servicios que constituyen el objeto de la concesión. Una cosa es la concesión, otra los bienes del concesionario por más que estén afectados del modo que se acaba de indicar. A estos últimos los ampara la inviolabilidad de la propiedad que, en principio, sólo cede ante la expropiación por causa de utilidad pública formalmente declarada y previa indemnización (art. 17 de la Const. Nacional)" (879) .

Desde luego, la protección de los bienes del concesionario se extiende a todo aquello que integre el concepto constitucional de *propiedad*. Por eso no sólo se han amparado las *cosas* que el concesionario afectó a la prestación del servicio (880) , sino también el *trabajo -obras* en el caso- realizado por él y de que se apropió el Estado (881) .

d) La declaración de caducidad ¿crea para el concesionario el derecho a ser indemnizado a raíz de que, en lo sucesivo, no podrá ejercitar la concesión?

Precedentemente dije que la caducidad procedía cuando el concesionario incurre en *incumplimiento* de obligaciones a su cargo, y siempre que dicho incumplimiento le sea imputable. En semejantes condiciones, va de suyo que la caducidad, por sí, no constituye

título para que el concesionario obtenga indemnización alguna, pues la extinción de la concesión, en definitiva, se deberá a un hecho del que el concesionario es responsable. El daño o perjuicio que en ese supuesto reciba el concesionario, no es indemnizable, porque no cae bajo la protección del derecho. Aquí también es aplicable el viejo principio de derecho concebido por los romanos: "no se entiende que el que sufre daño por su culpa sufre daño" (882) .

Más aún: el incumplimiento de un contrato -sea éste de derecho privado o de derecho público-, en vez de dar derecho a una indemnización en favor del que dejó de actuar de acuerdo con el pacto, sólo haría nacer la obligación de indemnizar a la otra parte, tal como lo expresaré a continuación (letra e.).

De modo que la caducidad de una concesión no crea, por sí, el derecho a una indemnización en favor del concesionario.

e) El Estado ¿tiene derecho a ser indemnizado por el concesionario cuando las circunstancias hayan determinado la caducidad de la concesión?

Como la procedencia de la caducidad responde al *incumplimiento* de las obligaciones del concesionario, y siempre que dicho incumplimiento le sea imputable al mismo, por aplicación de principios generales resulta claro que el co-contratante -el Estado en este caso- tendrá derecho a ser indemnizado, en tanto y en cuanto la actitud del concesionario le haya efectivamente ocasionado un *perjuicio*. No habiendo *perjuicio* no habrá lugar a indemnización (883) .

1838. d) *Revocación*

La revocación es otro medio jurídico extintivo de la concesión de uso.

Debe distinguírsela cuidadosamente de otros medios de extinguir las concesiones, entre ellos de la "nulidad" y de la "caducidad", de lo cual me he ocupado en parágrafos precedentes (números 1832 y 1834).

La revocación reconoce como causa determinante de la extinción del acto, la ilegitimidad de éste o las exigencias del interés público. De ahí los dos tipos de revocación: a) por razones de ilegitimidad; b) por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

Es un acto unilateral del Estado (884) . Para operarse o hacerse efectiva no requiere el consentimiento del concesionario, vale decir no es menester el concurso de la voluntad de éste. Su procedencia, pues, queda librada al criterio del concedente, lo que se explica, ya que uno de los caracteres del poder de revocación es su "discrecionalidad" (885) , rasgo que aparece más nítido en la revocación por razones de oportunidad.

No reviste carácter de *"sanción"*. En los supuestos de revocación por razones de ilegitimidad es el medio que tiene el concedente de observar la ley y cumplir con ésta, acomodando el acto al derecho vigente, con lo que, como bien dijo un autor, la autoridad concedente ejerce una potestad de policía sobre sus propios actos. En los casos de revocación por razones de mérito, oportunidad o conveniencia, es el medio de satisfacer el interés público o general, en cuya hipótesis la revocación tiene *"substancia"* de

expropiación, al extremo de que algunos *"principios"* inherentes a ésta le son aplicables a aquélla.

De manera que la revocación puede referirse a concesiones que impliquen actos administrativos *regulares* o *irregulares*; de ahí los dos expresados casos admitidos por la doctrina para la procedencia de la revocación de concesiones: por razones de *oportunidad* (conveniencia o mérito) y por razones de *ilegitimidad,* que respectivamente presuponen un acto *regular* y uno *irregular.*

La revocación por razones de *oportunidad* supone que es necesario para el interés público que no siga subsistiendo una determinada concesión de uso sobre la respectiva dependencia dominical. Por ello, hablar de revocación por razones de *oportunidad* equivale a hablar de revocación por razones de *interés público* (886) .

Presutti, al referirse a la revocación, distingue entre concesiones con plazo y concesiones sin plazo. En el primer supuesto rechaza la posibilidad de la revocación, salvo que una norma jurídica posterior la autorice, en cuyo caso el concesionario debería ser indemnizado; en el segundo supuesto admite la revocación (887) . No comparto ese modo de pensar. No corresponde semejante distinción, por cuanto el *interés público* que actuaría como causal de la revocación no admite tales distingos (888) . Además, si se acepta que el fundamento de la revocación por razones de "oportunidad", como lo haré ver más adelante, es substancialmente análogo al de la expropiación, no podrá decirse que en esta materia tenga influencia alguna la existencia o inexistencia de un plazo en la respectiva concesión. Prueba de ello es que el derecho de dominio privado, a pesar de su perpetuidad, cede igualmente ante la expropiación por causa de utilidad pública.

Algunos autores, como Cammeo, Merkl y De Valles, estiman que no todo *interés público* puede servir de base a la revocación, sino que debe tratarse de un interés público *cualificado, compenetrado* con la concesión (889) . No comparto ese criterio restrictivo, pues, aceptando que el fundamento de la revocación sea análogo al de la expropiación, cabe advertir que el *interés público* que ha de servirle de base no es "calificado" o específico, sino *genérico* y que, por lo tanto, puede responder a cualquiera de las innumerables causas que lo motivan (890) . Así, por ejemplo, la *"inoportunidad"* actual de la concesión puede también resultar de su falta de armonía con el *actual* sistema legal positivo, autorizando esto la revocación del acto por razones de "mérito" (conveniencia u oportunidad) (891) . Lo esencial es que *efectiva y realmente* el interés público requiera, para su satisfacción, que la concesión sea revocada (892) , pues la revocación no puede ser irrazonable o con desviación de poder (893) .

La revocación por razones de *ilegitimidad* tiene lugar en supuestos de concesiones otorgadas con vicios legales, referidos éstos a los requisitos esenciales para la existencia válida del acto. En un parágrafo próximo, al ocuparme de la autoridad habilitada para revocar por razones de ilegitimidad, me referiré a cuándo la autoridad concedente puede extinguir por esa vía una concesión (894)

1839. ¿Cuál es el fundamento jurídico de la potestad de revocar la concesión de uso?

Al referirse al fundamento jurídico de la revocación, muchos autores lo hacen radicar en el carácter *precario* que ellos le atribuyen a las concesiones, en general. Pero tal criterio, erróneo de suyo (ver el nº 1823), no alcanza a explicar el derecho a la indemnización que todos le reconocen al concesionario cuando se trata de una revocación por razones de *oportunidad*. Por eso, cuando se trata de desentrañar el fundamento jurídico de la revocación, debe prescindirse de lo atinente a la precariedad o a la estabilidad de la concesión (895) .

Tampoco creo que al hablar de la revocación de una concesión baste decir, como lo hacen algunos autores, que el fundamento de la facultad revocatoria radique en la propia esencia o naturaleza de la concesión. En efecto: por regla general se acepta la posibilidad de revocar una concesión cuando el *interés público* lo exija, pero mediante indemnización; mas como no sólo una concesión -sea ésta de servicio público, de obra pública o de uso del dominio público- puede dejar de existir, en esas condiciones, cuando el *interés público* lo requiera, sino que también otros derechos -incluso el de dominio privado- pueden dejar de subsistir cuando lo reclame el *interés público* (utilidad pública), resulta que la invocación a la *esencia* o a la *naturaleza* de la concesión para fundamentar el derecho a revocarla es insuficiente. Todo derecho, no sólo el emergente de una concesión -cualquiera sea su especie-, puede ceder por razones de interés público. La posibilidad de ceder ante el interés público es, pues, inherente a la esencia o a la naturaleza de todo derecho y no exclusiva de la esencia o de la naturaleza de una concesión de uso del dominio público.

Es otro el criterio que debe seguirse para establecer el *fundamento* de la facultad de revocar una concesión.

La acertada dilucidación de este punto requiere que se distingan las dos especies de revocación: por *ilegitimidad* y por *oportunidad*. En uno y otro caso los fundamentos son distintos.

1º *Revocación por ilegitimidad*

En los casos en que el concedente puede revocar la concesión por razones de ilegitimidad, el fundamento de tal potestad radica en el poder de policía sobre sus propios actos correspondiente al Estado, a fin de que tales actos armonicen con el derecho vigente en el momento de su emanación.

2º *Revocación por oportunidad*

Como ya lo expresé, la revocación de una concesión por razones de *oportunidad* procede cuando el *interés público* así lo requiere.

De modo que el fundamento de la facultad para revocar una concesión por razones de oportunidad o conveniencia, radica en el *"poder"* y a la vez *"deber"* del Estado de satisfacer en la mejor forma las necesidades públicas o colectivas, es decir el *interés público*. De ahí que tal revocación pueda efectuarse en cualquier momento que el interés general lo exija.

Pero ese *interés público* que se invoca para esta hipótesis específica, es análogo o equivalente a la *utilidad pública* que actúa como base ético-jurídica del derecho

expropiatorio. Son varios los tratadistas que en definitiva aceptan o reconocen esa analogía substancial entre la revocación por razones de oportunidad y la expropiación (896) ; pero también los hay que se pronuncian en sentido opuesto, aunque sus argumentos resulten deleznables (897) . De manera que cuando el interés público lo exija, el Estado puede privar al concesionario de los derechos patrimoniales que la concesión le creó, ya sea recurriendo a la *revocación* del acto o expropiando el respectivo derecho. Si bien, cuando el interés público lo reclame, para extinguir el derecho de uso del concesionario el Estado generalmente recurrirá a la revocación por razones de oportunidad, ningún principio jurídico obsta a la *expropiación* de tal derecho de uso, cuya naturaleza y caracteres analicé en parágrafos anteriores (ver números 1825 y 1826). Algunos tratadistas, al negar la posibilidad de tal expropiación, olvidan dicha naturaleza y caracteres del expresado derecho de uso (898) .

De esa analogía substancial -aunque no absoluta identidad- entre la revocación por razones de oportunidad y la expropiación, dedúcese que, en última instancia, a igual que en materia de expropiación, el fundamento de la revocación por razones de oportunidad radica en la necesidad de que el Estado cumpla sus fines. Tal es, en su esencia, el fundamento de esta facultad revocatoria. Va de suyo que entra en los fines del Estado satisfacer las exigencias del interés público, haciendo, por ejemplo -para lograr eso-, que en forma lícita un derecho salga del patrimonio individual y pase al de la colectividad (899) .

Puede afirmarse que el *fundamento* mismo de la potestad estatal -Administración Pública- para extinguir sus actos administrativos creadores de derechos, o sus contratos administrativos (entre éstos la concesión de uso), revocándolos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, hállase ínsito en el propio fin esencial del Estado, o sea la protección del interés general o público.

Dicho *fundamento* consiste, pues, en el *poder,* a la vez que *deber* de la Administración Pública de armonizar los actos emitidos por ella -o los contratos administrativos celebrados por ella- con las *actuales* exigencias o conveniencias del interés público, actuando para satisfacerlo y mediante indemnización.

No se requiere ley o norma expresa que autorice tal tipo de revocación, pues trátase de un poder ínsito en el propio fin esencial del Estado: protección del interés general o público, a través de la Administración Pública, y siempre mediante indemnización. Ese poder de revocación constituye un privilegio especial reconocido a la Administración Pública por la ciencia jurídica moderna.

Ha de tenerse bien presente que hablar de revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, equivale a hablar de revocación por razones de *interés público*. No se refiere a cuestiones de legitimidad. Esto es trascendente.

Cabe advertir, finalmente, que el medio para obtener la extinción de un derecho de origen y naturaleza *"administrativo"* queda librado al criterio del Estado, quien, según las circunstancias, elegirá entre la revocación (interés público) o la *expropiación* (utilidad pública). Esto no se opone a principio alguno (900) .

1840. A los fines de determinar qué autoridad es la competente para declarar la revocación, hay que distinguir si ésta responde a razones de *oportunidad* -conveniencia o mérito- o de *ilegitimidad,* diferenciándose en este último supuesto si de la concesión ya han nacido o no derechos para el concesionario.

Si la revocación responde a razones de *oportunidad*, su declaración, por principio, es facultad propia del *concedente,* que puede ser la Administración Pública o el Poder Legislativo. También aquí tiene aplicación lo dicho en materia de caducidad: la potestad de extinguir el acto por esa vía le pertenece a la misma autoridad que intervino en su emanación. Sigue imperando el llamado "paralelismo de las *competencias*" (ver nº 1836).

De manera que tratándose de una concesión de uso otorgada por la Administración Pública en ejercicio de sus facultades, la revocación del acto la dicta ella misma (901) . En cambio, si se tratare de concesiones otorgadas directamente por ley formal, la revocación debe efectuarse mediante otra ley formal, vale decir por acto del Poder Legislativo (902) .

En cuanto al tiempo dentro del cual la autoridad concedente puede revocar una concesión por razones de *oportunidad,* cabe advertir que puede hacerlo en cualquier momento: al respecto no hay término. Es comprensible que así sea, pues, como quedó dicho en un parágrafo precedente, el fundamento de la revocación por razones de *oportunidad* es análogo al de la expropiación, ya que los fundamentos de aquélla y de ésta -"interés público" y "utilidad pública", respectivamente- son equivalentes; de ello deriva que la revocación, motivada por esta causal, puede declararse cuando el *interés público* así lo requiera, es decir, en cualquier momento. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al decir en una de sus sentencias que "tratándose de concesiones otorgadas por la Nación, su caducidad está sometida al criterio y apreciación de la Nación misma, según considere que subsisten o no los motivos de utilidad general que fundaron aquéllas, sin que ningún interés de orden privado pueda sobreponerse a las consideraciones y voluntad del concedente" (903) .

Por razones de *ilegitimidad* también se le reconocen facultades al concedente para revocar la concesión, aunque algunos autores, como Gabino Fraga, estimen que la revocación sólo extingue el acto por razones de *oportunidad* y que la *anulación* lo extingue por razones de *ilegitimidad* (904) .

Pero si es indiscutible la facultad del concedente para revocar sus actos cuando éstos no han creado derechos, las cosas cambian cuando como consecuencia de una concesión -que después resulta o se pretende viciada de ilegitimidad- han nacido derechos, que si bien, a raíz de ese vicio, no son perfectos, por lo menos tienen *apariencia* o *color* legal. ¿Puede la Administración Pública, por ejemplo, revocar una concesión en semejantes condiciones? Juzgo que no puede ni debe hacerlo, ya que en tal supuesto, so pretexto de revocar un acto, lo que en realidad ocurre es que la Administración "anula" la concesión, arrogándose así facultades judiciales y erigiéndose en juez de su propia causa. De modo que cuando esto suceda, de nada valdrá decir que la Administración no *anuló,* sino que *revocó* la concesión, pues lo que ha de considerarse es la *substancia* del acto y no el nombre que se le dé. Por lo demás, si bien el *interés público* merece el máximo respeto, esto debe lograrse sin menoscabo de las garantías y postulados fundamentales consagrados por la Constitución. El respeto de esos grandes principios es también de *interés público* (905) .

Para atribuirle a la Administración Pública la facultad de revocar todo acto que considere viciado, hay quienes pretenden que en los supuestos de *ilegitimidad* la concesión no ha podido originar derechos, los que sólo nacen de actos legítimos; que todo acto fuera de la ley no puede engendrar más que "una aparente situación jurídica, cuya destrucción no implica lo que en términos técnicos se denomina la privación de un derecho" (906) . A juicio mío, tal razonamiento es doblemente criticable:

1º De los actos nulos, en tanto la nulidad no sea declarada, nacen derechos, porque mientras ello no ocurra el acto existe y tiene efectos jurídicos (907) . Es lo que se desprende de los artículos 1050 y siguientes del Código Civil, cuyo sistema es de aplicación en el Derecho Administrativo, según así lo declaró la Corte Suprema de Justicia Nacional (908) . De una concesión viciada de *ilegitimidad* nacen derechos que, en tanto la concesión no sea legalmente extinguida, tienen por lo menos *apariencia legal,* la que recién desaparecerá cuando la autoridad competente haya declarado la respectiva nulidad. Cuando el acto, pues, tiene *color legal,* aunque después su análisis demuestre violación de la ley, él engendra derechos *aparentes,* que si bien no tienen el vigor necesario para resistir a su futura anulación, aparejan sin embargo el derecho a que su juzgamiento se realice con todas las garantías legales y previas todas las pruebas necesarias. Sólo las vías de *hecho,* las *groseras* violaciones de la ley, y no los meros actos administrativos ilegales, no engendran ni derechos *aparentes;* pero los actos administrativos meramente ilegales sí engendran derechos de esta índole (909) . Y recuérdese que todo acto administrativo, como característica propia, lleva la presunción de validez, lo cual corrobora lo que dejo expuesto (910) .

2º Aparte de lo anterior, aquí están en juego dos principios fundamentales de nuestra organización política y jurídica: a) la separación de los poderes de gobierno, en cuyo mérito la facultad de juzgar le compete al Poder Judicial y no al Poder Ejecutivo; b) el respeto a la propiedad, cuya inviolabilidad resultaría vulnerada si el Poder Ejecutivo, por sí y ante sí, pudiese aniquilar derechos nacidos al amparo de actos administrativos.

La jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal se ha definido en el sentido que dejo expuesto. Le ha negado facultades al Poder Ejecutivo para extinguir, por sí y ante sí, derechos legítimos o *"aparentemente legítimos en virtud de su título",* o derechos cuya adquisición resulta del cumplimiento, *"por lo menos aparentemente",* de los requisitos exigidos por la ley respectiva. Si bien en uno de esos casos se trataba de derechos adquiridos conforme al Código de Minas, y en el otro caso se trataba de la venta de tierra pública, y no precisamente de concesiones de uso del dominio público, lo que interesa es el *principio* que al respecto sentó el Tribunal (911) .

En general, y especialmente en sus posteriores pronunciamientos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró que los actos administrativos creadores de derechos no podían ser revocados por el Poder Ejecutivo, por sí y ante sí, sino que debía recurrir al Poder Judicial gestionando la nulidad correspondiente. Así lo ha declarado con motivo de revocación de concesiones mineras, de jubilaciones civiles, pensiones militares, locación y compraventa de tierra pública, etcétera (912) . Y cuando en alguna oportunidad admitió que el Poder Ejecutivo revocara el acto por el cual transfirió una porción de tierra fiscal, ello fue porque el decreto de revocación "ha sido entendido y aplicado en el concepto de que el

agente fiscal debía acudir a los tribunales a solicitar la declaración de nulidad" (913) . Entre otras declaraciones fundamentales, el Tribunal hizo las siguientes:

A. "Que no existe ningún precepto de ley que declare inestables, revisibles, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo, dejando los derechos nacidos o consolidados a su amparo a merced del arbitrio o del diferente criterio de las autoridades, cuyo personal sufre mutaciones frecuentes por ministerio constitucional, legal o ejecutivo" (914) .

B. "A falta de disposiciones especiales, el Consejo de Estado de Francia fijó en dos meses el tiempo máximo para la revocación de actos administrativos, aun de aquellos irregulares, cuando se hubiese reconocido derechos a los particulares. La perennidad de lo inestable en materia de Derecho Administrativo carece de base legal y justiciera" (915) .

C. "El Poder Ejecutivo... carece de facultad para modificar por sí y ante sí, en cualquier tiempo, las situaciones creadas al amparo de sus resoluciones ejecutoriadas, con valor de cosa juzgada salvo la acción judicial de anulación" (916) .

D. "Que es un principio de derecho público reiteradamente declarado por este Tribunal que las resoluciones administrativas, dictadas a solicitud de parte, que definen o reconocen derechos individuales son irrevisibles, porque así lo aconseja el interés público que en el caso se confunde con el de la certidumbre del derecho" (917) .

E. "Que esta interpretación no importa privar al Fisco del derecho de anular una concesión definitivamente acordada cuando puede probarse que para obtenerla, se ha procedido con fraude, simulación o error en perjuicio de los intereses fiscales, o contrariando los propósitos fundamentales de la ley. Pero, entonces, el Fisco debe recurrir a la justicia, donde en terreno igual y con todas las garantías de la defensa, pueda dilucidarse ampliamente la cuestión suscitada y definirse los derechos de una y otra parte" (918) .

Si bien los tratadistas no se pronuncian con uniformidad en esta materia, puede afirmarse que la opinión se inclina hacia la solución expuesta. "Si el acto nulo o revocado -dice un profesor- aún no ha tenido ningún efecto jurídico, es decir, si no ha creado en su nacimiento ningún derecho a favor de particulares, la misma administración puede directamente retirarlo. Está en sus funciones de autotutela legal realizar esta remoción... Si el acto que debe ser anulado o revocado ha creado derechos subjetivos a favor de particulares, si no existe una disposición legislativa con carácter excepcional que autorice el retiro por la misma administración, la exclusión deberá ser resuelta por órganos jurisdiccionales; considerar lo contrario sería hacerla juez en una contienda donde ella es una de las partes. No se discute en este caso la revocabilidad o anulabilidad de la administración, sino el respeto a los derechos adquiridos" (919) .

Es, pues, improcedente la revocación *sine die*, en cualquier momento, de una concesión -sea ésta de servicio público, de uso del dominio público o de obra pública-, cuando al amparo de ella han nacido o se han creado derechos. Si en tales condiciones se estima que la concesión está viciada de ilegitimidad, su extinción constituye actividad jurisdiccional y no administrativa (920) .

Por cierto, como es comprensible, hay autores que no comparten mi criterio. Así, Bielsa, preguntándose si la autoridad administrativa puede revocar, por sí, el acto que ha creado o reconocido derechos, contesta que el acto administrativo es esencialmente revocable; que sostener la irrevocabilidad absoluta del acto administrativo en atención al derecho del particular, importaría nada menos que subordinar el interés público, que la Administración Pública debe gestionar, al interés privado, lo que no sólo es contrario a los principios del derecho público, sino también a los establecidos en los códigos de derecho privado. Termina su razonamiento con estas palabras: "Conviene establecer legalmente la irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos controvertidos" (921) . Esta opinión -que, desde luego, no comparto- ha sido *expresamente* rebatida, en lo principal, por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual dijo literalmente así: "Aun los que aceptan la revocación y desestiman el valor de la cosa juzgada en el Derecho Administrativo argentino, sostienen la necesidad de la ley que establezca una estabilidad jurídica mediante la irrevocabilidad por vía administrativa de decreto declarativo de derechos contestados (conf. Bielsa: "Derecho Administrativo", 1ª edic., nº 211 y notas 25 y 26, págs. 340 y 341); pero parece justo que lo que debiera establecer la ley, como excepción al principio general de la estabilidad y certidumbre del derecho declarado y reglado, es la facultad de revocación *sine die* del poder administrador y no a la inversa, y el *recurso jerárquico* que por iniciativa del autor citado se estableció por decreto de 7 de abril de 1933 tiende a esa estabilidad que ya el de 30 de junio de 1896 anticipaba *como antecedente para casos análogos*" (922) . Aparte de la crítica formulada por la Corte Suprema, cabe advertir: 1º) que nadie pretende la irrevocabilidad *absoluta* del acto administrativo que se encuentre en las condiciones indicadas; sólo se pretende una irrevocabilidad *relativa,* negándole tal atribución a la Administración y reconociéndosela al Poder Judicial, quien la ejercitaría por vía de anulación (923) ; 2º) que como lo dije anteriormente, si bien el *interés público* merece el máximo respeto, esto debe lograrse sin menoscabo de las garantías y postulados consagrados por la Constitución, los cuales le vedan al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales, disponen que nadie será juzgado sin juicio previo y establecen la inviolabilidad de la propiedad, principios todos éstos cuyo respeto es también de *interés público,* interés que en el caso se confunde con el de la certidumbre del derecho.

También hubo tribunales que fallaron en sentido contrario al que sostengo (924) ; pero tales resoluciones aparecen superadas por las sentencias citadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (925) .

1841. La revocación produce *"efectos"* que pueden examinarse desde los siguientes puntos de vista: 1º) en cuanto al ejercicio de la concesión; 2º) con relación al tiempo; 3º) respecto a los bienes del concesionario; 4º) en lo atinente al derecho del concesionario a ser indemnizado; 5º) acerca de si el Estado tiene derecho a una indemnización.

1º) La revocación extingue la concesión. De esto dedúcese que el efecto fundamental de aquélla consiste en privar al concesionario de su ulterior ejercicio.

En este orden ideas -derecho a ejercitar la concesión en lo sucesivo- no caben distinciones entre revocación por *oportunidad* y por *ilegitimidad*. En ambos supuestos cesa el derecho a seguir ejercitando la concesión.

2º) En relación con el tiempo, ¿desde cuándo se producen los efectos de la revocación? Hay que distinguir.

Si la revocación se efectúa por razones de "oportunidad", los efectos del acto extintivo se producen "ex nunc", o sea a partir de la revocación.

Si el acto revocatorio tienen lugar por razones de "ilegitimidad", es común entre los autores sostener que sus efectos se producen "ex tunc", o sea desde la emanación del acto viciado. En este orden de ideas se asimila la revocación por *ilegitimidad* a la *nulidad*.

Tal es la opinión general entre los autores (926) .

No obstante, como hay una analogía substancial entre revocación por *ilegitimidad* y *anulación,* corresponde advertir que para algunos autores modernos, como Romanelli, la declaración de nulidad produce un efecto jurídico *nuevo*. De modo que para dicho autor la nulidad no es "declarativa", sino *constitutiva* o *innovativa* (927) . Siendo así, el efecto "ex tunc" de la revocación por ilegitimidad no sería la consecuencia de un *principio* jurídico, sino del sistema positivo imperante, que por cierto debe ser tenido en cuenta en primer término.

3º) En cuanto a los bienes del concesionario afectados al ejercicio de la concesión de uso, la revocación, en principio al menos, no tiene efecto alguno. Tales bienes seguirán perteneciendo a su titular, o sea al concesionario.

En lo pertinente, y con especial referencia a la revocación por ilegitimidad, aquí es aplicable lo dicho acerca de los efectos de la caducidad con relación a los bienes de referencia (ver nº 1837, letra c.).

4º) La revocación declarada, ¿crea para el concesionario el derecho a ser indemnizado a raíz de que, en lo sucesivo, no podrá ejercitar la concesión? Éste es un punto de fundamental importancia.

Hay que distinguir entre las dos especies de revocación: por *ilegitimidad* y por *oportunidad*.

La revocación de una concesión por razones de *ilegitimidad* se refiere a un acto viciado que, precisamente, por la revocación se tiende a extinguir. Pero como esta hipótesis supone una concesión de la cual aún no han nacido derechos para el concesionario, pues de no ser así el concedente no podría revocar la concesión (ver nº 1840), va de suyo que el concesionario no tiene derecho a indemnización alguna. Aparte de ello, desde que el vicio de *ilegitimidad* en definitiva presupone violación de una norma legal por alguna de las partes, en principio, y salvo que se tratare de una cuestión basada en un *hecho* que pudo ignorar el concesionario -cosa que muy difícilmente ocurrirá-, éste no estaría exento de culpa en la situación creada, tanto más cuanto la ignorancia de las leyes no sirve de excusa. De ser así, mal podría invocar su culpa para reclamar una indemnización. De manera que por esas dos causas, o por cualquiera de ellas, en esta hipótesis el concesionario no tiene derecho a indemnización alguna.

Una cosa distinta ocurre cuando la concesión se revoca por razones de *oportunidad,* es decir para satisfacer las exigencias del *interés público*. En tal supuesto el concesionario debe ser indemnizado. La doctrina se pronuncia en tal sentido (928) , lo que es lógico que así ocurra, porque, como lo dijo en cierta ocasión la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el interés general no puede autorizar a los poderes públicos a disponer de la propiedad de los particulares, sino en los casos y con los requisitos establecidos en el artículo 17 de la Constitución (929) . La utilidad privada no puede ser sacrificada a la pública, sin adecuada compensación.

Desde luego, en el raro supuesto de que la concesión, para el caso de ser ella revocada, contenga una cláusula que establezca que el concesionario no tendrá derecho a indemnización, éste nada podría reclamar en ese sentido, siempre y cuando la revocación no fuese arbitraria.

¿Cuál es el fundamento de la obligación de indemnizar al concesionario, cuando la concesión es revocada? Al respecto -entre otras doctrinas- se han invocado el principio de *responsabilidad por actos lícitos* y la *equidad*.

De Valles funda tal obligación en el principio de responsabilidad por actos lícitos (930) . Comparto su opinión. Teóricamente, tal tipo de responsabilidad del Estado hoy es aceptado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Todo lo que respecta a la responsabilidad del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad "lícita" desplegada en el ámbito del derecho público, constituye la más reciente etapa en la evolución de la teoría de la responsabilidad del Estado. El *"fundamento"* de la responsabilidad estatal por las consecuencias de su actividad *"lícita"* es el mismo que el de su expresada responsabilidad por las consecuencias de la actividad *"ilícita"* (931) , o sea el complejo de principios de derecho público inherente al Estado de Derecho, los cuales surgen de la Constitución Nacional (932) .

La equidad no puede ser invocada como fundamento de este derecho a indemnización. Ella sólo podrá actuar como principio informativo o fundamento de la *norma* que reconoce la obligación de indemnizar, pero no actúa como fuente inmediata y directa de tal obligación. La equidad, salvo referencia expresa a ella en un texto legal, no podría, pues, ser invocada como fuente directa de obligaciones; tal criterio, por lo demás, hallaríase abonado por la disposición genérica del artículo 19 *in fine* de la Constitución (933) . Por eso, con relación concreta al resarcimiento en materia de revocación de concesiones, juzgo impropio fundar tal obligación en consideraciones de *equidad y justicia*, como lo hizo en ciertas oportunidades -hace de ello muchos años- la Corte Suprema de Justicia de la Nación (934) ; análogamente, no creo adecuado fundar el derecho a esa indemnización recurriendo a una *razón de equidad,* como lo hace Bielsa (935) .

De modo que en este caso concreto el fundamento del derecho del concesionario a ser indemnizado no es otro que el respeto debido a la Constitución, ya que dicha indemnización se impone como garantía de inviolabilidad de la propiedad (936) . Por otra parte, 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 (937) .

La actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se orientó en el sentido que dejo indicado. Así, con expresada referencia a concesiones de uso sobre dependencias del dominio público, el alto Tribunal dijo "que cuando el Estado contrata o conviene con los particulares, no le es permitido revocar o anular sus propias concesiones sin cumplir con los requisitos exigidos por el principio de la inviolabilidad de la propiedad" (938) , concepto también expresado y reiterado con motivo de concesiones de servicios públicos (939) , sobre concesiones mineras (940) , etcétera.

¿Qué extensión debe asignársele a la indemnización correspondiente al concesionario, con motivo de la revocación de la concesión? Dada la naturaleza del derecho que de una concesión de uso sobre dependencias dominicales emana para su titular, y de acuerdo con el fundamento de la facultad revocatoria y de la obligación de indemnizar al concesionario, incluso por aplicación analógica de los principios constitucionales sobre expropiación, la indemnización o reparación, si bien no podrá ser más extensa que en los supuestos de expropiación, tampoco puede ser menor. Todo esto se vincula a si la indemnización sólo debe comprender el daño emergente o también el lucro cesante. Véase el tomo 4º, número 1647 bis, páginas 683-686.

Este fundamental aspecto de los efectos o alcances de la indemnización correspondiente al concesionario cuya concesión es *revocada* por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, ha sido objeto de importantes fallos de nuestros tribunales. Desde luego, hay que distinguir si se trata de una *revocación* "lícita" o de una *revocación* "ilícita". No se discute lo atinente a la reparación del "daño emergente"; pero sí se discute si tal reparación comprende o no al *"lucro cesante"*. La solución es distinta según que la revocación sea "lícita" o "ilícita". La Corte Suprema de Justicia de la Nación, de acuerdo con el voto de la mayoría (tres votos), en un caso en que se trataba de la revocación lícita de un contrato administrativo de obra pública por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sostuvo que la indemnización comprendía el "lucro cesante"; pero el voto de la minoría (dos votos) sostuvo que, tratándose de una revocación "lícita" por razones de oportunidad, el *lucro cesante* no integraba la indemnización. Pienso que el voto de la minoría era el correcto, o sea que en tales supuestos no debía computarse el lucro cesante. Posteriormente, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, compartiendo mis conclusiones, por mayoría, sostuvo que, en tales casos de revocación, la indemnización no comprendía el "lucro cesante" (sentencia del veintidós de octubre de 1985, *in re* "Yabra, Mario c/ Municipalidad de Vicente López. Demanda contencioso administrativa" (941) .

5º) El Estado ¿tiene derecho a ser indemnizado por el concesionario cuando las circunstancias hayan requerido que la concesión sea revocada?

Deben tratarse separadamente los supuestos de revocación por razones de *oportunidad* y por razones de *ilegitimidad*.

En el caso de revocación por razones de *oportunidad* no procede indemnización alguna a favor del Estado, pues, como en tal hipótesis la extinción del acto excluye totalmente la idea de responsabilidad -culpa- por parte del concesionario, no habría base jurídica en qué fundar el derecho a ese resarcimiento. Al contrario, como lo sostuve en párrafos anteriores, es el concesionario quien debe ser indemnizado por el Estado a raíz de la revocación de la concesión.

En el supuesto de revocación por razones de *ilegitimidad* tampoco procede indemnización alguna a favor del Estado, pues, en definitiva, no podrá negarse que por lo menos hubo culpa concurrente, es decir, culpa de las dos partes. El Estado, órgano del derecho, no podría invocar en su apoyo el desconocimiento de la ley, que en el caso se habría producido. Precisamente, por no haber cumplido con su deber de observar la ley *"ab-initio"*, y ejerciendo ahora una potestad de policía directa sobre sus propios actos, el Estado se ve en la necesidad de revocar la concesión. En semejantes condiciones, carecería de título para exigir indemnización alguna (942) .

1842. e) *Renuncia*

La concesión de uso sobre dependencias dominicales se otorga directa e inmediatamente en el interés *particular* o *privado* del concesionario (ver nº 1825). El interés "público" aquí sólo aparece interesado en la misma forma y medida en que pueda estarlo respecto a cualquier otro derecho de que el hombre sea titular (ver nº 1825).

Siendo así, va de suyo que, en la concesión de uso, el concesionario puede *renunciar* a la misma, ya que, por principio, cada cual puede renunciar a sus derechos patrimoniales.

Si el objeto de la concesión admitiere "divisibilidad" -como ocurriría en las concesiones de uso de agua para irrigación-, la renuncia podrá entonces ser total o parcial.

Como acto jurídico, esta renuncia es unilateral. Por sí misma produce efectos extintivos (943) . No requiere aceptación por parte del Estado, el que, no obstante, debe ser fehacientemente advertido o notificado de ella.

La doctrina está conteste en que los titulares de concesiones de uso sobre dependencias del dominio público, pueden *renunciar* a las mismas cuando así lo deseen (944) .

1843. f) *Rescisión*

La rescisión es también una causal extintiva de la concesión de uso. Pero se manifiesta de diversos modos.

Por principio, constituye un medio convencional de extinción de la concesión. En este orden de ideas, es un acto bilateral que requiere el concurso de la voluntad de ambas partes: concedente y concesionario, que coinciden en dejar sin efecto la concesión.

Excepcionalmente, la rescisión opera de pleno derecho; así ocurre en el supuesto de "muerte natural" del concesionario; también se produce de pleno derecho o -en último término- en forma "unilateral" por voluntad del concedente, en el caso de "quiebra casual" del concesionario (ver nº 1834, texto y notas 223-227).

1844. g) *Extinción de la cosa dominical: 1º) extinción jurídica (desafectación); 2º) extinción física (hechos de la naturaleza)*

La concesión de uso sobre una dependencia dominical puede hallar término o dejar de existir por extinción de la cosa respectiva. Esta extinción puede producirse de dos diferentes modos: 1º por desafectación o extinción jurídica; 2º por hechos de la naturaleza o

extinción física. Las consecuencias son distintas según cual sea la causa en cuyo mérito se extinga la concesión.

En el supuesto de *desafectación* del bien, se comprende que la concesión se extinga, por cuanto -como dice Mayer- un derecho de uso reglado por el derecho público, no puede seguir subsistiendo sobre una cosa que en lo sucesivo estará reglada por el derecho privado, civil (945) . Hay aquí una extinción *jurídica* de la cosa dominical.

¿Tiene derecho a ser indemnizado el concesionario cuya concesión se extingue en la forma indicada? Un autor considera que tal indemnización es improcedente (946) ; disiento con tal criterio. En cambio, otros autores juzgan pertinente dicha indemnización (947) . Es lógico que así sea. La desafectación ha de responder a necesidades o conveniencias públicas; por lo tanto, en lo atinente a la extinción de la concesión de uso, ella tiene substancia de *revocación* por razones de oportunidad, conveniencia o mérito; de ahí la procedencia de una indemnización a favor del concesionario. Sólo en el supuesto de que en un nuevo bien, afectado al mismo destino del anterior, el concedente le transfiera al concesionario el derecho de uso de que anteriormente gozaba, la indemnización sería improcedente o resultaría muy reducida, ya que el menoscabo patrimonial a reparar no existiría o hallaríase muy disminuido a raíz de la nueva ubicación asignada. Es lo que sucedería, por ejemplo, en el supuesto de desafectación de un cementerio y habilitación de uno nuevo, en cuyo recinto a los concesionario del anterior cementerio se les facilitase la continuación del uso de que se vieron privados a raíz de la desafectación. En este caso, la procedencia de una indemnización es evidente, pero su monto puede verse disminuido por la adjudicación de un lugar en el nuevo cementerio (948) .

Aun en el supuesto de que la desafectación se efectuare por *"ley",* y al problema de la indemnización al concesionario se lo quisiere vincular con lo atinente a la responsabilidad del Estado por sus actos legislativos, aun en tal caso estimo que procedería la indemnización, pues el Estado con su acto legislativo habría causado un daño especial o personalizado en un individuo en particular, como ocurriría con el concesionario de uso que a raíz de la desafectación no podrá ejercitar su derecho en lo sucesivo.

Si la extinción de la cosa se debiera a causas *naturales,* va de suyo que la concesión de uso deja también de existir, pues la cosa sobre la cual se ejercía habrá perdido la aptitud física que la hacía idónea para dicho uso (949) . Pero en este supuesto el concesionario no tendrá derecho a indemnización, ya que la extinción de la concesión no obedece a acto o hecho alguno imputable al Estado, sino a hechos de la naturaleza. Véase el tomo 4º, números 1646 y 1664.

1845. h) *El rescate. La cesión*

El *"rescate"* no es medio jurídico de extinción de la concesión de uso sobre dependencias dominicales. Sólo actúa respecto a las concesiones de servicios públicos o de obras públicas. En lo atinente a las concesiones de *uso,* sólo por vía verdaderamente excepcional podría ocurrir que la extinción de la concesión se produzca por rescate, lo cual acaecería en casos especialísimos caracterizados por una preeminencia del interés público, como por expresa disposición legal ocurre en Italia respecto a grandes derivaciones de agua que involucren relevantes intereses públicos (950) .

Tampoco la *"cesión"* ("transferencia") de la concesión de uso es causal de extinción de la misma. La cesión sólo produce un cambio de sujeto o titular de la concesión, pero ésta no se extingue: continúa vigente en poder del cesionario (951) .

1846. ¿Puede hacerse uso -*sucesivamente*- de dos o más causales de disolución o extinción de una concesión? En otras palabras, una concesión ya extinguida por una causal dada, verbigracia, vencimiento de su término, cumplimiento de su objeto, etcétera, ¿puede luego ser objeto de otra causa extintiva? La dilucidación de esto es fundamental, dadas las graves *consecuencias* que podrían derivarse de la aplicación *sucesiva* de dos causales de extinción.

Esto interesa especialmente en materia de "caducidad" y de "revocación por razones de ilegitimidad". ¿Puede una concesión de uso ya extinguida por vencimiento de su término, o por cumplimiento de su objeto, por ejemplo, ser después declarada "caduca" o ser "revocada por razones de ilegitimidad"? Nada de esto es posible.

La caducidad y la revocación suponen una concesión ejecutiva, es decir en *"curso",* y de ningún modo una concesión ejecutada, cumplida o extinguida (952) . Después de su extinción o ejecución total, no hay más "concesión"; correlativamente, no puede hablarse de *caducidad* o de *revocación,* que son institutos cuyo funcionamiento o ejercicio presuponen la *"existencia"* de la concesión que se pretende extinguir por esa vía. Se requiere, entonces, una concesión *"vigente"*. Por lo demás, mal podría declararse la *"caducidad"* de una concesión ya extinguida por una causa legal, siendo que, por principio, la caducidad no tiene efecto retroactivo; rige con relación al futuro; no actúa "ex tunc", sino "ex nunc".

Si la concesión ya se extinguió por cumplimiento de su objeto, o por vencimiento de su término, sería absurdo que se le pretendiera dejar sin efecto por "caducidad" o por "revocación por ilegitimidad", ya que un mismo acto no puede ser extinguido dos veces. Si la concesión ya se extinguió por una causa legal, no podrá serlo después por otra causa. No puede extinguirse lo extinguido.

El tema que antecede fue bien estudiado por un tratadista chileno, el doctor Arturo Alessandri Besa, en materia de contratos, cuyas conclusiones son de estricta aplicación en materia de concesiones administrativas. Dicho autor afirma "que un contrato, una vez disuelto, no puede serlo nuevamente por otra causa, aunque ésta tenga efecto retroactivo del que la otra carecía, porque un vínculo jurídico que ha dejado de ligar a dos o más partes no puede ser nuevamente deshecho por otro motivo, que no tendría en qué hacerse efectivo, porque nada existiría"... "Por tal motivo -agrega-, un contrato ya disuelto por una causal de disolución, no puede serlo por otra, aun cuando ésta produzca otros efectos que favorezcan más a la persona que la invoca" (953) .

No obstante, dicho autor sostiene que la *"nulidad"* hace excepción a los principios expuestos, en el sentido de que es posible declarar nulo un contrato ya disuelto o un contrato ya cumplido. ¿Cómo explicar esta aparente contradicción?, se pregunta. Contesta así: "La nulidad actúa en su carácter de *sanción* legal, destinada a impedir la subsistencia de un contrato nulo, o de los efectos que éste haya generado y que aún subsistan, a pesar de la disolución de su fuente"... "Éste es, dice, el *único caso* en que procede aplicar a un contrato dos causales de disolución, en forma sucesiva; y cabe advertir nuevamente que la nulidad

no tiene por objeto disolverlo nuevamente, ya que no existe, sino impedir que los efectos de ese contrato nulo subsistan" (954) .

La nulidad de referencia sería viable, entonces, cuando se pusiere de manifiesto o se descubriere la existencia de un hecho o acto *violatorio de la ley*. Pero va de suyo que la declaración de dicha nulidad -por referirse a un acto administrativo que produjo efectos jurídicos- es actividad jurisdiccional y no administrativa. Tal es el *"principio"* (ver nº 1832) (955) . Los jueces declararán dicha nulidad siempre que el concesionario no invoque el transcurso de la *prescripción* que establezca el derecho positivo. Véase lo que sobre este tema expuse en el nº 823, tomo 3º A.

1847. ¿Puede ser transferida o cedida por el concesionario la concesión de uso? Para responder a esto, previamente deben aclararse los siguientes puntos: a) si tales concesiones se otorgan o no "intuitu personae"; b) si se otorgan o no en interés "público". Va de suyo que si fuesen otorgadas "intuitu personae" o en interés "público", el concesionario no podría transferirlas ni cederlas sin previa autorización del concedente. Pero si las expresadas concesiones no fuesen otorgadas "intuitu personae", ni en interés "público", el concesionario hallaríase habilitado para dicha transferencia o cesión.

Por principio, las concesiones de *uso* del dominio público no se otorgan "intuitu personae". Por eso juzgo errada la opinión de los tratadistas que sostienen que tales concesiones se otorgan en ese carácter. En su gran mayoría se otorgan *"intuitu rei",* como ocurre en las concesiones de agua para irrigación, o se otorgan objetivamente en exclusiva consideración a una *"empresa"* o *"actividad",* sin que en ello influya la "persona" del concesionario, como ocurre en las concesiones de sepultura, por ejemplo. Tal es el principio general. La "intransferibilidad", por principio, no reza, pues, respecto a las concesiones de uso sobre dependencias públicas. Las concesiones de *uso* sólo excepcionalmente se otorgan "intuitu personae", lo que habitualmente sucede cuando dicha concesión sirve de base para la organización de un servicio público.

Además, las concesiones de uso sobre dependencias dominicales se otorgan en el interés particular o privado del concesionario (ver nº 1825).

Siendo así, resulta obvio que el titular de una concesión de uso sobre dependencias del dominio público, puede transferirla o cederla, salvo prohibición expresa contenida en la ley o en el texto de la concesión (956) .

Acertadamente, Federico Cammeo pudo decir: "El derecho emergente de una concesión puede ser transmitido por actos entre vivos o `mortis causa´, cuando son otorgados *`intuitu rei´,* como en las concesiones de agua".

"No son transmisibles, sin el consentimiento de la Administración, cuando son creados *`intuitu personae´,* como en las concesiones de trabajos y servicios públicos, donde la capacidad y solvencia de la persona tiene una verdadera influencia determinante sobre la voluntad de la Administración" (957) .

SECCIÓN 4ª - USO ADQUIRIDO POR PRESCRIPCIÓN

SUMARIO: *1848.* Posibilidad de adquirir por prescripción el derecho de *"uso"* especial sobre dependencias del dominio público. - *1849.* Requisitos para que el derecho de uso especial sobre dependencias dominicales pueda ser adquirido por prescripción. - *1850.* La doctrina y la legislación en materia de derechos de uso sobre el dominio público adquiridos por prescripción. - *1851. "Status"* de los adquirentes de derechos de uso por prescripción. Naturaleza jurídica y caracteres del derecho así adquirido. - *1852.* El *"canon"* de uso y los derechos adquiridos por prescripción. La *"tasa"*.

1848. Se discute en doctrina acerca de si la *"prescripción"* es o no un medio idóneo para adquirir derechos especiales de uso sobre dependencias del dominio público.

Hay autores que consideran improcedente la prescripción como medio adquisitivo de tales derechos. Juzgan que dicha prescripción es contraria a la naturaleza del dominio público (958) . No comparto tal criterio.

Desde un estricto punto de vista jurídico objetivo, no hay razón alguna para rechazar la prescripción como medio de adquirir el derecho especial de uso sobre cosas dominicales. Desde luego, la conveniencia o desventaja de aceptar la prescripción entre los medios de adquirir tales derechos, es cuestión librada al criterio del respectivo legislador. Por lo demás, tal prescripción será procedente en las condiciones que luego expresaré.

Las cosas del dominio público sólo en cuanto a su *dominio* (*"nuda propiedad"*) están fuera del comercio, siendo, en ese orden de ideas, "imprescriptibles". Pero no ocurre lo mismo con el *uso* de dichas cosas. Y aquí se trata, precisamente, de adquirir por prescripción el *uso* de tales bienes; no su "dominio".

Están en el comercio las cosas o derechos que, material o jurídicamente, son susceptibles de adquirirse y transmitirse por los particulares. El "uso" de los bienes públicos está en el comercio, pero en el comercio del derecho público. Es un comercio compatible y conciliable con el *destino público* de la cosa (ver nº 1763). Prueban la comercialidad del derecho de uso especial de las dependencias dominicales: 1º) la circunstancia de que el Estado lo otorga a particulares, sea a perpetuidad o por tiempo determinado; 2º) que diversas leyes autoricen al titular de algunos de esos derechos para enajenarlos o transferirlos, aunque sea en la forma condicionada requerida por su propia naturaleza, tal como ocurre con los derechos de agua para irrigación, con los derechos de sepultura, etcétera; 3º) la cotización económica de tales derechos, lo cual, en materia de irrigación, por ejemplo, se traduce en el notorio mayor valor adquirido por el respectivo inmueble; etcétera. Y cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró que el derecho emergente de una concesión de uso sobre un bien del dominio público, se encuentra tan protegido por las garantías consagradas en los artículos 14 y 17 de la Constitución, como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio (959) , implícitamente declaró que el derecho de referencia está en el comercio.

No hay pues, inconveniente alguno de orden jurídico que se oponga a la posibilidad de adquirir por prescripción derechos especiales de uso sobre bienes del dominio público, siempre y cuando se cumplan o reúnan los requisitos a que me referiré en el parágrafo siguiente.

Las conclusiones que anteceden ya las sostuve en otras oportunidades (960) . Con posterioridad, distinguidos juristas compartieron esa tesis, en cuanto aceptan la posibilidad objetiva de adquirir el *derecho especial de uso* por prescripción (961) . La admisión de la prescripción como medio para adquirir el derecho de uso especial sobre dependencias del dominio público queda, entonces, librada al criterio legislativo.

1849. La prescripción de que me ocupo es, pues, procedente en el terreno de los principios. A pesar de esto, como el derecho de *uso especial* sólo puede adquirirse de conformidad con los principios del Derecho Administrativo y por los medios y formas que el Estado establezca, estimo que para la procedencia de dicha prescripción deben concurrir los dos siguientes requisitos:

a) El uso prescripto debe encuadrar en los fines tenidos en cuenta al poner la respectiva cosa fuera del comercio, como dependencia del dominio público. Ha de tratarse de un uso *compatible* con el destino del bien de que se trate (ver nº 1787).

b) Como el *uso especial* sólo puede adquirirse por los medios y formas que el Estado autorice, resulta indispensable que tal prescripción esté *expresamente* autorizada por la ley respectiva. A falta de dicha ley, no es posible aplicar subsidiariamente el principio *general* de derecho civil, puesto que las cosas del dominio público sólo son comerciables en los términos del derecho "público" y no en los del derecho privado. Este criterio cuenta en su apoyo con la opinión de Cammeo y de Fernández de Velasco (962) .

1850. Salvo uno que otro autor que se resiste a admitir la prescripción como medio jurídico idóneo para adquirir derechos de *uso especial* sobre el dominio público, pero cuyas opiniones carecen de la menor consistencia, como ocurre con los mencionados en la nota 321, tanto la doctrina como las legislaciones, en su casi generalidad, acogen la prescripción entre los medios de acuerdo con los cuales pueden adquirirse derechos especiales de uso sobre dependencias dominicales.

En ese sentido existen numerosas leyes sobre aguas públicas (963) . También en nuestro país existió una ley provincial -dictada en ejercicio de indiscutibles potestades constitucionales; ver nº 1790- que mencionaba la prescripción entre los medios de adquirir el derecho de uso especial del agua (964) .

Numerosos juristas se pronuncian admitiendo la prescripción como medio jurídico idóneo para adquirir esos derechos especiales de uso, siempre -claro está- que así lo autorice el derecho positivo. Aparte de los autores nacionales a que me referí en la nota 324, varios escritores extranjeros sostienen tal conclusión (965) . Antonino Vitale se expresa así: "A nuestro modo de ver no repugna, ni siquiera a nuestro derecho público moderno, una prescripción contra el dominio público, cuando sea entendida no ya como una prescripción sobre los bienes, por su naturaleza inalienables e imprescriptibles, sino sobre la utilidad que de los bienes mismos puede obtenerse" (966) .

La Comisión redactora de la ley de aguas de España, de 1866, no encontró inconveniente alguno para incluir la prescripción entre los medios legítimos de adquirir el derecho de uso sobre el agua pública. Así consta en la exposición de motivos de la expresada ley (967) .

1851. Cuando las leyes autorizan la *"prescripción"* como medio adquisitivo del derecho de uso especial, la doctrina asimila el derecho así adquirido al emergente de una concesión (968) , por cuyos principios deberá regirse el uso adquirido por prescripción. De modo que el *status* jurídico de quien obtuvo el derecho de uso por prescripción, es similar o análogo al *status* del concesionario.

Por lo tanto, la facultad de usar el dominio público, adquirida mediante prescripción, constituye un derecho subjetivo para su titular, de los mismos caracteres que el nacido de una concesión (ver nº 1826).

1852. Si bien, como quedó dicho en el parágrafo que antecede, el *status* jurídico de quien obtuvo el derecho de uso por prescripción, es similar al *status* del concesionario, corresponde hacer una advertencia en lo atinente al *"canon"* y a la *"tasa"* que correspondiere satisfacer.

Debido a que la situación del usuario de hecho no puede ser más favorable o ventajosa que la del usuario de derecho, si bien al que adquirió el derecho de uso por prescripción no podrá exigírsele el pago de canon alguno por el período *anterior* al reconocimiento de tal derecho, para el período *posterior* a dicho reconocimiento corresponderá exigirle el pago del canon respectivo, pues el temperamento contrario resultaría ajeno a toda idea de justicia (969) .

El monto de ese canon ha de ser equivalente al que rige en la zona para ese tipo de concesiones.

Lo mismo corresponde decir respecto del pago de cualquier *"tasa"* que pesare sobre los respectivos concesionarios.

CAPÍTULO IV - **TUTELA O PROTECCIÓN JURÍDICA DEL USUARIO**

SUMARIO: *1º Concepto previo indispensable. 1853.* Derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple. Noción conceptual. Importancia de la distinción con referencia a las distintas categorías de usuarios: su tutela o protección jurídica. *2º Uso común*. *1854.* Tutela del derecho de uso común. - *1855.* Los colindantes con dependencias dominicales: frentistas y ribereños. Lo atinente a su tutela o protección. *3º Uso especial*. *1856.* Distintos titulares de uso especial. Usuarios con título legal y usuarios sin dicho título. - *1857.* a) Tutela del derecho del "permisionario". Actos y hechos del Estado y de terceros. - *1858.* b) Tutela del derecho del "concesionario". Planteamiento de la cuestión. - *1859. Continuación.* Actos y hechos procedentes del Estado. Vías legales. Acciones petitorias. Jurisdicción contencioso-administrativa. - *1860. Continuación.* Acción precautelar. - *1861. Continuación.* Acción de resarcimiento. - *1862. Continuación.* Las acciones petitorias contra el Estado: alcance y contenido del fallo. - *1863. Continuación.* Acción petitoria del concesionario: plazo o término para deducirla. - *1864. Continuación.* Vías de hecho. La acción de despojo. - *1865. Continuación.* Acciones posesorias. Lo atinente a la jurisdicción. - *1866. Continuación.* Fundamento de las acciones posesorias. Fundamento mediato: el derecho real administrativo: fundamento inmediato: la "quasi possessio iuris". 1º) La *"teoría de los derechos reales administrativos"*. Noción conceptual. Antecedentes. Opiniones favorables y contrarias a su existencia. Verdadero alcance de la teoría.

Consecuencias de ella. 2º) La *"quasi possessio iuris"*. Antecedentes. Legislación argentina. Requisitos para su existencia. Principios esenciales que la condicionan en Derecho Administrativo. Interés práctico actual. 3º) Conclusiones. - *1867. Continuación.* Actos y hechos de terceros. Concepto de "terceros". Acciones posesorias, petitorias y resarcitorias. Jurisdicción. - *1868.* c) Tutela del derecho de uso adquirido por prescripción. - *1869.* d) Los usuarios carentes de todo título legal.

1º) CONCEPTO PREVIO INDISPENSABLE

1853. Como quedó expresado en parágrafos precedentes, no todos los usos de que es susceptible el dominio público revisten igual naturaleza jurídica: el uso "común" es de naturaleza distinta de la del uso "especial". Correlativamente, la naturaleza del derecho de los usuarios depende de la especie de uso que se considere, a la par que del acto en cuyo mérito hayan adquirido ese derecho.

Dado que en la gradación de las prerrogativas de que el individuo puede ser titular en la esfera del derecho administrativo, la doctrina distingue entre el "derecho subjetivo", el "interés legítimo" y el "interés simple" -conceptos no siempre bien definidos o precisados-, resulta oportuno establecer su respectivo sentido o alcance antes de considerar en concreto la tutela del usuario, pues la forma de proteger el derecho de los usuarios del dominio público varía según se esté en presencia de un "derecho subjetivo", de un "interés legítimo" o de un "interés simple", lo que a su vez depende, como dije, de la índole del "uso" de que se trate -común o especial- y de la naturaleza del acto por el cual se haya adquirido ese derecho. Toda construcción jurídica debe partir de bases claras y de conceptos precisos.

a) *Derecho subjetivo*

No corresponde realizar, aquí, un estudio exhaustivo e integral de la debatida cuestión, sino dar una sintética noción conceptual acerca de lo que ha entenderse por derecho subjetivo.

De acuerdo con las conclusiones de la doctrina actual, que desestima las tesis tradicionales extremas, en cuanto veían en el derecho subjetivo un "poder atribuido a una voluntad" (Savigny, Windscheid) o un "interés jurídicamente protegido" (Ihering), cuadra reconocer que el derecho subjetivo se integra por los dos elementos esenciales respectivamente contenidos en las expresadas tesis: "voluntad" e "interés" (Jellinek, Michoud).

En consecuencia, por derecho subjetivo debe entenderse, en términos generales, el "poder atribuido por el ordenamiento jurídico a una voluntad, para la satisfacción de intereses humanos" (970) . Bonnard concreta tal noción diciendo que el derecho subjetivo está esencialmente constituido por un poder de exigir, condicionado por la existencia de una obligación jurídica que pesa sobre un sujeto pasivo y por el hecho de que esta obligación fue establecida en interés del sujeto activo (971) .

¿Cuándo un interés jurídicamente tutelado se eleva a la categoría de derecho subjetivo, o más concretamente a la de "derecho público subjetivo", ya que los "intereses" que contemplo aquí hallan su fundamento en normas de derecho objetivo "público"? Jellinek contesta: toda medida que tienda a proteger el interés general, protege necesariamente una suma conjunta de singulares intereses individuales, sin crear con ello derechos subjetivos.

Solamente si la voluntad individual es reconocida como decisiva para la existencia y para la extensión del interés, éste se transforma en un derecho público subjetivo (972) .

b) *Interés simple. Interés legítimo*

Si bien todo "derecho" comprende necesariamente un "interés", la inversa no es exacta, o sea que todo "interés" constituya siempre y necesariamente un "derecho" (973) .

La doctrina, especialmente la de los administrativistas italianos, a los efectos del control jurisdiccional de la Administración, distingue entre el "derecho subjetivo" y el "interés", y dentro de este último hace una diferencia entre el "interés simple" y el "interés legítimo".

Si bien, como quedó de manifiesto en el párrafo que antecede, el criterio de distinción entre el "derecho subjetivo" y el "interés" no presenta mayores dificultades, no ocurre lo mismo cuando se trata de fijar la noción conceptual del "interés simple" frente al "interés legítimo". Esto, que ya lo puso de manifiesto Bonnard (974) , puede observarse en las diversas obras de los maestros italianos, en las que al respecto aparecen sutiles -pero trascendentes- diferencias conceptuales que dificultan el entendimiento, lo que en parte quizá se deba a una descuidada terminología. Mientras hay juristas que sólo nos presentan dos típicas categorías de "interés", el simple y el legítimo (975) , también están los que consideran al interés simple como un grupo del interés legítimo, y que, aparte de ello, nos hablan de "intereses ocasionalmente protegidos" y de "intereses directamente protegidos" (976) . Otros, como Zanobini, reservan la noción de "interés legítimo" al protegido por normas jurídicas, en tanto que "interés simple" sería el protegido por normas atinentes al mérito administrativo (977) . Hay quienes tienen un concepto del "interés legítimo" que para otros expositores correspondería al de "interés simple", al extremo de que consideran como constituyendo "intereses legítimos" a situaciones que evidentemente sólo representan "intereses simples"; tal ocurre, por ejemplo, con D´Alessio (978) . También están los que, si bien ponen frente a frente el "interés simple" y el "interés legítimo", a estos últimos también les llaman "intereses ocasionalmente protegidos" (979) . Otros, como Lentini, aparte de considerar tres distintas especies de intereses: "simples", "ocasionalmente protegidos" y "legítimos", expresan acerca de los últimos un concepto distinto al de la generalidad de los autores, ya que para ellos se trataría de intereses cuyo reconocimiento y protección surge de la legislación: es lo que en Italia se denomina "diritti *affievoliti"* (derechos debilitados) (980) .

Ante tan dispares opiniones acerca de lo que ha de entenderse por "interés legítimo" y por "interés simple", forzoso es adoptar una posición definida que permita asentar con claridad las respectivas conclusiones. A esos efectos, por la lógica que la fundamenta, hallo aceptable la exposición de Enrico Guicciardi, profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Pavia.

Dicho autor divide las normas administrativas en normas de "relación" y normas de "acción". Es una clasificación hecha desde el punto de vista subjetivo: tiende a determinar los destinatarios de las normas y las situaciones jurídicas que éstas producen respecto de aquéllos.

Normas de "relación" son las que crean vínculos jurídicos entre la Administración y el ciudadano; son de la misma naturaleza que las que regulan los vínculos interindividuales. Normas de "acción", en cambio, son las que regulan la conducta y actuación de la Administración; tienen por objeto la tutela del interés público. La diferencia entre ambas categorías de normas es bien clara: las de "relación" delimitan las esferas jurídicas de la Administración y del ciudadano; las de "acción" regulan la actividad que la Administración puede desarrollar en su propia esfera jurídica. La violación de una norma de "relación" por parte de la Administración, implica un indebido avance en la esfera jurídica del ciudadano y, por consiguiente, lesión del derecho ajeno: la inobservancia de una norma de "acción" traduce un comportamiento contrario al interés público (981) .

Si bien las normas de "acción" obligan a la Administración y su observancia constituye un requisito para la validez de sus actos, frente a la generalidad de los ciudadanos o habitantes ello carece de trascendencia, por constituir un hecho que se agota dentro del ámbito de la esfera jurídica de la Administración. No es que el ciudadano carezca de interés en que tales normas sean respetadas, sino que sólo se trata de un interés vago e impreciso que cualquiera del pueblo puede tener respecto de la buena marcha de la Administración. Este interés, por no estar reconocido y tutelado en el ordenamiento jurídico, es un mero interés de hecho o *"interés simple"* (982) .

Aun cuando a la generalidad de los ciudadanos la violación de una norma de "acción" por parte de la autoridad administrativa, no le lesiona un interés jurídicamente apreciable, cabe advertir que puede haber algunos ciudadanos que por la observancia o inobservancia de una norma de esa índole resulten favorecidos o perjudicados en modo particular en relación con los otros. Esto puede resultar, por ejemplo, de la especial situación de hecho en que uno o varios habitantes se encuentren respecto de un determinado acto administrativo, lo cual puede afectarlos más que a los restantes ciudadanos. Si la Administración, por ejemplo, resuelve cerrar al tránsito una calle pública, desafectándola, es obvio que tal resolución puede ser contraria al interés de hecho de todo ciudadano, en cuanto suprime la comodidad de una vía de comunicación: pero dañará en mayor medida a los propietarios linderos con esa vía pública por el hecho de que, hallándose sus casas adyacentes a ella, les priva del acceso a sus domicilios. Por lo tanto, si tal resolución hubiese sido tomada por una autoridad incompetente para ello, o sobre la base de equivocados presupuestos de hecho, o sin la observancia de las formalidades prescriptas, esos propietarios linderos resultarían interesados, en forma mucho más precisa y directa que cualquier otro ciudadano, en la declaración de invalidez del correspondiente acto administrativo (983) .

En suma, algunos ciudadanos pueden tener un interés calificado ("interesse qualificato"), distinto del de los otros ciudadanos, a la validez de los actos administrativos. Tal calificación no se debe precisamente al hecho de que la resolución administrativa incida en su esfera jurídica, pues si aquélla fuese válida dichos ciudadanos tendrían que aceptarla, sino más bien a que, si el acto administrativo es inválido, su supresión, operada como sanción de la invalidez, los beneficia también a ellos en cuanto los libera de la pretensión indebida de la Administración (984) .

El interés calificado del ciudadano, que autoriza únicamente a su titular, con exclusión de todos los otros sujetos que no se hallen en su particular posición, a provocar un control

administrativo o jurisdiccional sobre la validez de los actos administrativos, recibe el nombre de *"interés legítimo"*, que es la proyección procesal del interés calificado (985) .

De manera que por "interés simple" 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. En cambio, "interés legítimo" es el que tienen ciertos habitantes, merced a la especial y particular situación de hecho en que se encuentran respecto de los demás, en la debida observancia por parte de la Administración de las normas establecidas en interés general, puesto que de tal observancia o inobservancia pueden resultar beneficiados o perjudicados en modo particular en relación con los demás habitantes. En este orden de ideas, resulta ilustrativo el ya mencionado ejemplo de la calle pública que la Administración resuelve cerrar al tránsito, desafectándola (986) .

La circunstancia de que el "interés simple" de *un ciudadano en particular* haya sido desconocido por la Administración Pública, no convierte ni transforma tal "interés simple" en "interés legítimo". La naturaleza, esencia o substancia, de las potestades individuales no depende de la índole del agravio que las afecte o menoscabe, ni sufre alteración por esta causa. Un interés simple continuará siendo tal cualquiera sea la forma en que se lo ataque o desconozca, ya sea a través de un acto de alcance general o de un acto con alcance particular o especial. Tratándose de un acto de alcance particular, en algunos casos o circunstancias éste podrá constituir una medida inconstitucional, verbigracia por haberse privado o prohibido a uno de lo que en iguales circunstancias se les reconoce a otros, es decir, por haberse desconocido el principio de igualdad ante la ley; pero esa inconstitucionalidad no convierte el "interés simple" lesionado en "interés legítimo". Se continuará estando en presencia de un acto inconstitucional que afecta al "interés simple" de un ciudadano. No sólo el "derecho subjetivo" y el "interés legítimo" pueden ser objeto de un agravio de orden constitucional: también puede serlo el "interés simple". Cualquier prerrogativa del individuo puede resultar menoscabada por inobservancia de preceptos constitucionales.

Establecido qué ha de entenderse por "interés legítimo" y por "interés simple"; aclarado cuándo un "interés" se convierte en "derecho subjetivo", corresponde concretar la diferencia entre este último y el "interés legítimo". Mientras el interés legítimo siempre se encuentra vinculado al interés público, y precisamente en una relación de coincidencia que le permite gozar a aquél de la protección legal acordada al interés público, el derecho subjetivo se encuentra en posición de independencia. El derecho subjetivo se refiere al interés individual, el interés legítimo se vincula con el interés público. Y del mismo modo que difieren entre sí las normas de las cuales emanan directamente el derecho subjetivo e indirectamente el interés legítimo -normas de relación y de acción-, así también son estructuralmente diversos entre sí el derecho subjetivo y el interés legítimo. El que pone en ejercicio un derecho subjetivo hace valer directamente un interés jurídico propio: en cambio, el portador de un interés legítimo hace valer un interés ajeno, el interés público, que es el único protegido en las normas de acción, ya que el ordenamiento jurídico ignora, y deja que se realice en condiciones puramente de hecho, cualquier ventaja que al interés individual pueda derivarle de su coincidencia con el interés público (987) .

La distinción entre "derecho subjetivo", "interés simple" e "interés legítimo" tiene fundamental importancia en lo atinente a la protección jurídica de que puede ser objeto cada una de esas prerrogativas. Desde luego, esto depende de las disposiciones que contenga el ordenamiento jurídico que en concreto se considere. Pero en el supuesto de falta de normas expresas que dispongan lo contrario, en nuestro país el principio general sería el siguiente:

El "derecho público subjetivo" encuentra protección no sólo mediante recursos administrativos internos y acciones contencioso-administrativas, sino también a través de acciones judiciales. Dicha protección se traduce en el "reconocimiento" de ese derecho. Al referirme a la protección de los derechos de uso "especial" sobre el dominio público, adquiridos mediante concesión, insistiré sobre esto.

El "interés legítimo" se protege mediante recursos administrativos internos y acciones o recursos contencioso-administrativos -punto este último que depende del ordenamiento legal aplicable-, cuya protección se logra con la "anulación" del acto administrativo inválido (988) .

El "interés simple" sólo encuentra protección y amparo a través de recursos administrativos internos, mediante la revisión del acto por la propia Administración. Este tipo de interés no genera otra clase de remedios o acciones tutelares (989) , salvo, claro está, que se trate de una medida administrativa que vulnere una garantía constitucional, como podría ser la de transitar o la de igualdad ante la ley (990) , en cuyos casos procedería el recurso extraordinario de inconstitucionalidad.

Va de suyo que en todas las hipótesis queda a salvo el recurso de inconstitucionalidad, si éste procediere de acuerdo con las circunstancias ocurrentes.

2º) USO COMÚN

1854. ¿Cómo se protege o tutela el ejercicio del uso común? Va de suyo que tal protección ha de lograrse a través de medios armónicos con la naturaleza jurídica de esa prerrogativa. Constituyendo ésta un mero "interés simple" (nº 1794), los medios de tutela o protección del uso común son los que corresponden a la protección del "interés simple". Tal es el principio.

El análisis o estudio concreto de este punto, por razones de método, corresponde efectuarlo separadamente en relación con actos o hechos procedentes del Estado y en relación con actos o hechos procedentes de particulares.

a) *Actos o hechos del Estado*.- En el parágrafo precedente (nº 1853), al ocuparme de la protección y amparo del "interés simple", dije que ello sólo se lograba a través de recursos administrativos internos, mediante la revisión del acto por la propia Administración, salvo que se tratase de una medida administrativa violatoria de una garantía constitucional -por ejemplo, la de transitar o la de igualdad ante la ley-, en cuyos casos procedería el recurso extraordinario de inconstitucionalidad. Constituyendo el "uso común" un mero "interés simple", y no un "interés legítimo" y menos un "derecho subjetivo", el particular que en el ejercicio de dicha prerrogativa se considere agraviado por una medida de la Administración

sólo tiene contra ésta recursos administrativos internos; salvo el supuesto de una medida inconstitucional, el particular no tiene contra el Estado acción judicial alguna, cualquiera sea el tipo de ésta: petitoria o posesoria (991) . Antaño -principios de siglo- un escritor nacional, refiriéndose a la protección del uso común, intuyendo lo atinente al régimen jurídico del mismo, dijo acertadamente que se trata de "potestades que no engendran acción civil para obtener su respeto" (992) . Así también lo ha resuelto la jurisprudencia; la Corte Suprema de Justicia de la Nación, confirmando el fallo del juez de sección de Salta, dijo al respecto: "mientras no se hiera un derecho perfecto, las reclamaciones que se susciten con motivo de la privación de mayores ventajas, no dan mérito a una acción judicial, y deben decidirse y resolverse por la misma autoridad administrativa a quien incumbe su conocimiento" (993) .

b) *Actos o hechos de terceros*.- Si la perturbación que sufra un particular en el ejercicio del uso común proviene de otro particular, el agraviado no sólo tiene un recurso administrativo para que la autoridad, haciendo efectivo su poder de policía sobre la cosa pública, lo ampare en el ejercicio de su prerrogativa, sino que también tiene acción judicial a fin de que, en su caso, se condene al autor de los hechos al pago de daños y perjuicios (994) . El fundamento jurídico de esta última acción es el principio de derecho contenido en el artículo 1109 del Código Civil, en cuyo mérito todo aquel que cause un daño a otro está obligado a repararlo (995) .

Esa acción de daños y perjuicios, procedente contra los particulares, no procede contra el Estado, porque el daño que éste causare no sería resarcible (996) . Frente al Estado, con referencia al uso común, el usuario no tiene derecho alguno, salvo que se tratase de una entidad estatal que nada tenga que hacer con la respectiva dependencia del dominio público, pues tal entidad, desde el punto de vista jurídico, debe equiparársela a un "tercero" (997) . En cambio, frente a los demás particulares, el usuario se encuentra en una situación de igualdad, en un mismo plano. En sus relaciones recíprocas, cada particular debe ejercitar el uso común dentro de su propia esfera o ámbito legal, sin inmiscuirse en el ámbito ajeno; en este orden de relaciones, todo daño causado por otro particular incide en la esfera jurídica del usuario, derivando de ahí el derecho de éste a obtener un resarcimiento, conforme al citado precepto del Código Civil.

El particular agraviado por otro particular en el ejercicio del uso común, ¿tiene contra este último alguna acción posesoria tendiente a lograr el cese del acto turbativo? Contesto negativamente, pues, aparte del principio general en cuyo mérito respecto de las dependencias del dominio público los usuarios no ejercen posesión alguna, propiamente dicha, debe tenerse presente que si las acciones posesorias también proceden cuando se trata de la defensa de un "derecho subjetivo", en cuyo caso el titular fundaría su acción en la *"quasi possessio"* de tal derecho, en la especie presente ello no procedería, ya que no existiendo a favor del usuario "derecho" alguno, sino un mero "interés simple", faltaría el fundamento mismo de esa acción posesoria: la "quasi possessio" (998) .

1855. Aparte de los usuarios anónimos, indeterminados, no individualizados, que en su carácter de simples habitantes ejercitan "usos comunes", existen otros habitantes que ostentan 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, en

relación con estas dependencias, les otorga ciertas prerrogativas de que no disfrutan los usuarios anónimos. Trátase de los llamados *colindantes con dependencias dominicales:* frentistas y ribereños. ¿Cómo se protege la situación de dichos *colindantes* contra actos o hechos lesivos provenientes del Estado o de particulares?

En parágrafos anteriores -números 1786 y 1797 a 1801- me he ocupado de la naturaleza jurídica de la prerrogativa que les asiste a los *colindantes* respecto de las dependencias del dominio público, como así de las diversas formas en que pueden ser perjudicados sea por actos o hechos del Estado o de los particulares. También me referí a cómo y por qué medios dichos *colindantes* pueden lograr el respeto de sus diversas situaciones. Me remito a lo dicho en los mencionados parágrafos.

Debo agregar que los referidos propietarios linderos con dependencias dominicales tienen acción civil de daños y perjuicios contra los particulares, o terceros en general, que, como consecuencia de actos turbativos realizados en la respectiva dependencia del dominio público, les hubieren causado algún daño. El fundamento jurídico de tal acción sería el *principio* que reproduce el artículo 1109 del Código Civil: "todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio". La procedencia de tal acción de daños y perjuicios es fácilmente comprensible, pues, al ejercerla, el propietario colindante no defiende o protege el dominio público, sino su propio patrimonio.

3º) USO ESPECIAL

1856. Como quedó expresado en otro lugar de la presente obra (nº 1804), el uso *"especial"*, desde el punto de vista teórico, puede ser adquirido por cualquiera de los tres siguientes medios: permiso, concesión y prescripción, cuya procedencia depende de lo que establezca el respectivo ordenamiento jurídico.

Pero también existen personas que, *de hecho*, utilizan dependencias del dominio público, es decir, sin autorización alguna del Estado. Son los usuarios sin título.

En los parágrafos siguientes me ocuparé de la tutela o protección de los derechos de uso especial adquiridos mediante cada uno de los expresados medios o formas admitidos por la ciencia jurídica.

Asimismo me ocuparé de la tutela o protección del uso especial o privativo, referida a los usuarios sin título legal.

1857. a) Si el Estado resuelve extinguir el "permiso" de uso, negándole al permisionario la facultad de ejercitarlo en lo sucesivo, este último carecerá de acción alguna para impedir tal situación. Ello es así porque la "precariedad" propia del permiso hace posible su extinción por revocación en cualquier momento: desde luego, esa extinción también puede producirse por caducidad. No obstante, si la extinción dispuesta respondiere a una medida arbitraria, procedería contra el acto que la dispone el recurso jerárquico en lo administrativo y el de exceso de poder en lo jurisdiccional (999) ; esto constituye una cuestión de hecho que debe ser resuelta en cada caso particular.

Pero en tanto el permiso esté en vigencia, el permisionario tendrá acción de daños y perjuicios contra el Estado por los menoscabos que éste le causare, siempre que tales daños y perjuicios no se produjeren como consecuencia de trabajos efectuados en interés de la respectiva dependencia del dominio público (1000) . Tal solución se explica fácilmente, dado que en el ejercicio de actividades ajenas o extrañas a la gestión de la respectiva dependencia del dominio público, al Estado debe asignársele calidad de *"tercero"*, dejando entonces de tener aplicación, en este orden de ideas, los principios emergentes de la precariedad del permiso.

En general, acerca de la protección jurídica del *"permisionario"*, véase el número 1815 noveno.

Respecto de *"terceros"*, el permisionario tiene los siguientes recursos o acciones:

a) Ante turbaciones o hechos de terceros, tiene por de pronto recursos ante la propia Administración, a fin de que ésta lo ampare mediante el ejercicio de su poder de policía sobre el dominio público (1001) .

b) Asimismo, puede demandar a los terceros por daños y perjuicios, ante los tribunales ordinarios (1002) .

c) Puede también deducir *acciones posesorias* contra terceros (1003) , pues respecto de éstos no rige la "precariedad" característica del permiso. En este orden de ideas, debe entenderse por "terceros" no sólo a los demás administrados o personas particulares, sino también a cualquier entidad pública ajena a la custodia directa de la respectiva dependencia del dominio público (1004) o extraña al otorgamiento del permiso (1005) .

1858. b) El estudio de la protección jurídica o tutela de los derechos del *"concesionario"* ofrece matices más amplios y complejos que los del permisionario; ello se debe a que, naciendo de la concesión para el concesionario un *"derecho público subjetivo"*, un derecho perfecto, la defensa de éste puede efectuarse desde cualquier ángulo: de ahí la diversidad de aspectos a considerar en el análisis de tal protección o tutela, que no todos los expositores o tribunales aceptan en la misma extensión.

El derecho emergente de una concesión de uso del dominio público puede ser desconocido o atacado, sea por el Estado o por terceros. ¿Qué medios legales tiene el titular de la concesión para obtener su respeto? Corresponde tratar separadamente las hipótesis que pueden presentarse.

1859. El Estado puede atacar o desconocer el derecho concedido, sea por vías legales (verbigracia, ley o decreto que extinguiese el expresado derecho mediante una caducidad o una revocación improcedentes o ilícitas) o por vías de hecho, con o sin violencia.

En la primera hipótesis, dada la naturaleza del derecho emergente de una concesión de uso, resulta claro que el titular de ella podrá ejercitar recursos administrativos internos, deduciendo luego, si las circunstancias lo requieren, la acción petitoria ante la autoridad con jurisdicción en lo contencioso-administrativo (1006) .

Va de suyo que se trata de materia contencioso-administrativa, lo que es importante señalar por las consecuencias prácticas que de ello derivan, verbigracia en lo atinente a los variados problemas sobre jurisdicción. La doctrina ha establecido cuándo una cuestión es de naturaleza contencioso-administrativa (1007) . La jurisprudencia de nuestro alto Tribunal interpretó con acierto esas conclusiones; así, en un caso donde, por haberse impugnado un decreto del Poder Ejecutivo de Salta, la parte demandada pretendió que se trataba de una cuestión administrativa que hacía improcedente la jurisdicción originaria de la Corte Suprema, ésta dijo: "Nada influye en el caso para cambiar el carácter civil de la litis, como pretende la demandada, el hecho de que el gobernador de Salta al dictar el decreto del 31 de mayo de 1928, haya procedido como poder público y no como persona jurídica. Si tal decreto ha desconocido derechos previstos y amparados por la Constitución o los Códigos fundamentales de la Nación, y no derivados sólo de disposiciones administrativas locales, aquel desconocimiento es suficiente para engendrar acciones netamente judiciales que nada tienen que ver con la jurisdicción especial contencioso-administrativa. Para la procedencia de ésta no basta que la autoridad a la que se imputa la resolución atentatoria haya procedido como poder público, es necesario además que el derecho desconocido sea también de carácter administrativo, establecido anteriormente en favor del reclamante, por una ley, decreto o reglamentos locales dictados dentro de facultades propias" (1008).

Lo expuesto en los lugares respectivos de esta obra acerca de cuándo proceden la caducidad o la revocación de una concesión de uso, y qué autoridad es la habilitada para declararlas y hacerlas efectivas, constituyen los principios a considerar para establecer si esos actos extintivos han sido o no lícitamente pronunciados.

1860. Como *consecuencia* de la acción petitoria, el concesionario, *excepcionalmente*, podría solicitar una medida precautelar que, si fuere procedente, se concretaría en una orden de "no innovar".

Dicha acción precautelar tiende a impedir que el acto administrativo que ilícitamente declara, por ejemplo, caduca o revocada una concesión de uso sobre el dominio público, cause perjuicios innecesarios o irreparables, dando tiempo, así, a la substanciación de la acción petitoria que se deduzca.

¿Procede esa acción precautelar? ¿Cuándo procede?

En principio, esta medida precautelar no procede, pues el acto administrativo lleva en sí la presunción de legitimidad, derivando de ahí la ejecutoriedad del mismo. Pero desaparecida esta presunción, debido a una notoria, ostensible o manifiesta ilegalidad del acto, la expresada medida precautelar será procedente, debiéndose traducir en una orden de no innovar. Desde luego, determinar cuándo se está en una situación de esta naturaleza, es una cuestión de hecho que debe ser resuelta en cada caso. Pero ello no obsta a que se expongan algunos *principios* de orden general.

Así, estimo que procederá esta acción precautelar en los casos siguientes, que menciono a simple título de ejemplos: 1º, si el concedente declara la caducidad por una causal no establecida ni prevista en la ley o en la concesión; 2º, si tratándose de una concesión otorgada por ley, la revocación la decreta el Poder Ejecutivo; 3º, si la revocación por razones de *ilegitimidad* la decreta el concedente después de estar en ejercicio la concesión,

y con mayor razón si han transcurrido varios años de ejercicio; etcétera. En todos estos casos el acto administrativo de caducidad o de revocación será notoriamente ilegal, lo que se desprenderá del simple cotejo del acto cuestionado con el texto de la concesión o de la ley que la rige. En parágrafos anteriores quedó dicho que el concedente no puede declarar, por sí, una caducidad cuya causal no haya sido establecida o prevista; que el Poder Ejecutivo no puede revocar por oportunidad una concesión de uso otorgada por el Poder Legislativo; que una concesión que esté en ejercicio, y de la cual han nacido derechos, o por lo menos *derechos aparentes*, no puede ser revocada por razones de *ilegitimidad* por el concedente, sino por el respectivo órgano jurisdiccional; etcétera. En todas estas hipótesis, y otras similares, la medida precautelar será, pues, procedente, y con mayor razón aún si el acto administrativo cuestionado no reposa en atendibles razones que tornen inaplazable su inmediato cumplimiento.

En fin, todo lo expuesto en los respectivos lugares de esta obra acerca de la caducidad y de la revocación de la concesión de uso, permitirá establecer si el pertinente acto administrativo reúne o no los requisitos que permitirán seguir reputándolo *legítimo* y, por ende, *ejecutorio*.

Tratándose de actos administrativos, la jurisprudencia ha sido vacilante respecto de la procedencia de la orden de no innovar. De sus decisiones no puede deducirse *sistema* alguno, dado lo inorgánico de las mismas. Así, en cierta oportunidad, se hizo lugar a la medida de no innovar solicitada por un concesionario en el juicio seguido contra una provincia (1009) ; en otra ocasión se rechazó esa medida de amparo solicitada contra un acto de revocación manifiestamente ilegal, pues tratábase de un acto que, por razones de *ilegitimidad*, revocó una concesión que estaba ejercitándose desde varios años atrás y de la cual, por ello mismo, habían nacido derechos -*aparentes*, al menos- a favor del concesionario, circunstancia que le vedaba al concedente el derecho de revocar la concesión en la forma en que lo hizo, ya que, para obtener la extinción de ella, debió recurrir al órgano jurisdiccional correspondiente (1010) ; en otro caso, con el deleznable argumento de que la medida no estaba fundada en ley, se denegó la orden de no innovar solicitada para obtener la suspensión de los efectos de unos decretos (1011) ; en otra oportunidad se denegó dicha orden, por considerarse que ella no era indispensable para quien la pedía (1012) .

En algunas legislaciones, como en la brasileña, existen instituciones expresas mediante cuyo ejercicio se logra impedir el agravio injusto de los derechos (1013) . En lo que respecta a nuestro país, véase la ley nacional de amparo nº 16986 , del año 1966. Véase el tomo 2º, nº 501. Actualmente, téngase presente el artículo 43 de la Constitución sancionada en 1994.

Para quienes consideran que el acto administrativo portador de una flagrante ilegalidad constituye una mera *vía de hecho*, la orden de no innovar -en tal caso- es siempre procedente (1014) .

En síntesis: en principio, la medida precautelar de que aquí se trata no procede; por excepción será procedente, lo que ocurrirá en los casos expuestos y en otros de igual substancia. Pero el rechazo *"sistemático"* de esta acción precautelar es *contrario a toda noción de derecho* (1015) .

1861. El titular de una concesión de uso sobre el dominio público, puede deducir contra el Estado concedente las acciones de resarcimiento de los daños y perjuicios que éste le causare, sea como consecuencia de una extinción de la concesión, sea que deriven de trabajos públicos o de cualquier hecho culposo que le sea legalmente imputable, como por ejemplo las turbaciones de hecho. Sobre la procedencia de tales acciones no hay discusión en la doctrina (1016) . Como bien dijo un autor, ningún acto administrativo ilegítimo, que cause lesión, dejará de generar responsabilidad económica (1017) . Para todo lo relacionado con la *"extensión"* de la indemnización debida al concesionario, tratándose de una revocación -lícita o ilícita- de la concesión por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, véase lo expuesto en el nº 1841.

Tal resarcimiento podrá constituir el único objeto de la demanda del concesionario, o podrá ser uno de los capítulos de la misma, ya que ésta simultáneamente podrá responder a otros objetivos, verbigracia nulidad del respectivo acto administrativo que ilícitamente hubiese declarado extinguida la concesión.

El fundamento de esas acciones resarcitorias depende de la índole del agravio inferido al concesionario. Si se tratare de una extinción ilegítima de la concesión, el fundamento de esa acción consistirá en la *responsabilidad contractual* de la Administración. Si se tratare de una extinción "lícita" de la concesión, el fundamento de la obligación de indemnizar es el ya indicado en materia de revocación (nº 1841). En los supuestos de daños causados por hechos ajenos a la concesión misma, o por turbaciones de hecho al derecho del concesionario, el fundamento de tales acciones no es otro que el principio general de derecho en cuyo mérito todo aquel que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia causa un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio: es un supuesto de responsabilidad extracontractual o *aquiliana* previsto por nuestro Código Civil en los artículos 1109 y 1113 (1018) . Véase el tomo 4º, quinta edición, sobre responsabilidad del Estado.

1862. En el supuesto de extinción de una concesión de uso, dispuesta por una caducidad o una revocación que el titular de la concesión considere *ilícitas*, la acción petitoria que promueva el concesionario puede responder a un doble fin: obtener que el tribunal declare la nulidad del acto administrativo de caducidad o de revocación, ordenando el restablecimiento de la concesión ilegalmente extinguida, y condene al Estado al pago de una reparación. Desde luego, la acción también puede perseguir uno solo de esos fines, es decir, la nulidad o el resarcimiento.

Si la acción promovida fuese admisible, la autoridad a quien le esté confiada la jurisdicción contencioso-administrativa, deberá hacer lugar a la *"nulidad"* del acto de caducidad o de revocación impugnado, de suerte que la concesión ilícitamente extinguida por una de esas vías recobre su vigencia. La protección del derecho del concesionario debe traducirse, entonces, en el "reconocimiento" del mismo, o sea, en el restablecimiento del imperio de la concesión, salvo que el titular de ésta se limite a exigir el pago de daños y perjuicios.

Si bien el criterio expuesto lo comparten distinguidos escritores (1019) y no pocas decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reconocieron la amplia facultad de los jueces para examinar la validez o la nulidad de los actos administrativos sometidos a su juzgamiento (1020) , otros tratadistas no admiten que el tribunal judicial

declare la nulidad del acto de caducidad o de revocación ilícito, y sólo aceptan la condena al Estado al pago de daños y perjuicios (1021) . La Corte Suprema de Justicia de la Nación, abandonando anteriores declaraciones, en un fallo objetable, y que por eso fue justamente criticado, sostuvo esta última opinión (1022) .

¿En qué se basan los que niegan la posibilidad de que los tribunales judiciales, con jurisdicción en lo contencioso-administrativo, *anulen* -dejen sin efecto- el acto administrativo que *"ilícitamente"* declara extinguida la concesión, sea por caducidad o por revocación? Esos argumentos pueden clasificarse así: a) aplicación del principio de separación de los poderes; b) rechazo del principio *pacta sunt servanda;* c) además, con relación al *servicio público*, dicen que éste se concede pero que no se enajena. Algo similar podrían decir respecto al "uso" de los bienes del dominio público. Juzgo que ninguno de estos argumentos es idóneo para la defensa de dicha tesis.

a) Hay quienes pretenden que si el tribunal judicial anula -o declara ineficaz, o deja sin efecto, que prácticamente es lo mismo- el acto administrativo que dispone la caducidad o la revocación, ello implica una intromisión del Poder Judicial en la esfera propia del Poder Ejecutivo, con la consiguiente violación del principio de separación de los poderes. En todo esto hay un error de concepto.

Es necesario no olvidar que, de acuerdo con nuestra organización institucional, entre nosotros la justicia administrativa -la jurisdicción contencioso-administrativa- es de tipo o sistema *judicialista*, de donde deriva que, en la especie, el tribunal judicial actúa como órgano de lo *contencioso-administrativo* y no precisamente como tribunal ordinario. Siendo así, el órgano jurisdiccional que declarará la nulidad del acto administrativo impugnado, es el establecido para el caso por el régimen institucional del país. La jurisdicción de los tribunales ordinarios para dirimir las causas contencioso-administrativas, surge de la propia Constitución Nacional y leyes especiales dictadas en su consecuencia (1023) . En tales condiciones, no puede hablarse de violación del principio de separación de los poderes (1024) .

Como bien dijo un escritor, no será la ubicación del órgano jurisdiccional lo que caracterizará el instituto denominado "Justicia Administrativa". La función jurisdiccional es siempre una, tenga inmediata convivencia con la administración o se cobije bajo la independencia y unidad común del denominado poder judicial (1025) .

De modo que importa un error de concepto la afirmación de que es atentatorio al principio de separación de los poderes el hecho de que el órgano jurisdiccional anule o declare ineficaz el acto administrativo que ilícitamente caduque o revoque una concesión (1026) . La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en varias oportunidades donde discutíase el valor o eficacia de actos administrativos, emitió conceptos que desvirtúan que, en tales casos, pueda hablarse de violación del principio de separación de los poderes (1027) .

b) Otro argumento de quienes sostienen que los tribunales judiciales no pueden anular, o dejar sin efecto, el acto administrativo que ilícitamente caduque o revoque la concesión, consiste en que el principio *pacta sunt servanda* (los contratos deben cumplirse) no es de la esencia de la concesión (1028) .

Tal concepto sólo lo juzgo admisible con las siguientes salvedades fundamentales: en primer término, que si bien el principio *pacta sunt servanda* no es de la esencia de la concesión, sí lo es de su *naturaleza;* en segundo término, que el rechazo de ese principio sólo es procedente respecto de una *"lícita"* revocación por razones de oportunidad o de mérito, pues va de suyo que en tal hipótesis el principio *"pacta sunt servanda"* no es eficiente para impedir que la concesión sea extinguida; pero el referido principio *"pacta sunt servanda"* es en un todo pertinente y aplicable tratándose de supuestos en que median una *"ilícita"* declaración de caducidad o una improcedente revocación, sea ésta por razones de oportunidad o de ilegitimidad. En estos últimos casos no existe razón jurídica alguna que impida la rigurosa aplicación del principio *"pacta sunt servanda"*, ya que en tales supuestos la extinción de la concesión carecería de *causa* jurídica, de causa lícita.

Ante el silencio de la ley o del contrato, el Estado no puede rescindir directamente sus convenios, por sí y ante sí. Sobre esto no hay discusión. Pero muchas veces una caducidad ilícitamente decretada o una improcedente revocación, en substancia no serán otra cosa que una rescisión encubierta. Si al Estado no le es lícito rescindir directamente sus convenciones, ¿cómo admitir que pueda hacerlo por esa ilícita vía indirecta? A esto se llegaría si se le negaren facultades a los tribunales judiciales para anular o declarar ineficaces los actos de caducidad o de revocación que se hallen en las condiciones expuestas (1029) .

Aceptar que ante una ilícita caducidad, o ante una ilícita revocación, el concesionario sólo tenga acción para reclamar daños y perjuicios, mas no para exigir el restablecimiento del imperio del acto ilegalmente extinguido, equivale a reconocerle eficacia a un acto ilegal y arbitrario. Si así fuese, habría que admitir el extraño criterio de que la Administración Pública -no obstante integrar los Poderes del Estado, órgano del derecho- vive al margen del derecho, y que las normas legales y los principios jurídicos sólo obligan a los particulares. Pero este criterio sería indefendible, porque está en contra de toda idea de justicia, base eterna del derecho (1030) .

c) Como tercer argumento invocado por quienes les niegan facultades a los tribunales judiciales para anular, o dejar sin efecto, el acto administrativo que *"ilícitamente"* caduque o revoque la concesión, se dice que el *servicio público se concede pero no se enajena* (1031) . Desde luego, igual argumento podrían hacer respecto del *"uso del dominio público"*. Pero juzgo totalmente erróneo invocar dicho principio cuando se trata de impugnar un acto administrativo que *ilícitamente* declara la caducidad o la revocación de una concesión, sea ésta de servicio público o de uso del dominio público.

La referida declaración del alto Tribunal sólo resultaría comprensible respecto de una "lícita" revocación por razones de *oportunidad, mérito* o *conveniencia*, ya que con ésta tiéndese a satisfacer directamente exigencias del *interés público*. Aquí sí podría decirse que, no existiendo enajenación, la concesión -sea de servicio o de uso- podrá siempre ser revocada por esa causa, sin perjuicio, claro está, de la reparación a que hubiere lugar.

De que la concesión no implique enajenación, en modo alguno se desprende que deba tenerse por subsistente el acto administrativo que *ilícitamente* caduque o revoque la concesión, pues ello, al fin de cuentas, equivale a aceptar que una sola de las partes, cuando

así lo desee, tenga facultad para dejar sin efecto el convenio. Mas tal solución carece de base jurídica y de base ética.

El hecho de que la concesión no implique enajenamiento, no autoriza a que el Estado viole lo convenido y deje impunemente sin efecto lo estipulado, rompiendo en forma arbitraria el vínculo jurídico que lo unía al concesionario. Es inconcebible que el Estado, órgano creador del derecho, pretenda imponer semejante aberración. El hecho de que la concesión no se enajene sólo significa que, si las exigencias del *interés público* así lo requieren, la concesión puede ser revocada en cualquier momento por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sin perjuicio de la indemnización que procediere. Pero el *interés público* debe satisfacerse por procedimientos lícitos, encuadrados en el orden jurídico, y de ningún modo a través de actos arbitrarios o ilícitos (1032) .

El expresado argumento de la Corte es, pues, inadecuado e inhábil para fundar la incompetencia de los tribunales judiciales para anular, o dejar sin efecto, un acto administrativo que *ilegalmente* caduque o revoque una concesión.

En síntesis: tratándose de una caducidad o de una revocación ilícitamente decretadas, los tribunales judiciales con jurisdicción en lo *contencioso-administrativo*, a petición de parte, podrán declarar la nulidad o ineficacia del acto administrativo impugnado, ordenando el restablecimiento del ejercicio de la concesión ilegalmente extinguida, sin perjuicio de ordenar el resarcimiento que corresponda. Como consecuencia de la declaración de nulidad o ineficacia del acto de caducidad o de revocación, la concesión recobrará su vigencia (1033) .

El fallo judicial, pues, debe tener como alcance el *restablecimiento* del derecho ilegalmente extinguido por caducidad o por revocación, y no la mera reparación o pago de daños y perjuicios. Dicho fallo debe *"anular"* el ilegal acto de caducidad o de revocación y restablecer la vigencia de la respectiva concesión. Lo contrario implica un resabio de épocas feudales, propias del Estado Policía, donde los tribunales territoriales no tenían competencia para *"anular"* una decisión dictada por el Gobierno en "asuntos gubernativos", pudiendo sólo, y ello en virtud de la entonces naciente *"Teoría del Fisco"*, condenar al Fisco al pago de una suma como indemnización a favor del súbdito cuyo derecho particular adquirido hubiera sido lesionado por una disposición de la autoridad (1034) . Pero esto, que marca una etapa en las tentativas de protección al ciudadano contra actos ilegales del poder público, es inconcebible en el actual Estado de Derecho, donde el Estado está integralmente sometido al derecho como pudiera estarlo cualquier ciudadano.

1863. ¿Dentro de qué término el concesionario deberá deducir su respectiva acción petitoria?

En el orden nacional rige al respecto el decreto-ley 19549/72, sobre procedimiento administrativo nacional, cuyo artículo 25 establece que la *"acción"* contra el Estado o sus entes autárquicos deberá deducirse dentro del plazo perentorio de noventa días hábiles judiciales; y a continuación dispone la manera de computar ese plazo en los distintos casos que contempla. El último párrafo de dicho texto dispone que cuando en virtud de norma expresa la impugnación del acto deba hacerse por *"vía de recurso"*, el plazo para deducirlo será de treinta días (1035) .

El artículo 26 del expresado decreto-ley dispone que la demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando el acto adquiera carácter definitivo por haber transcurrido los plazos previstos en el artículo 10 y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción (1036) .

1864. Cuando la turbación del derecho del concesionario la efectúe el Estado por *vías de hecho*, corresponderá distinguir si las mismas han tenido lugar con o sin violencia, pues ello determinará que se promueva la acción de despojo o la posesoria, respectivamente.

Dado el fundamento ético-jurídico a que responde la acción de despojo, la doctrina uniformemente admite su procedencia incluso contra el concedente. Desde luego, los hechos deben configurar efectiva y realmente un "despojo", no debiendo implicar el mero ejercicio válido de poderes inherentes a la Administración; así, los actos o hechos subsiguientes a una caducidad o a una revocación válida, o a una desafectación también válida, no pueden dar lugar a un interdicto de despojo. La ejecutoriedad y presunción de validez del acto administrativo se oponen a ello. Pero los actos o hechos subsiguientes a una caducidad, a una revocación o a una desafectación que *obviamente* no reúnan la condición de validez -lo que de por sí desvirtúa la presunción de legitimidad del acto administrativo-, pueden servir de base a un interdicto de despojo (1037) . La jurisprudencia sigue dicho criterio: en principio general admite la procedencia de tal interdicto contra el concedente, habiéndoselo rechazado si, en el caso concreto, no aparecen reunidos los requisitos pertinentes (1038) .

1865. Las cosas se complican cuando se trata de establecer si el concesionario puede deducir acciones *posesorias* contra el concedente, por ejemplo, las de manutención, las de obra nueva, etcétera. Al respecto la doctrina está dividida: una parte de ella niega su procedencia contra el concedente (1039) , otra parte acepta tal procedencia (1040) . Nuestra jurisprudencia, de suyo inorgánica en la especie, en general se inclina por la improcedencia de tales acciones posesorias contra el concedente (1041) .

Para sostener la improcedencia de las acciones posesorias deducidas por el concesionario contra el concedente, tanto los tratadistas que siguen ese criterio, como los tribunales que lo comparten, se basan en que la concesión de uso del dominio público es *"precaria"* respecto del Estado. Esto, a juicio mío, es erróneo, pues la "concesión de uso", contrariamente a lo que se afirma, *no es precaria*. En páginas anteriores hice ver por qué razón es inexacto que la concesión de uso sea *precaria* respecto del Estado. Me remito a lo dicho entonces (nº 1823). Mientras no se lo extinga por una causa jurídica y un procedimiento también jurídico, el derecho público subjetivo emergente de la concesión de uso conserva toda su plenitud y valor, debiendo, en consecuencia, ser reconocido e integralmente protegido. En tanto la concesión de uso esté en vigencia o no sea legalmente extinguida, el derecho que de ella nace puede ser opuesto a todos, incluso al Estado mismo. No hay una razón jurídica que se oponga a ello.

También se ha sostenido que lo *"precario"* se refiere a la *posesión* de la *cosa* del dominio público por parte del concesionario, dado que éste debe reconocer que el *dominio* de dicha cosa no le pertenece a él. Tal razonamiento es inaceptable; implica un planteamiento errado. En estos casos, las acciones posesorias no tienden a proteger la posesión de *cosa* alguna perteneciente al dominio público, sino la del *"derecho"* emergente de la concesión, y

este derecho es del "concesionario", le pertenece a él. *El concesionario defiende lo "suyo"*, su derecho público subjetivo, no pudiendo entonces hablarse de "precariedad" (1042) .

Para otros, el carácter precario de la concesión de uso deriva de lo *"temporario"* de la misma. Esto tampoco es exacto, según lo expresé en páginas anteriores (nº 1823).

Otro argumento de que se hace mérito para sostener la "precariedad" de las concesiones de uso del dominio público, consiste en que las mismas son *"rescatables"* en cualquier momento por el Estado. También éste es un argumento deleznable, según así quedó expuesto precedentemente (nº 1823).

Las acciones posesorias, propiamente dichas, verbigracia las de manutención, las de obra nueva, etcétera, en principio general, pueden, pues, ser promovidas por los titulares de concesiones de uso del dominio público contra el propio concedente, siempre, claro está, que éste haya actuado u obrado con obvia violación de sus legítimas atribuciones -violación que puede referirse al "fondo" o a la "forma" del acto-: en tal supuesto desaparece la presunción de legitimidad del acto administrativo. En el parágrafo siguiente me ocuparé del *fundamento legal* de tales acciones. Por ahora basta con dejar establecida la posibilidad de su procedencia (1043) .

Por cierto, las acciones de despojo o posesorias que el concesionario promueva contra el Estado concedente, salvo expresa disposición contraria de la ley, deben substanciarse ante los tribunales ordinarios de justicia, y no precisamente ante los tribunales con especial o exclusiva jurisdicción en lo administrativo. Esto es así, porque en tales supuestos el Estado habrá actuado o procedido con *violación evidente* de sus legítimas potestades administrativas; si no fuere esto último, la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad propias del acto administrativo obstarían al ejercicio de tales acciones (1044) . Se trata de remedios legales típicamente "judiciales", con los que tiéndese a impedir y sancionar una conducta del Estado *notoria* u *ostensiblemente* realizada al *margen* o *fuera* de las normas administrativas (1045) .

1866. El fundamento de las acciones posesorias del concesionario contra el Estado concedente -y, con mayor razón, contra terceros-, radica en la coordinación de dos conceptos jurídicos: el derecho real administrativo y la "quasi possessio iuris". El primero de éstos actúa como "requisito" para la aplicación del segundo, y éste constituye el fundamento inmediato o directo de dichas acciones. Así lo haré ver en los párrafos siguientes.

1º) La teoría de los derechos reales administrativos tiende a establecer o determinar la naturaleza del derecho de uso emergente de una concesión. Ella incide en los medios o forma de protección del expresado derecho.

De acuerdo con dicha teoría, el titular de una concesión de uso sobre el dominio público tiene sobre éste un derecho de goce de naturaleza *real*, no obstando a ello el carácter "inalienable" de los bienes públicos.

La "inalienabilidad" -dice Hauriou al fundar la expresada teoría- tiene por objeto colocar el dominio público fuera del comercio de la *vida privada* y, por consiguiente, sustraerlo a las

enajenaciones y constituciones de derechos reales civiles; pero ella no obsta a un cierto comercio de la vida *administrativa*, ni a enajenaciones o a la constitución de derechos reales regidos por principios administrativos. El carácter especialmente administrativo de esos derechos reales -agrega- consiste esencialmente en la *precariedad*, es decir, en su naturaleza temporaria, revocable o rescatable (1046) . Hauriou hace luego esta afirmación fundamental: la precariedad sólo existe respecto de la Administración concedente y sólo ella puede invocarla; pero aun frente a dicha Administración, en tanto el derecho de uso no haya sido legalmente extinguido, su titular puede oponerlo a la Administración concedente (1047) .

Tal es, en síntesis, lo que hoy se conoce como *teoría de los derechos reales administrativos*, de gran importancia o repercusión en lo atinente a los medios de protección del derecho nacido de una concesión de uso sobre el dominio público. ¿Cuál fue su origen? ¿Cuál el fin que la motivó?

Dicha teoría fue ya intuida por Otto Mayer, quien, sin embargo, no llegó a exponerla como una noción jurídica específica, y menos aún orgánica. Así se advierte en su notable obra. Aparte de haber llamado la atención con respecto a que las cosas del dominio público, si bien se hallaban fuera del comercio del derecho civil, estaban dentro del comercio del Derecho Administrativo, pudiendo, en consecuencia, ser enajenadas conforme a las reglas del derecho público (1048) , dio la noción conceptual de la concesión de uso sobre el dominio público en términos de los que claramente resulta la naturaleza "real" del respectivo derecho: "es un poder jurídico *sobre esta cosa*, de la que una parte será dejada al concesionario para realizar un uso especial" (1049) ; y al observar la efectiva situación del concesionario respecto a la pertinente dependencia del dominio público, dijo que el *derecho* del concesionario tiene la forma de un "derecho de posesión" (1050) y, en ese orden de ideas, habla de una *"posesión"* del concesionario sobre la porción del dominio público objeto de la concesión (1051) .

Dichas expresiones del eminente maestro bien pueden considerarse como un remoto antecedente de la actual teoría que le asigna carácter "real" al derecho nacido de una concesión de uso sobre el dominio público.

Pero fue Maurice Hauriou quien intentó darle forma orgánica, tratando de hallar sus raíces y primeras expresiones positivas en decisiones del Consejo de Estado francés (1052) . La teoría de los derechos reales administrativos fue más tarde desenvuelta y defendida por los discípulos de Hauriou, entre éstos especialmente Louis Rigaud (1053) .

Actualmente la doctrina científica se hizo eco de ella, sea para auspiciarla (1054) o para rechazarla (1055) .

Juzgo que las críticas hechas a la esencia misma de dicha teoría son por demás pobres (1056) .

Como bien se dijo, la categoría del "derecho real" es una forma inicial del pensamiento jurídico, lo mismo que la noción de "cosa" que le sirve de base. Nada obliga, pues, a limitar la teoría del derecho real al círculo del derecho privado patrimonial, por más que ahí encuentre su principal empleo (1057) . Ya se expresó que si bien las cosas del dominio

público estaban fuera del comercio del derecho privado, del derecho civil, estaban dentro del comercio del Derecho Administrativo, pudiendo ser objeto de todos los actos jurídicos compatibles con las pertinentes reglas del derecho público.

Las circunstancias de que los derechos reales administrativos no figuren en el Código Civil, en nada obsta a su existencia: 1º, ante todo, porque, como lo expresa Otto Mayer, fuera de la doctrina del derecho civil aún hay derecho; 2º, porque es inexacto que la categoría del derecho real sea exclusiva del derecho civil: es una noción *general* de derecho, por más que en el derecho civil haya encontrado su mayor aplicación, como decía Rigaud; 3º, porque los derechos reales *administrativos* mal podían figurar entre los derechos reales que establece la ley civil, pues se trata de prerrogativas sometidas a regímenes distintos: de derecho público o de derecho privado, según que el derecho real que se considere sea administrativo o civil, siendo de recordar que, como lo expresó claramente el propio codificador, doctor Vélez Sarsfield, *en un Código Civil no se trata sino del derecho privado* (nota al artículo 31); 4º, porque, en lo atinente a nuestro país en particular, el legislador nacional, a través del Código Civil, carece de atribuciones para crear derechos reales "administrativos" -salvo en jurisdicción nacional-, pues ésta es una facultad o atribución local, reservada por las provincias, inherente y complementaria del poder de policía sobre el dominio público.

La teoría sobre existencia de derechos reales administrativos la juzgo exacta e inobjetable jurídicamente, pero estimo que ciertas consecuencias o alcances atribuidos a la misma son equivocados (1058) .

Se pretende que la característica esencial del derecho real administativo, a diferencia del derecho real civil, es su precariedad. Por mi parte, considero que no es exacto que el derecho real administrativo sea *"precario"*, ni aun respecto del Estado concedente. Las razones que algunos juristas, como Hauriou, invocan para sostener tal precariedad, consistentes en la naturaleza temporaria, revocable o rescatable que ellos le atribuyen a tales derechos (1059) , las juzgo equivocadas e inaceptables, según así lo manifesté precedentemente (1060) . Pero aun para dichos juristas, inclusive para Hauriou, en tanto el derecho de uso no haya sido legalmente extinguido, su titular puede oponerlo incluso a la Administración concedente (1061) . Si se desconociere la posibilidad de que el concesionario promueva acciones posesorias contra el concedente, el derecho de aquél prácticamente quedaría sin sentido, ya que resultaría privado de uno de sus efectos principales. Es que precisamente la teoría de los derechos reales administrativos nació como resultado de las tentativas por hallarles fundamento jurídico a las acciones posesorias de los concesionarios de uso del dominio público contra el Estado concedente (1062) . La eficacia jurídica del derecho real administrativo, su existencia, no depende ni puede depender de su presunta precariedad -que se pretende caracterizar por lo temporario, revocable o rescatable-, sino de que la respectiva "concesión de uso", a que tal derecho real corresponda, sea compatible con el destino para el cual la cosa fue puesta fuera del comercio.

No es exacto, pues, que el *derecho real administrativo* se diferencie del derecho real "civil" en que aquél es precario y en que éste no lo sea. Lo que tiene de particular el derecho real administrativo, que lo distingue del civil, es que aquél hállase disciplinado por un régimen jurídico especial: un régimen de derecho público, esencialmente de Derecho

Administrativo, de características distintas al de derecho privado. Los *"principios* del derecho administrativo regulan todo lo relacionado con el derecho real administrativo; así, por ejemplo, este derecho real no podría ser opuesto a la Administración concedente cuando ésta, actuando válidamente, revocase o caducase la concesión o desafectase la respectiva dependencia del dominio público: los *principios* sobre presunción de legitimidad del acto administrativo y sobre su ejecutoriedad obstarían a ello. Tal conclusión no sería concebible en el ámbito del derecho privado. La diferencia entre el derecho real administrativo y el civil radica, pues, en que aquél hállase regido por los *"principios"* propios del derecho administrativo y no por los del derecho privado.

Debe advertirse, por último, que la teoría de los derechos reales administrativos, sólo y únicamente se refiere a los usos "especiales" o "privativos" adquiridos por los administrados, en particular mediante la *concesión de uso*. Pero dicha teoría en modo alguno se refiere a los usos *"comunes"* o *"generales"*: la naturaleza de éstos los coloca al margen de ella.

El derecho del concesionario de uso del dominio público es, pues, de naturaleza "real"; es un derecho real administrativo (1063) . Se ejerce *sobre una cosa:* sobre una dependencia del dominio público. En este orden de ideas, es oportuno recordar la siguiente noción conceptual de Otto Mayer: la concesión de un derecho de uso especial sobre una cosa pública, significa la constitución de *un poder jurídico sobre esta cosa*, de la que una parte será dejada al concesionario para realizar un uso especial (1064) . Mientras ese derecho esté en vigencia, es oponible a *todos*, incluso al Estado concedente, según así quedó expuesto en parágrafos anteriores.

2º) El derecho romano ofrece ciertas ideas o principios fundamentales que bien pueden servir de base a determinadas conclusiones del derecho público actual. Es lo que ocurre con la "quasi possessio iuris", instituto cuya creación se le debe al genio de los jurisconsultos de la antigua Roma (1065) .

Frente a la posesión de cosas o *"possessio rei"*, existe la posesión de derechos o *"possessio iuris"*, llamada también *"quasi possessio"*. Es éste un instituto que, en materia de derechos, resulta análogo a la posesión en materia de cosas (1066) .

Trátase de una institución originariamente concebida para la defensa de *ciertos* derechos: las servidumbres. Mediante ella tendíase a la defensa posesoria de *derechos*, y eso es lo importante. Si sólo se la aplicó a las servidumbres, ello se debió a que los romanos no la necesitaron para otros supuestos, pero no a que fuera inidónea para la defensa posesoria de otros derechos distintos de las servidumbres. Por eso pudo decirse que entre los romanos la "quasi possessio iuris" jamás llegó a la plena madurez de su desarrollo (1067) . En el derecho moderno recibió una extensión extraordinaria, y no es concebible que el derecho de una época futura jamás pueda abandonarla completamente: sólo se tratará de fijarle límites precisos; así escribía von Ihering a fines del siglo pasado (1068) , cuyos conceptos los considero de estricta aplicación en nuestros días.

El jurista actual debe y puede retomar el concepto de la "quasi possessio iuris", ampliando la esfera de su aplicación, utilizándolo como fundamento de la protección posesoria del concesionario de uso del dominio público. Todo está, como advertía Ihering, en fijarle sus

límites precisos y, en nuestro caso, en adecuar dicha institución a los principios del derecho público, ya que ella tuvo origen en el ámbito del derecho privado.

La "quasi possessio iuris" nunca fue un concepto vano o intrascendente: le correspondía la protección posesoria (1069) . Como bien se ha dicho, trátase de un estado de señorío dotado de consecuencias posesorias (1070) .

En el derecho romano la "quasi possessio iuris" hallábase limitada a las servidumbres, fuesen éstas personales o prediales (1071) , aunque algunos intérpretes la extendían a la mayor parte de los derechos reales sobre cosa ajena (1072) .

La legislación posterior la hizo extensiva a todos los derechos. Así ocurrió en la antigua legislación española (1073) , y en el derecho canónico (cánones 1443 a 1447), que la admitía no sólo como fundamento de acciones posesorias (cánones 1693, 1695, 1697, inciso 3º, 1698 y siguientes), sino también como base de la prescripción (canon 1446) (1074) .

En algunas legislaciones la *"posesión"* es aplicada tanto a las *cosas* como a los *derechos;* pero tratándose de la posesión de derechos estimo preferible hablar de "quasi possessio", pues esta locución traduce con exactitud la idea que con ella quiere expresarse.

La mayoría de las legislaciones actuales reconoce la "quasi possessio", sea en forma general para todos los derechos o limitándola a algunos de ellos. Así, los códigos civiles de Francia (artículo 2228), España (artículos 430, 431, 437 y 438). Uruguay (artículo 646), Bolivia (artículo 1530), Venezuela (artículo 771), México (artículos 790 *in fine* y 794) y Portugal (artículos 474 y 479), la extienden a los "derechos", en general; igual orientación sigue el Código Civil chileno (artículo 715), que, al referirse a ella, habla de la "posesión de las cosas incorporales" (1075) . Otros códigos, como los de Brasil (artículo 485), Italia (artículo 1140) y Perú (artículo 824), la limitan a alguno o algunos de los poderes inherentes al dominio o propiedad (1076) . Otros textos, como el Código Civil alemán (artículo 1029) y el suizo (artículo 919, segunda parte), tal como acaecía en el derecho romano, la limitan a las servidumbres prediales y personales (1077) .

La legislación de nuestro país admite la "quasi possessio". Es lo que resulta de los artículos 2355 y 3961 del Código Civil, y de la nota del codificador al artículo 2400 . Así lo reconocen nuestros expositores (1078) . El doctor Bibiloni, en su anteproyecto, reproducía el artículo 2400 del Código Civil (1079) . La Comisión de Reforma mantuvo la "quasi possessio" en su proyecto (1080) , según así lo aclaró uno de sus más conspicuos integrantes (1081) .

De los antecedentes de la "quasi possessio", como de las conclusiones generales de la doctrina, puede afirmarse que para su procedencia requiérense actualmente los siguientes requisitos:

a) Que ella recaiga sobre derechos que se ejerzan en forma continua y prolongada (1082) .

b) Que tales derechos sean *"reales"* (1083) . Los derechos creditorios quedan excluidos de la "quasi possessio".

c) Que el ejercicio de esos derechos sea *"efectivo"* (1084) . Si el derecho nunca se ejerció o dejó de ejercérselo durante el lapso legal pertinente, la "quasi possessio", no habrá existido, en el primer caso, o se habría perdido en el segundo supuesto. En principio, así como es posible perder la posesión, es también posible perder la "quasi possessio" (1085) .

d) Que se trate de un derecho que esté en el comercio. Sólo las cosas que están en el comercio son susceptibles de posesión. Siendo la "quasi possessio" un instituto análogo y paralelo a la posesión, y siendo susceptible de las mismas cualidades y de los mismos vicios que la verdadera posesión (nota del codificador al artículo 2400 del Código Civil), es obvio que a su respecto también rija el principio aplicable en materia de posesión, o sea que el derecho pertinente debe estar en el comercio.

El *derecho* de los concesionarios de uso del dominio público reúne los cuatro requisitos mencionados precedentemente:

1º) Se ejerce en forma continua y prolongada. Esto surge del propio objeto de la concesión: uso de la dependencia del dominio público durante el término a que la concesión se refiera, duración que puede ser temporaria o perpetua, según el sistema que al respecto se haya seguido. Contrariamente a lo que ocurre en materia de derecho creditorio, donde una vez cobrado el crédito, es decir, una vez ejercido el derecho, éste queda extinguido, el derecho emergente de una concesión de uso, una vez ejercido, no se extingue.

2º) Es de naturaleza "real": es un derecho real administrativo. De esto me ocupé en este mismo parágrafo.

3º) Ejercicio efectivo del derecho. Va de suyo que, al hablar de "quasi possessio", se parte del supuesto de que el derecho pertinente es *ejercido* por su titular.

4º) El derecho emergente de una concesión de uso sobre el dominio público *está en el comercio* -de derecho público, por cierto- y, en su mérito, puede ser objeto de la "quasi possessio" (1086) .

El titular de una concesión de uso sobre el dominio público tiene, pues, la "quasi possessio" de su derecho (1087) .

Pero como la "quasi possessio" fue un instituto originariamente concebido para el derecho privado, su aplicación en el derecho público -Derecho Administrativo, en la especie-, requiere ineludiblemente su armonización con ciertos principios propios del derecho público. En tal orden de ideas, pueden darse las dos siguientes reglas fundamentales, a las cuales hállase sometida la "quasi possessio iuris" de los concesionarios de uso del dominio público:

1º) La "quasi possessio iuris" requiere la existencia de un *"derecho"*: si éste no existe, el *estado de hecho* no tiene protección. En derecho público, y con particular referencia al uso del dominio público, no es aplicable la regla de derecho privado "poseo porque poseo". Sin *"derecho"* de uso, o sea -en este caso- sin *concesión* de uso, no hay "quasi possessio iuris". Quien invoque ésta, tiene el deber de exhibir su título (1088) . Ello es así porque nadie puede usar privativamente una dependencia dominical sin la pertinente autorización

especial del Estado. De ahí que para la existencia de la "quasi possessio" sea requisito indispensable el *"derecho"* de uso: el título legal. En derecho privado las cosas ocurren en distinta forma: puede haber posesión útil sin derecho de dominio; en derecho administrativo no puede existir "quasi possessio iuris" sin el *"derecho"* de uso pertinente. Pacelli dijo con acierto que la "quasi possessio" del uso ilícito o sin título debe considerarse jurídicamente inexistente (1089) . En concordancia con esto, en un parágrafo próximo (nº 1869) haré ver por qué razón los usuarios sin título no pueden ejercitar acción alguna de carácter posesorio.

2º) Lo atinente a la pérdida de la "quasi possessio" del derecho emergente de una concesión de uso del dominio público, se rige, principalmente, por los principios y normas del derecho público que le dieron origen. Para determinar si el concesionario ha perdido o no la "quasi possessio" de su derecho, no hay que atenerse, pues, a las normas y postulados del derecho privado, sino a los del derecho administrativo.

La circunstancia de que los concesionarios de uso del dominio público puedan hacer valer la "quasi possessio" de su derecho, tiene una trascendencia fundamental: la posibilidad de ejercitar acciones posesorias en defensa de tal derecho.

3º) Precedentemente quedó establecido:

a) El derecho de los concesionarios de uso del dominio público es de naturaleza "real administrativa".

b) Dichos concesionarios tienen la "quasi possessio" de su derecho de uso.

Pero la circunstancia de que los derechos de los concesionarios de uso del dominio público revistan calidad de derechos reales administrativos, no constituye el *"fundamento"* directo e inmediato de las acciones posesorias que dichos concesionarios pueden deducir en su defensa. Tal circunstancia sólo representa el fundamento mediato, indirecto o remoto de dichas acciones: constituye un "requisito" indispensable para el ejercicio de esos remedios legales, pero no el *"fundamento"* mismo -inmediato y directo- de ellos. Digo que sólo representa un "requisito", porque la existencia de la "quasi possessio" -que, como se verá, constituye el fundamento directo de las acciones posesorias- exige, a su vez, que el derecho pertinente sea de naturaleza *"real"*. En otras palabras: el carácter "real administrativo" de ese derecho, permite que, en la especie, exista y pueda hablarse de una verdadera "quasi possessio iuris".

El hecho de que se trate de derechos reales, aunque de naturaleza administrativa, apareja la idea de un derecho sobre una *"cosa"*. Éste es el primer paso en el otorgamiento de acciones defensivas de carácter posesorio. El segundo paso lo constituye la existencia de una "posesión", si se trata de una "cosa", o de una *"quasi possessio"*, si se trata de un "derecho". Pero el fundamento *inmediato* de las acciones posesorias radica en la posesión o en la "quasi possessio". Sin tal posesión o cuasiposesión no se concibe el ejercicio de acción posesoria alguna. Por ello, el que nunca ejercitó su derecho de uso emergente de la concesión, no puede promover acciones posesorias: le faltaría la "quasi possessio", *fundamento inmediato y directo de las mismas*. La sola existencia del *"derecho"* de uso no basta para promover acciones posesorias: es menester la "quasi possessio" de ese derecho.

La teoría de los derechos reales administrativos o, mejor dicho, el *derecho real administrativo* es, pues, insuficiente, de suyo, para justificar el ejercicio de esas acciones defensivas. La mera existencia del derecho real administrativo no basta para deducir acciones posesorias. A tales fines, la teoría de los derechos reales administrativos debe ser complementada con los principios atinentes a la *"quasi possessio iuris"*, pues sin ésta no es concebible el ejercicio de una acción posesoria.

Por análogas razones, el dominio privado sobre un inmueble -derecho real civil- no constituye, por sí, el fundamento de las acciones posesorias que le competan al titular de la cosa: el fundamento de estas acciones radica en la "posesión" del inmueble, al extremo de que si ésta legalmente no existiere o se hubiere perdido, las acciones posesorias no procederían a pesar de la existencia del "derecho real" de dominio.

En suma, el fundamento directo e inmediato de las acciones posesorias que pueden promover los titulares de concesiones de uso del dominio público, radica en la "quasi possessio" de este derecho de uso, "quasi possessio iuris" que, entre los requisitos para su existencia, requiere que el respectivo derecho sea de naturaleza "real", como ocurre en este caso.

1867. El ataque a los derechos del concesionario de uso puede, asimismo, provenir de *"terceros"*. ¿ Qué ha de entenderse aquí por "terceros"?

Tal como lo expresé al referirme a las acciones que los "permisionarios" promuevan contra *"terceros"*, por éstos ha de entenderse no sólo a los demás administrados o personas particulares, sino también a cualquier entidad pública ajena a la custodia directa de la respectiva dependencia del dominio público, o extraña al otorgamiento de la concesión. En tal sentido, es oportuno recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió un interdicto de despojo promovido por un *concesionario* contra una *municipalidad* que, sin ser concedente, ejerció actos de violencia contra bienes de aquél (1090) ; en la especie se trataba de un concesionario de "servicio público", pero el "principio" es enteramente aplicable al concesionario de "uso del dominio público".

Asimismo, el concesionario puede ocurrir a la propia autoridad administrativa para que ésta, ejercitando su poder de policía sobre el dominio público, lo ampare en el ejercicio de su derecho (1091) .

Existe uniformidad en doctrina acerca de que el concesionario puede promover contra terceros la acción de despojo o las respectivas acciones posesorias (1092) . Hay quienes consideran que ello es así debido a que la *"precariedad"* de la concesión sólo rige respecto del Estado concedente y no respecto de terceros. Pero tal fundamento atribuido a dichas acciones no es aceptable, pues, como lo expresé en párrafos anteriores, es inexacto que las *"concesiones"* de uso del dominio público sean "precarias", ni aun respecto del Estado que las otorgó. El fundamento jurídico de esas acciones consiste en que el *concesionario* defiende un derecho propio, frente al ataque o desconocimiento injusto proveniente de un tercero.

Por identidad de motivos, los concesionarios pueden promover contra terceros las acciones petitorias que correspondieren (1093) , o una acción de resarcimiento por los daños y perjuicios derivados de la indebida actitud del tercero (1094) .

Va de suyo que tratándose de litigios entre particulares y no de éstos contra el Estado, los principios generales sobre jurisdicción y competencia de los tribunales tienen total imperio.

1868. c) En un parágrafo anterior (nº 1851) dije que el derecho de uso especial adquirido por prescripción, en lo atinente a su naturaleza se asimila al adquirido por concesión, lo que significa que constituye un "derecho público subjetivo". El *"status"* jurídico de quien obtuvo el derecho de uso por prescripción, es similar o análogo al "status" del concesionario.

En virtud de ello, todo lo que se diga acerca de la protección de los derechos del "concesionario" es aplicable a la protección de los derechos adquiridos por prescripción, desde que en ambos supuestos se trataría de la protección de derechos públicos subjetivos.

De modo que para la protección de los derechos especiales de uso sobre el dominio público adquiridos por prescripción, debe tenerse presente lo expuesto acerca de la protección de los derechos de uso adquiridos por concesión.

1869. d) ¿Pueden ejercer acciones posesorias los que, sin consentimiento o autorización del Estado -es decir, sin título legal-, realicen usos privativos o especiales del dominio público?

Los que, sin autorización especial del Estado, ejerciten un uso del dominio público que requiera dicha autorización especial, no pueden deducir acción posesoria alguna, ni aun contra terceros (1095) . Ni siquiera pueden promover la acción de despojo (1096) . En esta materia, el *estado de hecho* carece de protección. Para lograr ésta, es indispensable la existencia de un *derecho*. Quien invoque tal "derecho" tiene el deber de exhibir su título (ver texto y nota 449).

Ello se explica, pues no teniendo tales usuarios *"derecho"* alguno -que en la especie sólo es posible adquirirlo con *expresa* autorización del Estado (ver nº 1804)-, no tendrían en qué fundar la acción posesoria. Por eso juzgo errada la opinión de Tomás Jofré, en cuanto dice que "el goce de las aguas puede mantenerse aun cuando los trabajos se hayan hecho sin permiso de la autoridad, si la acción posesoria se deduce contra el que procede sin tener a su vez concesión de la misma" (1097) .

LIBRO SEGUNDO - **DEL DOMINIO PÚBLICO EN PARTICULAR**

TÍTULO PRIMERO - **DOMINIO PÚBLICO TERRESTRE**

CAPÍTULO I - **VÍAS PÚBLICAS (Calles y caminos)**

SUMARIO: *1870.* Condición legal. - *1871.* Problemas que suscitan. - *1872.* Alineación: concepto; naturaleza. Diferencias con la delimitación. La "línea de edificación" y sus efectos jurídicos. - *1873.* Apertura y ensanche de vías públicas. Situaciones a contemplar. Incorporación de la propiedad privada a la vía pública: procedimiento regular y procedimiento irregular. La nueva línea de edificación y cuestiones que suscita. - *1874.*

Desafectación de las vías públicas. Situación de los propietarios colindantes. - *1875.* Cambio o alteración del nivel de la vía pública. "Nivel" y "línea de edificación". - *1876.* Reparación y demolición de edificios que amenacen ruina. - *1877.* Policía de las vías públicas. Policía de la circulación o tránsito ("police du roulage") y policía de la "calle" o "camino" como dependencias dominicales ("police de la voirie"). La cuestión con particular referencia a los colindantes o frentistas. - *1878.* Los caminos y el problema de la jurisdicción en nuestro país. Nación y provincias. El "tránsito", la "higiene" y las "buenas costumbres". Jurisdicción penal. - *1879.* La clausura o cierre temporario o provisorio de los caminos. Concepto: naturaleza; efectos. Diferencias con la desafectación.

1870. Las vías generales de comunicación -calles, plazas, caminos-, ya sean urbanas o rurales, pertenecen al dominio público (Código Civil, artículo 2340 , inciso 7º).

Desde luego, para que ello sea así, se requiere que la *"afectación"* de tales bienes se haya realizado válida y eficazmente, cumpliéndose a su respecto los requisitos que surjan del derecho positivo y de las enseñanzas de la ciencia jurídica. Véase lo dicho en los números 1743, 1744 y 1745.

No existiendo una *afectación* idónea, la calle o camino no revestirán carácter dominical, a pesar de que el público los utilice: en unos casos se tratará de bienes de particulares *ilegalmente* afectados al uso de todos, pero que a raíz de tal ilegalidad no adquieren carácter dominical. En otros casos se tratará de simples bienes "privados" pertenecientes a sus respectivos titulares, tal como lo expresa el Código Civil en su artículo 2348 . La jurisprudencia se ha pronunciado en sentido concordante al expuesto (1098) .

1871. Las calles y caminos suscitan numerosos problemas de orden jurídico. Aparte del ya mencionado en el parágrafo anterior, o sea el atinente a los requisitos de su idónea *afectación*, pueden mencionarse los que siguen: su *alineación*, con sus derivados sobre "apertura" de nuevas vías y "ensanche" de las existentes; su *desafectación;* el *cambio* o *alteración del nivel* de las vías públicas; la *reparación y demolición* de edificios colindantes con la vía pública, que amenacen ruina; la *policía* de tales vías; la *clausura* provisoria o temporaria de los caminos; lo atinente a la *jurisdicción* sobre los caminos. A todos esos problemas haré referencia en los parágrafos que siguen.

1872. Las vías públicas deben ser deslindadas respecto de las propiedades privadas que con ellas lindan. En esa forma quedará establecido hasta dónde se extiende la vía pública y hasta dónde la propiedad particular lindera.

La operación mediante la cual la Administración Pública fija el límite entre la vía pública (calle o camino) y los predios colindantes, llámase *"alineación"*. La facultad de la Administración para llevar a cabo el alineamiento de las calles y caminos constituye un poder inherente a la dominicalidad (1099) , derivado de la tutela que aquélla ejerce respecto de las dependencias del dominio público. Así también lo entendió nuestro codificador, doctor Dalmacio Vélez Sarsfield, al disponer que "el deslinde de los fundos que dependen del dominio público corresponde a la jurisdicción administrativa" (Código Civil, artículo 2750). La *alineación* se concreta jurídicamente en un *"acto administrativo"*: tal es su esencia.

La "alineación" se justifica porque, mediante ella, la Administración Pública cumple una función a su cargo: mantener el trazado y uniformidad de las vías públicas, lo cual se vincula con la estructura de los centros de población.

No debe confundirse la "alineación" con la "delimitación", ni debe asimilarse a ésta. Ambas se refieren a la fijación de los límites de dependencias dominicales en relación con predios privados colindantes. Pero se refieren a distinta especies de bienes públicos: la "delimitación" contempla los bienes de origen "natural" declarados públicos por el legislador (verbigracia un río, un lago, etc.); la "alineación", en cambio, se vincula con los bienes declarados públicos por el legislador pero cuya existencia u origen depende de un hecho humano (verbigracia una calle, un camino) (1100) . Desde luego, la diferencia entre delimitación y alineación no es sólo "terminológica": se traduce en sus *efectos*. La delimitación es simplemente "declarativa" de dominio (1101) , en tanto que la alineación puede ser "constitutiva" o "traslativa" de dominio, dando lugar, mediante el debido procedimiento legal, a la adquisición de terrenos para la apertura de nuevas calles y caminos o para el ensanche de los existentes (1102) .

De lo que antecede despréndese que ningún administrado, frentista o colindante con calles o caminos públicos, debe realizar construcciones sin que previamente la Administración Pública haya establecido los límites de esas dependencias dominicales, fijando la llamada *"línea de edificación"*. De lo contrario el frentista se expone a que su construcción avance sobre la propiedad pública, con la obvia consecuencia de que la Administración Pública, ejercitando sus facultades de autotutela del dominio público, le haga retirar o le retire la parte de construcción indebidamente asentada sobre la dependencia dominical. Los frentistas o colindantes que realicen tales construcciones sin contar previamente con la *"línea de edificación"*, incurren en un acto *culposo* y se exponen a sus consecuencias (1103) . Pero como el propietario frentista tiene un evidente *derecho* -de base constitucional- a usar de su propiedad, realizando construcciones, por ejemplo, resulta que, cuando él lo solicite, la Administración Púbica tiene el correlativo *deber* de indicarle cuál es la "línea de edificación"; si la Administración retarda tal indicación, o se niega a hacerla, incurre en responsabilidad hacia el administrado y debe indemnizarlo (1104) .

Dada la naturaleza y efectos de la *"alineación"*, a ella se vinculan los problemas relacionados con la apertura de nuevas vías de comunicación y con el ensanche de las existentes.

1873. La apertura de nuevas vías públicas, o el ensanche de las existentes, requiere que las respectivas propiedades privadas se incorporen al dominio público en calidad de nuevas vías o de ensanche de las que ya existen.

Ello da lugar a dos órdenes de problemas: a) situación y derecho de los propietarios cuyos predios hayan sido incorporados al dominio público, sin el debido procedimiento legal; b) situación y derecho de los propietarios a quienes no se les permite realizar construcciones sino detrás de la nueva línea de edificación proyectada, pero sin que el Estado haya adquirido aún el dominio o la posesión de los respectivos inmuebles.

Si la pertinente propiedad privada se incorpora al dominio público sobre la base de un acuerdo de partes, o en mérito a un juicio de expropiación, no puede surgir cuestión alguna

al respecto. Pero las cosas cambian cuando, para los fines indicados, el Estado se apodera de la propiedad privada sobre la base de un procedimiento ilegal. ¿Qué derechos le asisten al propietario damnificado? Hay que distinguir según que exista o no una ley que declare de *utilidad pública* las respectivas heredades, o los efectos de su expropiación. Si tal declaración de utilidad pública *no* existe, el propietario desapoderado de su inmueble, para lograr el respeto de su derecho de propiedad, tiene a su alcance las acciones policiales, posesorias, petitorias y resarcitorias reconocidas por el ordenamiento jurídico. Mediante el ejercicio de ellas podrá obtener la devolución de su inmueble o el pago de su precio. Pero en el supuesto indicado, el propietario en cuestión no tiene a su alcance, ni puede ejercerla, la acción de *expropiación irregular* -que algunos impropiamente llaman expropiación *inversa*-, pues el ejercicio de la misma requiere ineludiblemente que el bien haya sido declarado de utilidad pública por el legislador. Sin tal declaración no puede haber expropiación, ni regular ni irregular. No se puede obligar a "expropiar" sin ley (1105) . En cambio, si *existiere* dicha declaración legislativa de utilidad pública, el propietario, ante el desapoderamiento de que fue objeto, no puede exigir la devolución de su propiedad en especie; sólo puede reclamar el pago de la indemnización correspondiente. Así lo declaró la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un fallo donde hizo una correcta aplicación de los principios (1106) .

Puede ocurrir que al propietario del inmueble afectado por la apertura de una nueva calle o por el ensanche de una ya existente, no se le permita construir sino detrás de la nueva línea de edificación proyectada, pero sin que el Estado haya adquirido aún el dominio o la posesión de los inmuebles así afectados. ¿Qué derecho tiene el propietario de esos predios afectados a la apertura o al ensanche de calles, en los cuales no se le permite edificar? Se ha dicho que sobre tales inmuebles pesa una servidumbre administrativa de *non aedificandi*, y que el derecho del propietario a exigir una indemnización sólo surge en el momento en que el inmueble se incorpora al dominio público, en virtud de la pérdida de su posesión; mientras esto no acontezca, la servidumbre "non aedificandi", *en realidad una restricción* -se agrega- es una limitación a la propiedad privada en interés público, lo que explica la improcedencia de la indemnización (1107) . Disiento con tal criterio. La limitación de referencia no puede ser considerada como mera *"restricción"*, ya que lo afectado por ella es algo más que lo *absoluto* del derecho de propiedad: es su propia utilización, ya que a su respecto se prohíbe toda construcción o edificación. Las meras "restricciones" al dominio no obstan a que el propietario ejercite normalmente sus derechos de tal. Aquí resulta afectado lo *"exclusivo"* del dominio, pues la imposibilidad de utilizar el inmueble obedece al interés del *público*, que en esa forma ya aparece de hecho como beneficiario de la cosa. Además, tal limitación no es *"general"*, sino "particular" para el propietario o propietarios afectados por la construcción de la nueva calle o el ensanche de la ya existente. Todo ello nos pone frente a una verdadera *"servidumbre"*; de ahí el derecho del propietario dañado en sus derechos, a ser resarcido. ¿En qué consiste este resarcimiento? ¿Cómo se le logra? Hay que distinguir. Si existe ley declarativa de utilidad pública, el propietario puede promover la acción de *expropiación irregular*, logrando así plena reparación pecuniaria; si no existe tal ley, el propietario puede promover una acción de daños y perjuicios, a fin de que las consecuencias del acto ilícito de la Administración Pública -Estado- sean reparadas (1108) .

1874. Las vías públicas -calles y caminos- pueden ser *"desafectadas"*, perdiendo así su carácter de bienes dominicales.

Tal desafectación puede crearles específicos problemas a los propietarios frentistas o colindantes; verbigracia, si éstos tienen o no un derecho a ser resarcidos por el Estado en tales circunstancias. Esta cuestión la he tratado precedentemente (véase el nº 1799).

1875. Como consecuencia de obras o trabajos públicos, las calles y caminos pueden experimentar cambios o alteraciones en el nivel que ya se les había asignado. Tales cambios o alteraciones pueden generarles perjuicios a los propietarios frentistas o colindantes. ¿Pueden éstos exigir un resarcimiento a raíz de dichos daños? En el número 1800 hice referencia a esta cuestión; me remito a lo ahí expresado.

Pero cuadra advertir que *"cambio de nivel"* no es lo mismo que *"cambio de línea de edificación"*. Trátase de cuestiones distintas que se rigen por sus propios principios (para lo atinente a la "línea de edificación" véanse los números 1872 y 1873).

El *nivel* contempla la relación entre la propiedad privada lindera a la vía pública, desde el punto de vista *"horizontal"*, respecto de un mismo plano, vale decir con relación a la *"altura"* de una propiedad con relación a la otra. En cambio, la *línea de edificación* toma en cuenta la vinculación entre la propiedad privada y la vía pública en cuanto al *"límite"*, externo o lateral, de una respecto de la otra; dicha línea tiende a fijar la separación entre ambos dominios: el público y el privado, estableciendo hasta dónde se extiende uno y otro.

1876. Lo atinente a la reparación y demolición de edificios que amenacen ruina, se vincula con el régimen de las vías públicas con que aquéllos lindan; ello es así dadas las consecuencias que el mal estado de tales edificios puede determinar en el uso de las calles y caminos. Baste recordar que el estado ruinoso de un edificio no sólo puede causar víctimas entre los transeúntes al derrumbarse sobre la vía pública, sino que, además, puede obstruir u obstaculizar el uso de ésta.

Lo relacionado con la *reparación* y con la *demolición* de edificios colindantes con las vías públicas, que amenacen ruina, integra el contenido del poder de policía sobre esas dependencias dominicales. Su ejercicio por parte de la Administración Pública es, ciertamente, *discrecional* (1109) ; pertenece a la llamada "discrecionalidad técnica". Pero la ejecución de todo esto requiere, por parte de la Administración Pública, el cumplimiento de ciertos requisitos que, en la especie, representan o constituyen las garantías básicas del *"debido proceso legal"*; de no procederse así, la discrecionalidad convertiríase en "arbitrariedad". Es por ello que la Administración Pública debe requerir informes a sus cuerpos técnicos y, antes de proceder por sí a la demolición o reparación del edificio que amenace ruina, debe notificar y emplazar el propietario, bajo apercibimiento de que si éste no cumple con lo ordenado, la propia Administración realizará por cuenta de él las obras o trabajos necesarios.

En el derecho romano existía la llamada *cautio damnum infectum* (daño que amenaza). Cuando esa amenaza de daño provenía, de entre otras cosas inanimadas, de un edificio ruinoso, quien se encontraba amenazado de sufrir el perjuicio tenía, en aquel derecho, una acción para exigir que el propietario de la cosa le diese caución por el valor del resarcimiento que estaría obligado a abonarle por el daño que lo amenazaba, en caso de que éste se produjere. Emplazado el propietario a otorgarla, si no la daba, se entregaba al presunto perjudicado la posesión de la cosa que amenazaba producir daño. Era una acción

más preventiva que represiva. Pero una vez que el daño se había producido, el caso era regido por los mismos principios: el dueño de la casa que se arruinó estaba obligado a dar caución no sólo por el daño futuro, sino también por el pasado. Así la *cautio damni infecti* tenía dos finalidades claramente establecidas: prevenir el daño posible por la ruina de un edificio; asegurar el resarcimiento de ese mismo daño una vez producido (1110) .

Este orden de relaciones fue contemplado en la ley nacional de procedimientos, nº 50 , del año 1863, título 29, dedicado al "interdicto de obra vieja", que autorizaba: a) la adopción de medidas urgentes para evitar riesgos que el mal estado de cualquier construcción podía ofrecer; b) obtener su demolición. Podía ser intentado: 1º, por los que tuvieran alguna propiedad contigua o inmediata que pudiera resentirse o padecer por la ruina; 2º, por los que tuvieren necesidad de pasar por las inmediaciones del edificio o construcción que amenazase ruina (artículos 343 y 344). Pero al sancionarse el Código Civil, en 1871, y al legislarse ahí en forma distinta la materia, las expresadas disposiciones de la ley 50 quedaron derogadas; así lo resolvió la jurisprudencia (1111) . También dicha ley 50 está hoy derogada.

Sancionado nuestro Código Civil, dejaron, pues, de tener vigencia las expresadas disposiciones de la ley 50 , referentes a interdicto de obra vieja, y también lo relacionado con la *"cautio damni infecti"*. Dice al respecto el artículo 1132 del Código: "El propietario de una heredad contigua a un edificio que amenace ruina, no puede pedir al dueño de éste garantía alguna por el perjuicio eventual que podrá causarle su ruina. Tampoco puede exigirle que repare o haga demoler el edificio". La nota del codificador a dicho texto es ilustrativa. Después de rechazar la *cautio damni infecti*, y de expresar que la admisión de una acción preventiva en esta materia, da lugar a pleitos de una resolución más o menos arbitraria, dice así: *"Los intereses de los vecinos inmediatos a un edificio que amenace ruina, están garantizados por la vigilancia de la policía, y por el poder generalmente concedido a las municipalidades de ordenar la reparación o demolición de los edificios que amenacen ruina"* (1112) .

1877. En materia de *"policía"* de las vías públicas -calles y caminos- hay que distinguir dos cuestiones que difieren fundamentalmente entre sí: la policía de la circulación o tránsito, y la policía de la vía pública considerada como dependencia dominical. En Francia se hace esa distinción hablando de *"police du roulage"* (o de la circulación) y de *"police de la voirie"* (o de la cosa pública) (1113) .

La policía de la circulación ("roulage") se vincula a la *jurisdicción* sobre las vías públicas. De ello me ocuparé en el parágrafo siguiente.

La policía de las vías públicas ("voirie"), consideradas éstas como dependencias dominicales, es *local* o *provincial*. Tal es el principio (véase nº 1790).

Ya en un parágrafo anterior, al referirme a los *colindantes* con las vías públicas, dije que a su respecto las manifestaciones o efectos del poder de policía sobre dichas dependencias dominicales, presentaba una *intensidad disminuida* en lo atinente a ciertas prerrogativas de dichos colindantes (verbigracia, en lo relacionado con el acceso a sus domicilios). En otras palabras: respecto de los colindantes en cuestión, los respectivos poderes de la Administración Pública son menos intensos que con relación a los habitantes en general.

Así, si por cualquier circunstancia del momento las autoridades públicas prohibiesen 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 (véase lo expuesto en el nº 1801).

1878. La jurisdicción sobre las calles y caminos puede ser nacional o provincial, según los casos. Todo depende del camino o calle que se considere. ¿Cuándo la jurisdicción es nacional y cuándo provincial?

La regla más segura para deslindar la jurisdicción nacional de la provincial, en materia de calles y caminos, es la que surge del artículo 67 , inciso 12 de la Constitución Nacional. En tal orden de ideas, será *nacional* la jurisdicción sobre todo camino que sirva al tráfico o tránsito interprovincial o internacional, y será *local* o *provincial* la jurisdicción sobre todo camino que sólo sirva al tráfico o tránsito interno de cada provincia (1114) . Es la misma regla que deslinda ambas jurisdicciones en materia de *comercio*, en general, y de ríos navegables, ferrocarriles, etcétera, en particular. Toda norma legal que altere el principio expuesto, es susceptible de ser constitucionalmente impugnada.

Para que un camino se considere sujeto a la jurisdicción *nacional*, no basta con que, mediante sucesivas conexiones de caminos locales, pueda servir o sirva de hecho al tráfico o tránsito interprovincial o internacional. Es menester que forme parte de una *red troncal* que integre un "sistema", tal como ocurre con los de la red caminera construida por la Nación en mérito a la ley nacional de vialidad. Según esta ley, "la *red* de carreteras en todo el territorio de la República, constituirá un *sistema* integrado por las nacionales, provinciales de coparticipación federal, locales secundarias y especiales" (artículo 3º , ley 13504) (1115) .

Cuando un camino está sometido a la jurisdicción *provincial*, ésta se extiende a todos los aspectos: sobre el tránsito, en sí mismo, como sobre todas las demás materias en que se manifieste la actividad social. En cambio, cuando se trata de caminos sujetos a la jurisdicción nacional, ésta sólo se hace efectiva sobre el tránsito en sí mismo, mas no en lo atinente al resto de actividades que reflejen la vida social: costumbres, higiene, etcétera (1116) . Como bien dijo un autor, trátase de jurisdicciones que no interfieren, pues tienen distinto objeto (1117) .

En materia penal, tratándose de delitos cometidos en un camino sujeto a la jurisdicción *provincial*, no hay dificultades: la competencia para entender en el respectivo proceso le corresponde a la justicia provincial, en todos los supuestos. Tratándose de caminos sujetos a la jurisdicción *nacional*, ésta se divide entre la Nación y las provincias cuando se trata de delitos: si éste afectase al "tránsito" -que en la especie representa o constituye un "interés nacional"-, la competencia es de los jueces federales; pero si el delito fuere "común", un homicidio por ejemplo, la competencia es de los jueces locales o provinciales, por cuanto en este supuesto no habría interés nacional alguno comprometido. Tal es lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de la jurisdicción criminal en islas provinciales y en ríos navegables interprovinciales (1118) , *principio* de estricta aplicación en materia de caminos.

Sobre los terrenos ocupados por caminos nacionales, las provincias no han perdido su dominio eminente, sino tan sólo su jurisdicción a los efectos limitados del tránsito. No se trata de terrenos federalizados, en los que la Nación ejerza poderes de legislación y jurisdicción exclusivos, sino de lugares meramente sometidos a la jurisdicción nacional para un objeto determinado -el "tránsito", en este caso-, en los que el *imperium* y la *jurisdictio* de las provincias no quedan excluidos sino en la medida en que su ejercicio obstaculice directa o indirectamente el fin a que responden esos bienes (1119) .

Los caminos que hoy llamamos *"nacionales"*, antiguamente eran denominados *"caminos reales"* (1120) , locución que aún emplean los pobladores más antiguos de algunas de nuestras provincias. Yo los oí expresarse así.

1879. Existen oportunidades en que el uso de los caminos puede dañarlos, ocasionando su deterioro. Es lo que ocurriría si se les utilizare, máxime con vehículos pesados, después de grandes lluvias, nevadas, deshielos o luego de reparaciones aún no consolidadas. En tales supuestos la autoridad competente puede disponer la clausura o cierre provisorio o temporario del camino, hasta que el temor de daño haya desaparecido.

Trátase de una medida de *"policía"* de la cosa del dominio público, que tiende a la *tutela* o *protección* material o física de la dependencia dominical. Tal es su naturaleza y substancia. Constituye una medida de prudencia, de buena administración, aconsejada por las circunstancias ocurrentes. Su procedencia hállase supeditada a una "cuestión de hecho", cuya apreciación depende de la sensatez y discrecionalidad de la Administración Pública.

Esa clausura provisoria, si bien tiene preferente aplicación en caminos no pavimentados, es decir en caminos de *tierra*, se halle ésta ligeramente abovedada o meramente mejorada con pedregullo, puede referirse a cualquier tipo de camino.

Quienes utilicen el camino a pesar de su clausura "temporaria" o "provisoria", se hacen pasibles de las penas de policía establecidas como sanción, e incluso podrían incurrir en el *delito* de "daño", si a raíz del uso indebido produjesen un deterioro sensible.

No es posible confundir o asimilar la *desafectación* con la *clausura provisoria* o *temporaria* de los caminos. Ambas persiguen objetivos totalmente distintos. La desafectación tiende a *excluir* el camino del régimen dominical, en tanto que la clausura provisional o temporaria tiende a la mejor *conservación* del camino como dependencia del dominio público, a fin de que pueda seguir siendo utilizado por el público en condiciones satisfactorias.

CAPÍTULO II - **CEMENTERIOS Y SEPULTURAS**

SUMARIO: *1880.* Nociones generales. El derecho a recibir sepultura como inherente a la personalidad. "Cementerio"; "campo santo". Imprecisión de los estudios sobre el régimen de los cementerios y sepulturas. - *1881.* El régimen jurídico de los cementerios y sepulturas es esencialmente publicístico. Subsidiarias relaciones de derecho privado. Las contiendas judiciales en materia de sepulcros. - *1882.* Orígenes. Cementerios e iglesias. La religión. Posterior secularización. - *1883.* Condición legal del cementerio. Antiguo derecho: romano; español. El derecho canónico. Derecho actual. Distintas teorías. La cuestión en el derecho

argentino. - *1884.* Los cementerios privados. Situación en nuestro país. Distintas especies. Régimen que los disciplina. - *1885. "Sepulturas"*. Distintas especies (fosa u osario común; nichos, inhumaciones en la tierra misma; sepulcros: bóvedas, panteones, mausoleos). Su condición jurídica. Lo atinente a los sepulcros. Distintas teorías. Derecho argentino. La pretendida *"fundación"*. - *1886.* Construcciones efectuadas por el *concesionario de sepultura* (sepulcros: bóvedas, panteones, mausoleos). Condición y naturaleza legal de las mismas. - *1887.* El *traslado* de cementerios frente al carácter *"real"* del derecho de los concesionarios de sepultura. *Desafectación de cementerios: derechos de los concesionarios*. - *1888.* Transferencia o enajenación del derecho de sepultura. La cuestión respecto de la fosa u osario común, a los nichos, a las inhumaciones en la tierra y a los sepulcros. Distintos supuestos. - *1889.* Personas cuyos cadáveres pueden ser inhumados o depositados en los sepulcros (bóvedas, panteones, mausoleos). - *1890.* Divisibilidad e indivisibilidad de los sepulcros. El llamado *"condominio"* de sepulcros. - *1891.* Embargabilidad e inembargabilidad de los sepulcros. - *1892.* Duración de las concesiones de sepultura. - *1893.* La prescriptibilidad de los sepulcros. - *1894.* Los sepulcros y la medianería. - *1895.* Protección jurídica del derecho de sepultura (inhumaciones en la tierra, en nichos y en sepulcros). La "fosa" u "osario" común.

1880. En las sociedades civilizadas, el derecho del hombre a que su cadáver reciba sepultura, y no quede expuesto a la intemperie o al abandono, como pudieran estar los despojos de un animal, constituye un atributo o prerrogativa inherente a la personalidad. Desde sus orígenes, todas las comunidades humanas se preocuparon de la protección de sus muertos; así lo revela la arqueología, al estudiar los testimonios materiales dejados por la humanidad primitiva. Ello nos coloca frente a la noción de *cementerios* y de *sepulturas*.

En Grecia, los cementerios eran denominados *"koimeterion"*, de *koimao*, descanso, dormir. La denominación de *"camposanto"* nació en Italia, a partir de la fundación del cementerio de Pisa, con tierra del Santo Sepulcro, en 1218 (1121) .

El régimen jurídico de los cementerios y sepulturas frecuentemente desorientó a los intérpretes, lo que se debe a que no desentrañaron ni precisaron su verdadero carácter y significado legal. "La concepción jurídica de los sepulcros, ha dicho un tratadista, aparece como una materia desintegrada, en la que el jurista vacila o improvisa" (1122) . Y refiriéndose a las disposiciones legales, decisiones jurisprudenciales y a las prácticas y costumbres que, entre nosotros, han regulado la condición jurídica de los sepulcros, un autor pudo decir que todas ellas, en mayor o menor grado, han sido *"perturbadoras de la naturaleza jurídica* y del contenido ético esencial de este instituto" (1123) .

Pero como lo destacó acertadamente un autor, si antes pudo dudarse respecto de los caracteres de la teoría de las concesiones de sepultura, hoy parece indudable que es en el cuadro de la *teoría del dominio público y de las ocupaciones del dominio público* donde hay que construirla (1124) .

1881. El régimen jurídico de los cementerios y sepulturas es, esencialmente, *publicístico*, de Derecho Administrativo. Tal es lo que ocurre tratándose del cementerio, en sí mismo, considerado como bien dominical, y de las relaciones entre el concedente -Estado- y el concesionario, titular de la sepultura. Las subsidiarias relaciones entre el titular de la sepultura y los *terceros*, si bien pertenecen al derecho privado, *sólo pueden desarrollarse o*

llevarse a cabo dentro de lo que permitan o consientan las normas o principios de Derecho Administrativo que rijan la respectiva concesión (1125) . La naturaleza "administrativa" (publicística) del derecho emergente de una concesión de sepultura -que no es otra cosa que una concesión de uso del dominio público-, sigue caracterizando y dándole su color y substancia al *derecho de sepultura* aun respecto a *terceros*. Las eventuales transmisiones del referido derecho no alteran su substancia. Esa naturaleza "administrativa" implica una valla insalvable para ciertos actos que, si bien resultan comprensibles en el derecho privado, no son admisibles dentro del ámbito del Derecho Administrativo o respecto de derechos de esta índole.

Las cuestiones judiciales relacionadas con sepulcros, dado el origen del derecho sobre éstos y la verdadera naturaleza jurídica de los mismos, deberían debatirse ante jueces especializados en derecho público. Pero como la generalidad de estas cuestiones surgen como incidentes en juicios sucesorios, tales materias son debatidas ante jueces en lo civil; así se explican las resoluciones de esta índole influidas por un criterio civilista, donde las correspondientes reglas del derecho público no son debidamente consideradas. Esto contribuyó a retardar, en materia de sepulcros, la aplicación de los debidos principios jurídicos, manteniéndose así una situación imprecisa (1126) .

1882. Desde el punto de vista de su origen, entre el cementerio y la iglesia o, mejor dicho, entre el cementerio y la religión, existe una vinculación íntima.

Los primitivos lugares de reunión de los cristianos fueron los cementerios y, tal como ocurrió también en otras religiones, los cristianos comenzaron a construir sus capillas en los cementerios (1127) .

Así, pues, históricamente -dice Fernández de Velasco-, el cementerio es anterior a la iglesia o, dicho a la inversa, la iglesia *surge* o *aparece como una dependencia del cementerio* (1128) . Tal prelación del cementerio con relación a la iglesia es fácilmente comprensible: aquél es la resultante de un fenómeno "natural", de cumplimiento inexorable: la muerte, lo que significa que la aparición del cementerio era inevitable en toda sociedad humana, cuyos integrantes pagan paulatino tributo a la muerte; en cambio, la iglesia es el resultado de una manifestación del espíritu, que puede o no producirse, y cuya expresión puede no haberse concretado en forma simultánea con la formación o aparición del grupo social, sino con el transcurso del tiempo. La "muerte", por el contrario, es un fenómeno de cumplimiento cierto y fatal, de realización simultánea con la aparición de los grupos sociales, cuyos integrantes tienen un período determinado de vida. Ello explica que la iglesia, como manifestación humana, haya surgido después que los cementerios (1129) .

Por mucho tiempo, continuando con ese estado de cosas, las tumbas quedaron y estuvieron bajo la custodia de la religión. "Todos los pueblos, dice Félix Frías, civilizados o salvajes, confiaron la custodia de las tumbas a la religión. Ella velaba sobre las generaciones extinguidas, como vela una madre cerca de sus hijos dormidos; ella los protegía contra el olvido, y los cubría con un piadoso respeto. Sentada en frente del porvenir, invocaba la esperanza cerca de las ruinas del hombre; y el sepulcro era una especie de santuario, en el fondo del cual la fe descubría un gran misterio de la vida" (1130) .

Posteriormente los cementerios fueron secularizándose, quedando así bajo la custodia y el poder de la autoridad civil. Entre nosotros tal secularización se produjo a partir del 14 de diciembre de 1821 (1131) .

1883. La condición legal de los cementerios, no precisamente en cuanto a su calidad de *"res extra commercium"*, sino en lo atinente a las razones que para ello se han tenido en consideración, ha variado a través de los tiempos.

En el antiguo derecho -derecho romano y derecho español- la calidad de cosa *"fuera del comercio"*, que revestían los cementerios, derivaba de su carácter de "cosa religiosa", en tanto que en el derecho actual, máxime después de la secularización de esos recintos, dicha calidad deriva de su carácter de *dependencia del dominio público* (1132) .

En el derecho romano los cementerios y sepulturas eran cosas *"religiosas"*; perdían este carácter por retiro -autorizado por el Estado- de los restos ahí existentes; constituían cosas *"fuera del comercio"*, sobre las que no se podía adquirir ningún derecho real. Los sepulcros eran *"imprescriptibles"* (1133) . La extracomercialidad surgía, pues, del carácter "religioso" de la cosa.

En el antiguo derecho español, tanto las Partidas, como la Recopilación de Leyes de Indias, se ocuparon de esta materia. De acuerdo con las Partidas, los cementerios y los sepulcros que fueron ocupados eran cosas *religiosas*, sobre las que no podía tenerse señorío; tales cosas eran imprescriptibles e inalienables (1134) . Estas normas concordaban con las del derecho romano. La Recopilación de Leyes de Indias disponían que los vecinos y naturales de las Diócesis podían ser libremente enterrados en las iglesias y monasterios que quisieren, siempre que la iglesia o el monasterio estuvieren benditos; disponían, asimismo, que se bendiga un sitio en el campo para enterrar los indios cristianos y esclavos, y otras personas pobres, fallecidos tan distantes de las iglesias, que sería gravoso llevarlos a enterrar en ellas (1135) .

De acuerdo con el derecho canónico, los cadáveres de los fieles debían sepultarse en un cementerio que estuviere bendecido; para sepultar a quienes no se les concedía sepultura eclesiástica, había otro cementerio. Las sepulturas y cementerios eran lugares sagrados. Se permitía la transferencia de los sepulcros, con consentimiento de la autoridad eclesiástica (1136) .

En la actualidad, desaparecido con la secularización el carácter *"religioso"* de los cementerios, para resolver lo atinente a su condición jurídica existen tres teorías o posiciones doctrinarias: la que les atribuye carácter de bienes "privados" del Estado (1137) ; la que los considera bienes integrantes del *"dominio público"* (1138) , y una teoría ecléctica, según la cual los cementerios sólo en parte son bienes del dominio público, pues los *"nichos"* y *"sepulcros"* existentes en ellos son bienes privados del municipio y de los concesionarios (1139) .

Para atribuirles carácter *"privado"* a los cementerios, se han invocado los siguientes argumentos:

a) Constituyen fuentes de recursos para las comunas, las que no sólo perciben los productos y frutos naturales del suelo (árboles, hierbas, etc.), sino que otorgan concesiones onerosas. Además, como también existen cementerios particulares, sometidos al poder de policía, resulta que la afectación al servicio de inhumaciones y la vigilancia policial no son incompatibles con la propiedad privada (Ducrocq, Batbie). Tales argumentos son inconsistentes. Ningún principio jurídico requiere que los bienes dominicales sean improductivos, o que las concesiones de uso sean gratuitas (véanse los números 1715, 1789, 1795, 1813 y 1829). Por otra parte, si existen cementerios particulares, verbigracia, los pertenecientes a algunas colectividades extranjeras, que revisten calidad de cosas *"privadas"*, ello obedece a que en tales supuestos no puede hablarse de dominio público por no concurrir uno de los elementos indispensables para su existencia: el elemento "subjetivo" (ver nº 1700 y siguientes). Por último, en lo atinente al poder de policía, cabe advertir que éste se manifiesta sobre toda clase de actividades.

b) Basándose en su criterio personal acerca de los elementos que han de concurrir para que un bien o cosa pertenezca al dominio público, Guicciardi sostiene el carácter *"privado"* de los cementerios. Razona así: la actividad del Estado respecto de los cementerios no es *exclusiva* de él, pues también existen cementerios particulares. Pero como la *exclusividad* de las respectivas funciones del Estado, es uno de los requisitos que deben concurrir para que la cosa respectiva pueda considerarse dominical, no concurriendo en este caso tal requisito corresponde negar el carácter dominical de los cementerios. Precedentemente me he referido a la noción de Guicciardi sobre la dominicalidad, rechazándola (nº 1722, letra b.). En Italia, después de la aparición de la obra de Guicciardi, el Código Civil de 1942, en forma expresa, declara a los cementerios incluidos en el dominio *público* (artículo 824 *in fine*).

c) Barraquero sostuvo el carácter *"privado"* de los cementerios, basado en lo siguiente: 1º que las primeras leyes que se dictaron disponían la *"venta"* de las parcelas para construir sepulcros; 2º que tales ventas implicaron una *desafactación* del respectivo bien público (obra citada, página 144). Considero ineficaces tales argumentos. Al emplearse ahí la palabra *"venta"*, se utilizó un término impropio, pues no se trataba de venta alguna, sino de una concesión de uso sobre una dependencia del dominio público. Tal es la verdadera esencia de esos actos. Insistiré en ello al referirme a la condición legal de los sepulcros. Las instituciones jurídicas no dependen del nombre que se les dé, sino de sus elementos constitutivos, de su substancia. En cuanto al segundo argumento, no habiéndose tratado de una *"venta"*, sino de una *concesión de uso;* va de suyo que no puede atribuírseles a actos de esta índole efectos de desafectación (1140) .

La teoría ecléctica a que hice referencia fue calificada, con acierto, como incoherente; "una componenda absurda, contradictoria e innecesaria. No tiene sentido que una zona del cementerio sea pública y otra privada" (1141) . "Solamente por manera de analogía cabe contraponer sepulturas o cementerios con calles y edificios. Éstos franquean y *conducen las calles*, pero se disocian desde todos los puntos de vista. Las sepulturas son la esencia del cementerio; el cementerio es el complejo de accesos, tránsitos y sepulturas. Si atribuimos a esos accesos y tránsitos la cualidad de dominio público y la sustraemos a las sepulturas, no sólo rompemos la unidad del complejo, sino que lo esencial y determinante del cementerio, la sepultura, pierde jerarquía y valor respecto de lo accesorio y adjetivo. En consecuencia,

si el cementerio es de dominio público, lo es por tener sepulturas y, en consecuencia también, lo que se dice del cementerio en general, haya de repetirse de todos sus elementos componentes e integrantes: de los accesos, de los jardines, de las estatuas, de las sepulturas, de las capillas, de las residencias y construcciones necesarias" (1142) .

Se impone, pues, la aceptación de la teoría que considera a los cementerios como dependencias del *dominio público*, con todas las consecuencias que de ello derivan. Y en este orden de ideas, como bien lo expresó Fernández de Velasco, "los derechos que sobre ellos se constituyan a favor de sujetos individuales, forzosamente han de moverse dentro de dos límites: uno, que no destruyan el concepto de dominio público, y otro, que sigan dentro del dominio público. De modo que no es bastante que se eviten las pugnas u oposiciones entre el dominio público y los derechos subjetivos que sobre él se reconocen, sino que, además de compatibles, forzosamente han de adquirir el mismo tono o color, la misma esencia jurídica" (1143) .

Entre nosotros, como ya lo expresé en la nota 17, la generalidad de los autores considera a los cementerios como bienes dominicales. El fundamento positivo de ello es el artículo 2340 , inciso 7º *in fine*, del Código Civil, en cuanto ahí declara bienes públicos a "cualesquiera otras obras públicas, construidas para utilidad o comodidad común", precepto en el cual encuadran los cementerios (1144) . Así también lo ha entendido y declarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1145) .

Algunos autores, si bien reconocen el carácter dominical de los cementerios, dicen que éstos constituyen un servicio público municipal (Mayer, Laubadère, Zanobini, Sarría: obras y lugares citados). El cementerio constituiría un servicio público, en tanto que la sepultura traduciría el uso de ese servicio (Fernández de Velasco, obra citada, página 248). No comparto ese criterio. El cementerio, considerado como tal, no es un *servicio público:* es un *bien del dominio público*, y en él el Estado, aparte de consentir su uso -común o especial- por los administrados, presta el servicio público de inhumaciones. Sobre la base de un bien dominical, cuyo uso tienen los administrados, existe, además, prestación de un servicio público. Cada cosa del dominio público se usa de acuerdo con su naturaleza y destino. Los cementerios se usan en la forma indicada. Por ello, a la fórmula de Fernández de Velasco, "el cementerio, servicio público municipal; la sepultura, uso del servicio", corresponde oponer esta otra: "cementerio, dependencia del dominio público; sepultura, expresión concreta y materializada de un uso especial de esa dependencia", todo ello sin perjuicio de la actividad que el Estado desarrolle en los cementerios y que constituya un servicio público.

1884. Existen también cementerios *"privados"*, lo que puede ocurrir en dos supuestos: a) tratándose de cementerios pertenecientes a ciertas *colectividades extranjeras*, que jurídicamente actúan como "sociedades" o "asociaciones"; b) tratándose de cementerios que existen en propiedades de personas particulares.

Los primeros generalmente deben su origen a un tratado celebrado entre los respectivos Estados. En nuestro país, ése es el origen de los cementerios británico y alemán (1146) . Pero su existencia también podría responder a una concesión de servicio público, pues tal sería el carácter de servicio de inhumaciones que prestaría el concesionario (1147) . No es posible desconocer -como quedó dicho en el parágrafo que antecede- que, en todo

cementerio organizado para prestar el servicio de inhumaciones, sea al público, en general, o a los miembros de una colectividad o religión, en particular, tal actividad reviste calidad de *"servicio público"*, sin perjuicio de que en los cementerios estatales haya también un *uso especial del dominio público*.

Tales cementerios revisten calidad de bienes *"privados"* de las respectivas asociaciones (1148) .

A pesar de que en dichos cementerios y en los estatales el *"fin"* que se persigue es el mismo, los pertenecientes a asociaciones son bienes *"privados"* de ellas, porque las personas o entidades particulares no pueden ser titulares de dependencias del dominio público; falta ahí uno de los elementos esenciales para ello: el subjetivo (ver nº 1700 y siguientes).

Como acertadamente dice Villegas Basavilbaso, "el problema relativo a la naturaleza jurídica del derecho de sepultura o de sepulcro en los cementerios *privados*, pertenecientes a asociaciones civiles, como acontece con los de los cultos disidentes, es materia ajena al Derecho Administrativo. En principio, y sin perjuicio de las reglamentaciones de policía funeraria, el régimen jurídico de esos cementerios como de las sepulturas y sepulcros está disciplinado por las normas del derecho civil y las disposiciones estatutarias de esas asociaciones" (1149) .

Pero aparte de los expresados cementerios pertenecientes a colectividades extranjeras -que funcionan como asociaciones civiles-, hay otro tipo de cementerios *"privados"*: los que existen en propiedades de personas particulares, como ocurre con los pequeños cementerios existentes en los establecimientos ganaderos situados en lugares muy alejados de los centros urbanos, tal como sucede en la generalidad de los establecimientos rurales de Santa Cruz y Tierra del Fuego. En esos pequeños cementerios se sepultaban a las personas que fallecían en el lugar -obreros y gente de tránsito-, aunque muchas veces sirven de último reposo a los fundadores del establecimiento y a miembros de sus familias. La inhumación se hacía sin otro requisito que la previa justificación, ante la autoridad pública más inmediata -juez de paz o comisario de policía-, del fallecimiento y de su causa verosímil (1150) . A pesar de su pequeña extensión superficial y del reducido número de cadáveres, se trata, ciertamente, de *"cementerios"*, pues por tal debe entenderse el *"lugar donde se entierran los muertos"* (Partida 1ª, título 13, ley 4), máxime si tal sepultamiento tiene carácter definitivo.

Va de suyo que estos "cementerios" son también de carácter *"privado"*: le pertenecen al dueño del respectivo inmueble. Esto es así, no sólo porque los particulares o administrados no pueden ser titulares de cosas que revisten calidad dominical (ver nº 1701), sino porque, como bien lo advierten Enneccerus, Kipp y Wolff, "el enterramiento de un cadáver en un lugar no declarado cementerio no otorga a ese lugar ninguna posición jurídica especial" (1151) . Faltaría ahí la *"afectación"* válida, que inexcusablemente debe provenir de la Administración Pública (acto estatal).

Las dos especies de cementerios *"privados"* a que hice referencia, hállanse sujetas al poder de policía del Estado. Sobre los primeros, los de asociaciones civiles, el poder de policía se ejerce en forma amplia e intensa, pues el titular de tal cementerio presta, al fin de cuentas,

un servicio público, el de inhumaciones, por lo que el contralor estatal comprende todo lo atinente a la policía *mortuoria* o *funeraria*. Sobre la segunda especie de cementerios privados -en los cuales no existe manifestación alguna de servicio público-, el poder de policía se ejerce con menor amplitud e intensidad, estando prácticamente limitado a la previa comprobación de la muerte y de su causa, requisitos comprensibles, pues tienden a descartar las posibilidades de delitos.

1885. Los cementerios tienen por objeto el sepultamiento o inhumación de cadáveres humanos. De ahí la existencia de *sepulturas*.

Hay cuatro clases de "sepulturas": en osario o fosa común; en nichos; en tierra; en sepulcros (bóvedas, panteones o mausoleos) (1152) .

El osario o fosa común es un lugar *colectivo* de inhumaciones. Dadas sus características o modalidades, jurídicamente traduce un uso *"común"* del dominio público (ver nº 1791; texto y nota 19). Siendo así, como prerrogativa individual sólo representa un *"interés simple"* (ver nº 1794).

La inhumación en "nicho" es individual y para persona *determinada*. En un mismo nicho sólo se sepulta a una persona que se individualiza (1153) . Jurídicamente, la inhumación en nicho constituye un uso *"especial"* del dominio público (ver nº 1802, texto y nota 72), otorgado mediante concesión. Considerada como prerrogativa individual, este tipo de inhumación se concreta en un *"derecho subjetivo"* (ver nº 1826). lo mismo corresponde decir del sepultamiento *individual* efectuado en la *tierra* misma.

El "sepulcro" (bóveda, panteón, mausoleo) constituye un lugar *colectivo* de inhumación. Traduce un uso *"especial"* del dominio público, otorgado mediante concesión. Como prerrogativa del individuo, este tipo de inhumación genera para su titular un *"derecho subjetivo"* (ver nº 1802, texto y nota 72, y nº 1826).

Lo atinente a los enterramientos en la fosa u osario común, en nichos y directamente en la tierra, una vez aclarada su condición legal, no ofrece problemas jurídicos. El sepultamiento en la fosa u osario común no ofrece problemas porque, constituyendo un mero *"interés simple"*, no puede motivar cuestiones sobre transferencia o enajenación de la sepultura. Las inhumaciones en nichos y las efectuadas directamente en la tierra, porque constituyendo sepulturas *individuales*, concedidas para personas *determinadas*, tampoco pueden generar cuestiones sobre transferencias o enajenaciones de la respectiva sepultura. Todo ello sin perjuicio de lo dicho en el oportuno lugar de esta obra, acerca de la protección jurídica del usuario, ya se trate del uso "común" o del uso "especial".

En cambio, los *"sepulcros"* (bóvedas, panteones, mausoleos) plantean graves problemas de orden legal, bastando recordar que uno de estos problemas consiste en determinar si los terceros pueden o no adquirir los sepulcros por prescripción. Ante las profundas discrepancias doctrinarias existentes, es indispensable aclarar la condición legal de los sepulcros y, correlativamente, la índole del derecho que sobre ellos les compete a sus titulares; una vez aclarados estos puntos esenciales, se tendrá una guía segura para resolver los problemas que se susciten.

Algunos autores creyeron resolver esta cuestión sosteniendo que los sepulcros constituyen una propiedad *"sui generis"* (1154) , criterio que siguieron algunos tribunales (1155) . Otros expositores auspician una tesis que no es sino una variante de la anterior: consideran que el "derecho de sepulcro" constituye un *contrato innominado* celebrado entre el Estado y el particular (1156) . Semejantes opiniones son inaceptables: en lugar de aclarar e iluminar la cuestión en debate, la dejan en la penumbra, rodeada de dudas; en lugar de luz, arrojan sombras.

Pero otros escritores sostienen que los derechos del titular de un sepulcro constituyen un bien de *derecho civil*, una *propiedad común* sobre el sepulcro (1157) . Igual temperamento sigue la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, al referirse a una concesión de sepultura, dijo: "El derecho así creado por la concesión pertenece al concesionario y le ha sido acordado por la propia Municipalidad. Puede, pues, ser objeto de transacción, sea a título de sucesión universal o singular; y esa trasmisión comprende no sólo el derecho de propiedad sobre lo edificado (monumento, bóveda, etc.), que es un *bien de derecho civil*..." (1158) . Disiento con tal criterio. Los sepulcros no son bienes de *derecho civil*, como se pretende.

Para fundamentar su opinión de que el sepulcro constituye un bien de naturaleza *civil*, Barraquero hace mérito de que ya en el decreto del 3 de septiembre de 1823, se habla de *"venta"* y de *"compra"* de sepulturas, lo cual significa que se trataba de bienes privados, criterio -dice- que también seguía la ley orgánica de la Municipalidad de Buenos Aires, nº 1260 (1159) .

Es exacto que las disposiciones legales vigentes anteriormente hablaban de *"propiedad* de las sepulturas", de *"venta* de nichos", de "panteones *particulares"*, de *"comprador* de terreno para sepulcro", etcétera (1160) . Pero también empleaban otras expresiones que contradecían a aquéllas; así, por ejemplo, se referían a *"venta"* de nichos por *cinco* años (1161) , lo que permite sostener que no se trataba de venta alguna, pues éstas no se realizan por un término fijo, sino, en principio, para siempre, con carácter perpetuo, salvo que se estableciere un pacto de retroventa, cosa que no ocurrió. Tal "venta" por *cinco* años no era otra cosa que una "concesión temporaria".

A las referidas expresiones "propiedad de las sepulturas", "venta de nichos", "comprador de terreno para sepulcro", etcétera, no puede atribuírseles el significado ordinario y corriente del derecho civil, sino que ha de interpretárselas en consonancia con la verdadera naturaleza y condición legal del cementerio y de los sepulcros, los cuales, de acuerdo con las leyes de Partidas, vigentes hasta la sanción del Código Civil (año 1871), constituían cosas *"religiosas"* que se hallaban *fuera del comercio*, no pudiendo ser objeto de compras o de ventas (véase nº 1883, texto y nota 13). El empleo de esas expresiones improcedentes ha de haber respondido a que, en aquella época, aparte de que el léxico del Derecho Administrativo estaba muy poco divulgado, sus "principios" tampoco eran conocidos por todos. Tratándose de *"cosas que estaban fuera del comercio"*, más que a las palabras empleadas hay que atenerse a la naturaleza del bien y a los actos jurídicos realmente compatibles con dicha naturaleza, la cual rechazaba toda idea de *"compraventa"* (1162) . En tal orden de ideas, a los importes abonados por las parcelas en que se construyeron sepulcros (panteones, bóvedas, mausoleos), no debe asignárseles calidad de *"precio"*, pues

ello sería inconcebible ante el carácter de *"res extra commercium"* que ya les correspondía a los cementerios antes de la sanción de nuestro Código Civil, según quedó dicho; a esos importes debe atribuírseles carácter de simple *"canon"* por el uso de un bien público, pagado en una sola vez o acto por el otorgamiento de una concesión que indistintamente puede ser temporaria o perpetua.

En otro lugar de esta obra expresé que el derecho emergente de una concesión de uso sobre una dependencia dominical, era un derecho *"público"*, exclusivamente regido por el derecho *público*, no por el derecho privado (ver nº 1826). También expresé que las obras o instalaciones realizadas por el concesionario en la dependencia dominical, para poner en ejercicio su derecho de uso, si bien constituían una *propiedad* del mismo, ella hallábase *"regida"* por el derecho *público*, administrativo en la especie. Agregué que las expresadas obras, construcciones o instalaciones, *traducen y materializan el ejercicio del derecho de uso nacido de la concesión*. Constituyen la expresión de ese derecho de uso. Tal es su esencia. Pero tales construcciones o instalaciones, aunque le pertenezcan al concesionario, no son bienes de naturaleza "civil"; lo contrario implicaría afirmar que los derechos emergentes de una concesión de uso -cuya materialización está representada por dichas obras o construcciones- son derechos "privados", lo que es inexacto, pues trátase de derechos subjetivos *"públicos"*, con todas sus características y consecuencias derivadas de la *concesión* de que proceden (ver nº 1827).

Los sepulcros (bóvedas, panteones, mausoleos) no son otra cosa que obras realizadas por el concesionario para poner en ejercicio el derecho de sepultura que le fue concedido. Constituyen la *materialización y expresión concreta del derecho de uso* concedido sobre la respectiva dependencia dominical (cementerio) (1163) . Desde el punto de vista jurídico, el concesionario de sepultura es un usuario de cosa pública, un concesionario de uso del dominio público (1164) . En materia de uso del dominio público, el "sepulcro" es de la misma naturaleza legal que las obras que cualquier otro concesionario de uso realiza para ejercitar el derecho concedido; por ejemplo: obras de captación de agua de un río; instalaciones portuarias; muelles; etcétera. Su naturaleza no difiere, pues, de la de los otros derechos reales administrativos que, basados en una concesión de uso, pueden constituirse sobre los bienes dominicales (1165) .

En su mérito, y de acuerdo con lo ya expresado, los "sepulcros", si bien constituyen una propiedad del concesionario de uso, o titular de la sepultura, son propiedades regidas por el *derecho público*, administrativo, con todas sus consecuencias. No son propiedades de derecho *civil* (1166) . De ello síguese que el *contenido* de esa propiedad no está regido, disciplinado, ni determinado por el derecho civil, sino por el *Derecho Administrativo*, y en primer término por el texto mismo de la concesión y el de las leyes que la rigen. La solución de cualquier problema que se suscite respecto de los *sepulcros*, ha de buscarse a través de las normas y principios del *Derecho Administrativo*, no a través de las normas o principios de derecho civil; y aun las subsidiarias relaciones de derecho privado que se establezcan entre el concesionario de sepultura y los *terceros*, han de moverse inevitablemente dentro del ámbito consentido por el Derecho Administrativo, pues, como bien lo expresó Fernández de Velasco al afirmar el carácter *dominical* o *público* de los cementerios, los derechos subjetivos que sobre ellos se reconozcan, además de compatibles

con su calidad dominical, forzosamente han de adquirir el mismo tono o color, la misma esencia jurídica (1167) .

De modo que los *"sepulcros"*, si bien constituyen una propiedad del concesionario o titular del sepulcro, no representan una propiedad *"civil"*, sino una propiedad regida por el derecho *"público"*, administrativo, con todas sus consecuencias. Como expresión del derecho de uso nacido de la concesión, constituyen un *derecho real administrativo*. Ello es así: 1º) porque los sepulcros, como dije, no son otra cosa que la expresión material y concreta del derecho de uso concedido sobre un bien del dominio público: cementerio; sin el sepulcro, el *uso* de referencia no puede efectuarse. Tal derecho de uso implica un derecho *público* subjetivo; 2º) porque los sepulcros, con el resto del cementerio (nichos, fosa común, accesos, jardines, etc.), integran un todo, una *universalidad*, participando así de la misma condición legal que el "todo" de que forman parte (1168) .

Las opiniones que les atribuyen a los *"sepulcros"* naturaleza de bienes *civiles*, son resabios de las antiguas teorías que consideraban a los *cementerios* como dependencias del dominio *privado* de las comunas, lo que daba como resultado someter las sepulturas a las reglas del derecho privado o civil (1169) .

Antes de concluir con este parágrafo, corresponde recordar que, para determinar la condición legal de los *"sepulcros"*, pero ello *dentro* de la tesis que los tiene por *bienes privados*, hay quienes consideran a los sepulcros como una *"fundación"*. El fundador de un sepulcro, expresan, determina su destino, siendo ilimitado su poder para establecerlo, en tanto no contraríe las normas vigentes. Nadie podría variarlo en defecto de su voluntad. El régimen del sepulcro, destinado a recoger los restos de su creador y de sus parientes presentes o futuros, es el que corresponde a una fundación familiar (1170) . Esta posición ha sido justamente criticada. Se dijo que "hay, sin duda, en la adquisición de un lote para sepultura y en la construcción de un sepulcro, la afectación definitiva de una parte del patrimonio del fundador a un fin, como puede haberla en la inversión de una suma de dinero en la adquisición de un coto de caza exclusivamente destinado al uso y goce del comprador y sus herederos, pero sin que ello autorice a decir que en casos tales hay negocio de fundación". "Aun admitiendo, como en Francia, que a falta de un estatuto legal regulador de la fundación del derecho privado, pueda llevársela a cabo mediante una donación o legado *sub modo*, haría falta todavía una persona existente, como lo estatuyen los artículos 1806 y 3735 del Código Civil, capaz de aceptarla y obligarse por virtud del *modus* al cumplimiento del fin señalado por el fundador, sin perjuicio de su aprobación por la autoridad pública, para que pueda surgir en la esfera del derecho la personalidad moral que viniese a ser titular de los derechos inherentes a ella. Requisitos son éstos no reunidos en el caso de la adquisición de un sepulcro. Su equiparación a una fundación es evidentemente impropia" (1171) . Pero aparte de tal crítica, que echa por tierra la existencia de una *"fundación"*, aun sobre la base de considerar al sepulcro como una propiedad *civil*, cabe advertir que en el ámbito del *derecho público*, administrativo, que es donde deben situarse los problemas atinentes a la titularidad de los sepulcros, la existencia de semejante *"fundación"* tendría que contar, entre nosotros, con el auspicio de la legislación provincial, pues, habiéndose reservado las provincias el derecho de legislar sobre todo lo atinente al uso de sus bienes públicos (ver nº 1790) -carácter que revisten los *cementerios*, de los que los "sepulcros" sólo son expresión de su uso-, es al legislador *local* a quien le compete

establecer si los sepulcros pueden o no ser *transferidos* por el concesionario a una *"fundación"*. Tal es el problema, sin perjuicio de que en el estado actual de nuestro derecho, no es posible asimilar los sepulcros a una "fundación".

1886. El concesionario de sepultura (derecho de uso especial de una dependencia del dominio público: cementerio), cuando la concesión se refiere a *"sepulcros"* (bóvedas, panteones o mausoleos), para poner en ejercicio el derecho concedido debe realizar las pertinentes construcciones o instalaciones. ¿Cuál es la condición y naturaleza legal de las mismas?

Tales cuestiones las he tratado precedentemente. Véanse los números 1827 y 1885.

1887. El Estado puede disponer que un cementerio sea *trasladado* a otro lugar; puede disponer, asimismo, la *desafectación* de un cementerio.

Tales actos administrativos requieren que se establezca qué derechos tiene en tales casos el concesionario de sepultura, frente al carácter "patrimonial" y "real" del derecho emergente de tal concesión.

Estas materias fueron analizadas en parágrafos anteriores. Véanse los números 1826 y 1844 (1172) .

1888. ¿Puede transferirse o enajenarse el derecho de sepultura?

Corresponde hacer una distinción fundamental: por una parte, las inhumaciones en fosa u osario común, en nichos o en la tierra misma; por otra parte, las inhumaciones en sepulcros (bóvedas, panteones, mausoleos).

Las sepulturas en fosas u osarios comunes, en nichos y en la tierra misma, excluyen toda posibilidad de transferencia o enajenación. Las realizadas en la fosa u osario común, no constituyendo *"derecho"* alguno, sino un mero *"interés simple"*, no pueden enajenarse; no es posible transferir lo que no se tiene. Las efectuadas en nichos o en la tierra misma tampoco pueden ser objeto de transferencia o enajenación, pues ambos tipos de sepultura, si bien se realizan sobre la base de una *concesión*, ésta se otorga para inhumar personas "determinadas", "individualizadas".

En cambio, las sepulturas realizadas en "sepulcros" (bóvedas, panteones o mausoleos) plantean serios problemas en lo atinente a su enajenación o transferencia. ¿Pueden transferirse o enajenarse los sepulcros? He ahí la cuestión.

Los "sepulcros", como expresión material del derecho emergente de una concesión de uso sobre una dependencia dominical, están en el comercio de *derecho público*, en la medida en que lo permitan o autoricen la respectiva concesión y las normas legales vigentes en la fecha de su otorgamiento. En la actualidad, la relativa inalienabilidad de los "sepulcros", no deriva, como en el antiguo derecho, de su carácter de cosa "religiosa", sino del régimen de derecho público a que hállanse sometidos (régimen de la dominicalidad). Los "sepulcros" constituyen una propiedad del concesionario, *"regida"* por el derecho público.

Por lo tanto, para determinar si los "sepulcros" son o no transferibles o enajenables, es necesario establecer si en el texto de la concesión, o en el derecho positivo de la época de su otorgamiento, existe o no alguna prohibición o limitación al respecto.

Si *no* existe limitación o prohibición alguna, y la concesión no se hubiere otorgado "intuitu personae", la transferencia o enajenación es procedente (1173) . Así también lo estableció la Corte Suprema de Justicia de la Nación, expresando que, en tales casos, la facultad de transferir es lisa y llana, pudiendo ser objeto de transacción sea a título de sucesión universal o singular (1174) .

Si el texto de la concesión o el derecho vigente en la fecha de su otorgamiento, prohíben la transferencia o enajenación, ésta no podrá efectuarse: en primer término, porque nadie puede transmitir lo que está vedado enajenar; en segundo término, porque, como ya lo expresé en el número 1881, la naturaleza publicística del derecho emergente de una *concesión* de sepultura, sigue caracterizando y dándole color y substancia al *"derecho"* de sepultura aun respecto de *"terceros"*. El contenido y la extensión de este derecho lo determinan el acto de la concesión y las normas administrativas pertinentes, pues incluso las relaciones del concesionario con terceros no pueden extenderse fuera de los límites establecidos o autorizados por el Derecho Administrativo.

Es posible que el texto de la concesión, o las normas legales vigentes al momento de su otorgamiento, sólo autoricen la transferencia del sepulcro por vía de *sucesión hereditaria*. En tal caso habrá que atenerse a esa disposición, cuya eficacia y obligatoriedad resultan obvias. Desde luego, la transmisión del "sepulcro" por vía hereditaria se justifica plenamente, pues aparece efectuada *dentro de lo que constituye el ámbito jurídico del concesionario*. La transmisión de tal derecho de sepultura a los parientes en grado sucesible, armoniza con la razón de ser de este tipo de concesión de sepulturas.

¿Qué alcance tiene la transmisión del sepulcro por vía hereditaria? ¿Quiénes pueden ser beneficiarios de dicha transmisión? Dado el *"fin"* a que responde el sepulcro, paréceme evidente que tal transmisión favorece a todos los parientes en grado sucesible, como también al legatario *"universal"* (1175) . Pero tratándose de un legatario universal, no pariente del titular del sepulcro, para que la transmisión sea procedente, el legado debe contener el *"cargo"* de que el beneficiario custodie y mantenga en ese sepulcro los cadáveres existentes en él al tiempo de la muerte del testador; de no ser así, el *"fin"* a que responde el sepulcro quedaría desvirtuado.

1889. ¿Qué cadáveres pueden ser depositados por el concesionario en el sepulcro (bóveda, panteón, mausoleo)? ¿Qué personas pueden ser inhumadas en éste?

En cierta oportunidad la Corte Suprema de Justicia de la Nación, refiriéndose a las facultades que le competen al concesionario de sepultura, dijo que entre dichas atribuciones figura la de *"inhumar a las personas de la familia"* (1176) . ¿Pero qué ha de entenderse aquí por "familia"?

Con referencia a los sepulcros *"hereditarios"* -que eran los que alguno destinó para sí y sus herederos, o el que por derecho de herencia adquirió el padre de familia-, el derecho romano establecía que en ellos "es ciertamente lícito a los herederos y a los demás

sucesores, cualesquiera que fueren, ser enterrados, y enterrar un muerto, aunque sean herederos de una mínima parte por testamento o abintestato, y aun cuando no lo consientan los demás" (1177) .

Desde luego, para resolver esta cuestión entre nosotros, ante todo deberá tenerse en cuenta lo que dispongan la respectiva concesión y las normas vigentes en la fecha de su otorgamiento. Si no hubiere alguna disposición especial al respecto, el concesionario -o el titular actual de la sepultura- podrá inhumar en su sepulcro los cadáveres de todas aquellas personas que integren su ámbito jurídico legal (1178) . En consecuencia, podrá depositar o inhumar en el sepulcro todos los cadáveres de parientes en grado sucesible, suyos y de su cónyuge. Los parientes no comprendidos en grados sucesibles, no integran el ámbito jurídico legal del titular del sepulcro. Los cadáveres de parientes en grado sucesible, pueden ser inhumados en el sepulcro sin necesidad de *consentimiento* especial del Estado concedente, todo ello sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones reglamentarias o policiales vigentes. Los cadáveres de otras personas, si así lo deseare el titular del sepulcro, podrán igualmente depositarse o inhumase en éste, pero con la previa y expresa conformidad o autorización de la Administración Pública concedente. El "derecho" del titular del sepulcro se limita o circunscribe a *su* esfera jurídicolegal (1179) .

En los sepulcros pertenecientes a colectividades o entidades, podrán efectuarse los enterramientos o inhumaciones autorizados por la respectiva concesión, leyes atinentes a ella y, eventualmente, por sus estatutos.

La posibilidad de que el sepulcro quede limitado, por principio general, a la inhumación de su titular y de sus parientes en grado sucesible, armoniza con la idea que verosímilmente habrá determinado al fundador a crear el sepulcro: descansar algún día rodeado de sus seres amados, continuando así, a través de esa muda y estática reunión perpetua, la comunidad que existió durante la vida. La idea de ese futuro descanso eterno en común, hallándose nuevamente juntos los seres que estuvieron unidos por el afecto y el recuerdo de días felices, quizá contribuya a que los sepulcros parezcan menos fríos y el misterio de la muerte más llevadero.

1890. Un sepulcro puede pertenecerles a dos o más personas, ya sea porque éstas lo hayan *heredado* o lo hayan adquirido por *otro título* (verbigracia, "compra") en forma conjunta.

Esa *"comunidad"* entre los titulares del sepulcro plantea el interrogante acerca de su "divisibilidad" o "indivisibilidad". ¿Son susceptibles de ser *divididos* los sepulcros de sujeto múltiple, es decir cuyos titulares son dos o más personas?

Algunas veces se ha confundido "indivisibilidad" con "inalienabilidad", lo que es un error, pues se trata de cuestiones distintas. Una cosa indivisible puede ser susceptible de enajenación o transferencia.

El Código Civil no legisla en forma expresa sobre la comunidad de sepulcros. Ello dio motivo a que, cuando tal comunidad existe, se hable de *"condominio"*, que es la figura jurídica que más se le asemeja. Pero la calificación de "condominio" a tal situación no es correcta. Algunos autores, como Lafaille, dándole preponderancia a factores "éticos", estiman que en este caso estamos fuera de la órbita asignada al condominio, por cuanto no

se trataría de un derecho de propiedad, y sí de una situación especial. Reconoce que hay "semejanza" con el condominio, si bien con el de indivisión forzosa (1180) . A mi criterio, es otro el motivo que excluye de la calificación de "condominio" a la comunidad sobre sepulcros. Si bien los titulares del sepulcro tienen la propiedad del mismo, se trata de una propiedad *"regida"* esencialmente por el derecho *público*, cuyo origen lo constituye una concesión de uso sobre una dependencia dominical: el cementerio. El sepulcro es la expresión material y concreta del derecho de uso emergente de la respectiva concesión. Tales caracteres nos alejan del derecho de propiedad civil u ordinaria, y correlativamente del condominio. Sólo por vía de semejanza puede hablarse aquí de condominio.

En materia de sepulcros se ha establecido, por principio, su *indivisión forzosa*. Ésta no surge expresamente del Código Civil, ni de ley alguna; es obra de la jurisprudencia, quien para ello se ha inspirado en factores éticos. Como fundamento "legal" de esa solución se ha invocado el artículo 3473 del Código Civil, en cuyo mérito, considerando al sepulcro como *"cosa común"* a toda la herencia, se le excluye de la partición. Pero este fundamento "legal" contempla concretamente el supuesto de comunidad por razones de sucesión hereditaria; no la comunidad resultante de un acto extraño a tal sucesión; sin embargo, como se verá en seguida, la doctrina considera que, por *identidad de motivos*, en ambos supuestos se impone, como principio, la indivisión forzosa.

Si bien la jurisprudencia sentó, como principio, la indivisión forzosa de los sepulcros, tal solución no tiene carácter absoluto; los tribunales reconocen las siguientes excepciones (1181) :

a) Cuando el sepulcro está totalmente desocupado.

b) Cuando hay conformidad de todos los herederos.

c) Cuando el sepulcro es susceptible de división material, sin desmedro de su valor ni de su estructura arquitectónica.

d) Cuando *no* se trata de un sepulcro que por sucesión pasa a dos o más herederos, vale decir, cuando la comunidad no resulta de herencia. Como fundamento de esto se dijo que, en este caso, "no había que respetar la voluntad del causante o fundador". Pero tal tesis de la Cámara Civil 2ª de la Capital Federal, tuvo en su seno la disidencia del vocal doctor Raymundo M. Salvat que, como lo hace notar Aberastury, contiene la buena doctrina. Dijo el doctor Salvat que en esta hipótesis, para establecer la indivisión forzosa, existen las mismas razones que en los supuestos de adquisición a título hereditario (1182) .

1891. ¿Son embargables los sepulcros? Para contestar esta pregunta es indispensable conocer el régimen legal aplicable, ya que éste varía o puede variar según el lugar de que se trate.

Los sepulcros, según quedó dicho en parágrafos precedentes, no son otra cosa que la expresión material y concreta del derecho emergente de una concesión de uso sobre una dependencia dominical: el cementerio. Constituyen, ciertamente, una "propiedad" del concesionario, pero una propiedad esencialmente *"regida"* por el derecho *público*. Representan un derecho subjetivo *público*. El régimen jurídico de los sepulcros hállase

determinado, pues, por el derecho público, administrativo, representado en la especie por el texto de la respectiva concesión y por las normas vigentes al tiempo de su otorgamiento.

Desde un estricto punto de vista jurídico, los sepulcros son comerciables en los términos autorizados por el Derecho Administrativo, que en nuestro país constituye un derecho *"local"*.

La venta o enajenación de un sepulcro, substancialmente, no implica otra cosa que la transferencia de la respectiva concesión de sepultura. Y como en derecho creditorio todo embargo tiende a hacer efectivo el crédito con el producido de la venta de la cosa sobre la cual recae la medida cautelar, va de suyo que, en materia de sepulcros, su embargo sólo será procedente en los casos en que se admita la transferencia o enajenación del derecho de sepultura por *"actos entre vivos"* (ver nº 1888); de no ser así, el embargo sería innocuo, por cuya razón debería rechazársele, ya que los jueces no pueden ni deben disponer o autorizar medidas intrascendentes. Dentro del derecho creditorio, ¿a qué conduciría el embargo de un sepulcro cuya enajenación o transferencia estuvieren prohibidas? Tal es el *principio básico* que debe tenerse en cuenta para resolver acerca de la procedencia o improcedencia de embargos sobre sepulcros.

De acuerdo con el artículo 12 de la ley 4128, modificatoria del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial de la Capital Federal -que, en consecuencia, carece de imperio en jurisdicción provincial-, "no serán ejecutables los sepulcros, salvo que se reclame su precio de compra o construcción" (1183) . Pero, como bien dice un autor, que no sean ejecutables no importa autorizar al concesionario que los transmita, cobrándose el precio a espaldas de sus acreedores. Interpretando que lo que dicha ley persigue es evitar que los acreedores provoquen una venta forzosa del sepulcro y nada más que esto, los tribunales de la Capital admiten el embargo de los sepulcros, para que en caso de venta voluntaria los acreedores dirijan su acción sobre el precio (1184) .

1892. Lo referente a la *"duración"* de las concesiones de sepultura quedó expuesto en un parágrafo anterior (nº 1828), donde me referí a la duración de las concesiones de uso del dominio público, en general, y a las de sepultura en particular.

Dije que la duración de las concesiones de uso sobre dependencias dominicales puede ser temporaria o perpetua, y que aceptar uno u otro sistema no constituye una cuestión de principios jurídicos, sino de política y de criterio legislativo.

En materia de concesiones para sepultura expresé que el sistema de la *"perpetuidad"* es el que más se aviene con la finalidad a que responden.

La *"perpetuidad"* se impone con relación a *todo* tipo de sepultura, ya se trate de inhumaciones en "fosa" o en "nichos", y no sólo en *sepulcros*. Todos los enterramientos merecen el mismo amparo.

1893. Los sepulcros ¿pueden ser adquiridos por *prescripción*? Los autores dividen sus opiniones; unos se pronuncian por la afirmativa (1185) , otros en sentido contrario a tal posibilidad (1186) . Igual cosa se observa en la jurisprudencia de nuestros tribunales, aunque la tendencia general de éstos se manifiesta en favor de la adquisición por

prescripción (1187) ; excepcionalmente se han pronunciado por la tesis que rechaza la prescripción como medio de adquirir la propiedad de los sepulcros (1188) .

En otro lugar de esta obra me ocupé de la *prescripción* como medio de adquirir derechos de uso especial sobre dependencias del dominio público. Expresé que, desde un estricto punto de vista jurídico objetivo, nada se opone a que la prescripción sea considerada como un medio legal de adquirir tales derechos. Pero sostuve que como el *uso especial* de los bienes dominicales sólo puede adquirirse por los medios y formas que el Estado autorice, resulta indispensable que tal prescripción esté *expresamente* autorizada por la ley respectiva. A falta de dicha ley, no es posible aplicar subsidiariamente el principio *general* de derecho civil, puesto que, dentro del régimen de la dominicalidad, las cosas sólo son comerciables en los términos del derecho "público" y no en los del derecho privado (véanse los números 1848 y 1849).

También manifesté en parágrafos anteriores que el *"sepulcro"* es la expresión material y concreta del derecho de uso emergente de la respectiva concesión de sepultura. El derecho de uso nacido de la concesión constituye un derecho *"público"*, exclusivamente regido por el derecho *público*, no por el derecho privado. Siendo el sepulcro la expresión de ese derecho de uso, va de suyo que participa de su misma naturaleza. Los sepulcros, si bien constituyen una propiedad del concesionario de uso, o titular de la sepultura, son propiedades "regidas" por el derecho *público*, administrativo, con todas sus consecuencias. No son propiedades de derecho civil. De ello síguese que el *contenido* de esa propiedad no está regido, disciplinado, ni determinado por el derecho civil, sino por el *derecho administrativo*, y en primer término por el texto mismo de la concesión y el de las leyes que la rijan. La solución de cualquier problema que se suscite respecto de los *sepulcros*, ha de buscarse a través de las normas o principios del *derecho administrativo*, no a través de las normas o principios del derecho civil; y aun las subsidiarias relaciones de derecho privado que se establezcan entre el concesionario de sepultura y los *terceros*, han de moverse inevitablemente dentro del ámbito consentido por el derecho administrativo, pues, como bien lo expresó Fernández de Velasco al afirmar el carácter *dominical* o *público* de los cementerios, los derechos subjetivos que sobre ellos se reconozcan, además de compatibles con su calidad dominical, forzosamente han de adquirir el mismo tono o color, la misma esencia jurídica (véase nº 1885). Respecto de los sepulcros, ese tono o color "público", esa esencia "pública", se conserva aun cuando el sepulcro pase a sucesores universales o singulares, por cuanto las transmisiones sucesivas no cambian la naturaleza "pública" derivada del origen de ese derecho.

Siendo el sepulcro la *expresión material y concreta* del derecho de uso emergente de la respectiva concesión, hablar de adquisición de sepulcros por prescripción, equivale a hablar de adquisición por prescripción del derecho de uso especial sobre una dependencia del dominio público: el cementerio. ¿Procede tal prescripción adquisitiva? No habiendo una norma de *derecho público*, dictada por autoridad competente (todo lo relativo al uso de los bienes dominicales, por pertenecer al derecho administrativo, es de derecho *"local"*), que autorice o reconozca dicha prescripción, va de suyo que ésta no procede ni puede aceptarse como medio idóneo de adquirir la propiedad de los sepulcros (1189) .

Las opiniones de quienes aceptan la posibilidad de adquirir los sepulcros por prescripción, son resabios de dos concepciones equivocadas y hoy superadas, cuya aplicación daba por resultado someter los sepulcros al derecho privado y, desde luego, al derecho civil: a) la que consideraba a los cementerios como bienes del dominio privado de las comunas; b) la que, atendiéndose a una errónea terminología legal, que hablaba de *"venta"* y de *"compra"* de sepulcros, entendió hallarse frente a una propiedad ordinaria de derecho privado (1190) .

No habiendo una ley que reconozca la prescripción como medio de adquirir derechos de uso especial sobre los cementerios (derechos de sepultura), dictada por autoridad competente, los sepulcros son insusceptibles de ser adquiridos por prescripción. Ello es así, ya se trate de sepulcros adquiridos *antes* o *después* de la sanción del Código Civil: a) respecto de los adquiridos *antes* de la sanción del Código Civil, porque tanto en el derecho romano (1191) , como en la legislación de Partidas -normas estas últimas que rigieron, juntamente con las dictadas por los gobiernos patrios, hasta 1871-, los cementerios y sepulturas estaban fuera del comercio, como cosas religiosas, siendo imprescriptibles las sepulturas (véanse números 1883 y 1885); b) respecto de los adquiridos *después* de la sanción del Código Civil, por cuanto esa solución -de acuerdo con las precedentes consideraciones- se impone como consecuencia del carácter dominical de los cementerios.

Algunos de los que sostienen que la propiedad de los sepulcros puede adquirirse por prescripción, afirman que las cuestiones exclusivamente *publicísticas* quedan excluidas en estos supuestos, por cuanto la prescripción no va dirigida contra el Estado -Municipalidad, en la especie-, sino contra el concesionario o titular del sepulcro. El argumento es inconsistente. Un sepulcro, aparte de no ser otra cosa que la expresión concreta y materializada del *derecho de uso* emergente de la respectiva concesión, no está suspendido en el aire, sino asentado sobre una dependencia dominical: el cementerio. El Estado, sea que se le considere como titular del dominio público, o como representante del *"pueblo"*, quien, según cual sea la tesis que el respecto se acepte, sería entonces el sujeto de dicho dominio, tiene indiscutible derecho a oponerse a semejante *prescripción*, por cuanto si ésta no está autorizada por la ley, la transferencia de la concesión, o el cambio de titular de la misma, o la adquisición del derecho a seguir usando una dependencia dominical, estaría realizándose contraviniendo los principios de derecho público aplicables, aparte de que al Estado puede no serle indiferente la persona que aparezca como titular de una concesión de uso sobre una dependencia del dominio público, tanto más cuanto las concesiones de referencia no son traslativas de *dominio*, sino meramente constitutivas de un derecho de *uso*, lo que da como resultado que el suelo ocupado por el sepulcro sigue perteneciéndole al titular del dominio público, sea que como tal titular se considere al Estado o al pueblo, que actuaría representado por el Estado. Es inexacto, entonces, que las demandas por adquisición de dominio de sepulcros por prescripción, excluyan toda cuestión publicística que le interese al Estado o afecte sus derechos. Dicha prescripción afecta potestades del Estado. Aparte de que toda ulterior relación jurídica atinente a los sepulcros debe desenvolverse dentro de los límites trazados por el derecho administrativo, aplicables a la respectiva concesión.

1894. En un parágrafo anterior me ocupé de lo referente a la medianería entre propiedades *dominicales* y propiedades *privadas* de particulares. Hice ver ahí las dificultades que apareja el estudio de la medianería entre tales propiedades (nº 1774, letra a).

Pero tratándose de la medianería entre *"sepulcros"*, tales dificultades no existen, pues se trata de bienes de *"igual"* condición legal. Los sepulcros (bóvedas, panteones o mausoleos), en cuanto a su naturaleza y condición legal, no ofrecen diferencias entre sí.

De modo que la medianería en materia de sepulcros puede tener lugar, subsidiariamente, en las condiciones generales estatuidas por el Código Civil, siempre y cuando se respeten las disposiciones especiales que contengan las ordenanzas municipales acerca de los muros divisorios de sepulcros (1192) , pues tales ordenanzas municipales representan, en la especie, el *derecho administrativo* cuyas normas rigen "principalmente" en esta materia.

1895. Las sepulturas -tratándose de cementerios públicos- traducen ocupaciones de dependencias dominicales. La naturaleza legal de tales ocupaciones y, correlativamente, la prerrogativa jurídica que ellas le otorgan al titular de la sepultura, dependen de la índole de esta última.

Las inhumaciones en el osario o fosa común, constituyendo un uso *"común"* del dominio público, sólo engendran un *interés simple*.

Los demás tipos de inhumaciones -en nichos, en la tierra y en sepulcros- constituyen un uso *"especial"* del dominio público, generalmente otorgado mediante concesión. De ello resulta que el titular de tales sepulturas es, entonces, portador de un *derecho subjetivo público*.

Por lo demás, tratándose de sepulcros, *stricto sensu* (bóvedas, panteones o mausoleos), ya quedó dicho que ellos no son otra cosa que la expresión concreta y materializada del *derecho de uso* emergente de la respectiva concesión.

¿Cómo se protegen jurídicamente los derechos de sepultura? Tal protección depende de la naturaleza jurídica de la sepultura de que se trate y de la prerrogativa que ésta le otorgue a su titular.

De todo ello me he ocupado con detenimiento en parágrafos anteriores (números 1853-1869), a los cuales me remito.

Las sepulturas que impliquen un uso *"común"* se protegen por los medios asignados por el derecho a tal tipo de uso; las sepulturas que impliquen un uso *"especial"*, otorgado mediante *concesión*, se protegen por los medios establecidos para la tutela del concesionario.

CAPÍTULO III - **UNIVERSALIDADES PÚBLICAS**

SUMARIO: 1º) *Principios generales*. - *1896*. Noción conceptual. - *1897*. Fundamento "legal" del carácter público de las universalidades. - *1898*. El carácter *"público"* no sólo le corresponde a la universalidad, sino también a cada uno de sus elementos constitutivos esenciales. Lo atinente a los elementos "accesorios" que permiten la existencia o el funcionamiento de la universalidad. - *1899*. Pueden hallarse integradas por *muebles* exclusivamente, o por *muebles e inmuebles*. - *1900*. Afectación y desafectación de los bienes integrantes de universalidades públicas. Diversos supuestos. - *1901*. Las universalidades públicas en el derecho argentino. - *1902*. La teoría de las universalidades públicas y su utilidad práctica. - 2º) *Bienes que las constituyen*. - *1903*. Cosas que

constituyen universalidades públicas: su íntima relación con el elemento teleológico o finalista integrante de la dominicalidad. - *1904*. a) Bibliotecas, museos y archivos públicos. - *1905*. b) Bienes del Estado afectados a la prestación de servicios públicos: teléfonos; ferrocarriles; ómnibus, tranvías y trolebuses; líneas aéreas de transporte; jardines zoológicos.

1º) *Principios generales*

1896. En otro lugar de esta obra quedó dicho que no sólo las cosas inmuebles o las muebles, aislada o separadamente consideradas, pueden integrar el dominio público, sino también consideradas en su conjunto, formando un todo, siempre que ese complejo de cosas *pertenezca a un mismo sujeto y se halle destinado a un fin único*. Ese conjunto de cosas es lo que en derecho denomínase "universalidad pública" (ver nº 1718).

1897. La *dominicalidad* de las "universalidades" generalmente ha de resultar de su carácter de *obra* destinada a la *utilidad o comodidad común,* circunstancia que las encuadra en el artículo 2340 , inciso 7º *in fine*, del Código Civil, según el cual pertenecen al dominio público "cualesquiera otras obras públicas, construidas para utilidad o comodidad común". No obstante, véase lo que se dice en el número 1901.

El concepto de obras *"construidas"* para utilidad o comodidad común, no debe interpretarse literalmente, sino racionalmente, pues, como lo expresé en otro lugar de este libro, por obra *"construida"* no sólo debe entenderse la obra "fabricada", "confeccionada" o "realizada", sino también la obra *"organizada"* o *"formada",* como lo serían, por ejemplo, un museo, una biblioteca, un archivo, etcétera, que constituyen universalidades públicas.

Tampoco es menester que los elementos constitutivos de la universalidad, aisladamente considerados, hayan sido "fabricados", "confeccionados" o "realizados" por el Estado. Basta con que éste los *"organice"* y cree la universalidad (la *"obra"*). El Estado no crea los "libros" de la biblioteca, ni los "cuadros" del museo, ni los "documentos" de los archivos: es suficiente con que, "organizándolos", cree la biblioteca, el museo, el archivo, etcétera.

Del mismo modo, así como es suficiente para el carácter "público" de los respectivos bienes que el Estado adquiera de *terceros* las obras *construidas* por éstos, para la existencia de la universalidad pública es también suficiente que el Estado adquiera de *terceros* las obras *"organizadas"* por ellos. Entre los diversos ejemplos pueden citarse los casos de un museo o de una biblioteca, formados, creados u organizados por un particular, y luego donados o vendidos por él al Estado (ver nº 1724).

1898. En las universalidades públicas no sólo reviste carácter dominical la "universalidad", el *todo,* sino cada uno de sus elementos constitutivos esenciales. Así, tratándose de bibliotecas, museos, archivos, etcétera, no sólo son públicos los museos, archivos y bibliotecas, sino también cada una de las piezas que los integran consideradas individual o aisladamente (libros, cuadros, documentos, etc.) (1193) . Ello se explica por las siguientes razones:

1º) Porque el carácter de cosa *"pública"* asignado a las universalidades, tiene por objeto colocarlas bajo un régimen jurídico especial que, entre otras consecuencias, apareja la de

permitir su mejor custodia o tutela y la de facilitar su mejor utilización. Siendo así, resultaría inconcebible que las *unidades* que las integran -que son las que les dan substancia y constituyen la esencia de las universalidades (bibliotecas, museos, archivos, bienes de empresas estatales afectados a la prestación de servicios públicos, etc.)- estén sometidas al régimen del derecho privado, que no permite una tutela o protección tan adecuada y enérgica del respectivo bien.

2º) Porque no se concibe que el *todo* tenga una condición legal diferente a la de las partes que lo integran, tanto más cuanto son éstas las que le dan substancia y definen a ese *todo,* y las que en definitiva permitirán que la respectiva universalidad cumpla el fin que motiva su afectación al dominio público. En las universalidades dominicales las cosas que las constituyen y les dan esencia transmiten su cualidad a las demás cosas, formando ese *todo jurídico*.

Hay autores que sostienen lo contrario de lo que dejo expuesto; es decir, afirman que el carácter dominical o público sólo le corresponde a la universalidad en sí, mas no a los elementos que la componen. Tal afirmación la efectúan influidos por la tendencia a excluir del dominio público las cosas *"muebles"* consideradas aisladamente, criterio rechazado por la doctrina actual (ver nº 1716). Entre dichos autores puede citarse a Zanobini y a Sandulli, quienes sólo le reconocen carácter "público" a la universalidad, en tanto que a las cosas que la integran las hacen figurar en el *patrimonio indisponible* del Estado (1194) . Aparte del error conceptual que implica excluir del dominio público a los muebles, cabe advertir que en nuestro derecho no existe esa categoría intermedia de bienes que en Italia denominan *"patrimonio indisponible"* del Estado.

También pertenecen al dominio público, además de la universalidad en sí, no sólo los elementos *"esenciales"* que la integran (por ejemplo: libros de una biblioteca, cuadros de un museo, documentos de un archivo), sino los elementos "accesorios" que contribuyen o permiten la existencia y funcionamiento de la universalidad; verbigracia: tratándose de bibliotecas y archivos, los armarios y estantes *"especiales",* como también los ficheros, pues una biblioteca o un archivo no consisten ni pueden consistir en un hacinamiento de libros o documentos, sino en un conjunto orgánico de libros o documentos, debidamente clasificado y ordenado. Siendo indispensables estos últimos elementos para la existencia y el funcionamiento de la universalidad, *o sea para que ésta pueda cumplir con su destino,* la solución expuesta se impone por aplicación de los principios generales atinentes a las cosas principales y accesorias, tanto más si tales cosas muebles reúnen los caracteres exigidos por la doctrina para que ellas revistan carácter dominical (ver nº 1716) (1195) .

1899. Las universalidades públicas pueden hallarse constituidas exclusivamente por *"muebles"*, o por *muebles e inmuebles*.

A veces la universalidad comprende únicamente "muebles", como ocurriría en el caso de una biblioteca pública instalada en el edificio de un particular, alquilado por el Estado.

Otras veces la universalidad se compone de "inmuebles" y de "muebles", como ocurriría en el supuesto de una biblioteca pública instalada en un edificio perteneciente al Estado, en cuya hipótesis la dominicalidad abarca al conjunto: los libros y el edificio (1196) . Los jardines zoológicos públicos también constituyen universalidades de muebles e inmuebles.

Lo mismo corresponde decir de las líneas aéreas del Estado, afectadas a la prestación de servicios públicos, donde no sólo los aviones (cosas "muebles"; ver nº 1716, texto y nota 140), sino también los campos de aterrizaje (cosas "inmuebles"), revisten carácter dominical e integran la respectiva universalidad pública. Etcétera.

1900. Las cosas integrantes de las universalidades adquieren carácter dominical con su *"afectación"* al uso público, lo cual se produce cuando en forma *efectiva* y *actual* aparecen destinadas a dicho uso. Es el uso *efectivo* y *actual* el que define la afectación y el que permite imprimirle carácter dominical a la cosa.

Así, en materia de servicio *telefónico,* por ejemplo, tal afectación existirá cuando los respectivos aparatos resulten *actual* y *efectivamente* puestos a disposición del público para su uso. No existirá dicha afectación mientras los referidos aparatos permanezcan guardados en los depósitos, sin habérseles librado al uso público.

Con relación a las locomotoras, ómnibus, aviones, etcétera, -servicio de transporte-, la afectación se produce cuando el ferrocarril, el ómnibus y el avión, resultan *actual* y *efectivamente* utilizados por los usuarios: el público. No existirá tal afectación mientras las locomotoras, los ómnibus y los aviones, permanezcan simplemente en los talleres y cobertizos, sin habérseles librado aún al uso público.

Respecto a los animales de los jardines zoológicos, la afectación se produce con su *efectiva* y *actual* incorporación al servicio pertinente -que es de recreo y cultura-, el cual se hace efectivo a través de la contemplación de los respectivos ejemplares.

Tratándose de un *museo* público -sea éste de arte, de historia natural, etcétera-, la afectación de las cosas incorporadas al mismo se produce al ser puestas en situación de que el público las contemple o admire. El mero "registro" de la cosa en el inventario del museo, contrariamente a lo que se ha pretendido, no surte efectos de afectación, pues tal "registro" no traduce uso público actual y efectivo. Para que en estos supuestos pueda hablarse de *afectación,* se requiere ineludiblemente la *"exhibición"* de la cosa: sólo así habrá *uso público,* que en la especie se concreta en la contemplación de la cosa respectiva (véase el nº 1744, texto y nota 28). Algo similar corresponde decir de los libros integrantes de una *biblioteca* dominical, cuya afectación se produce cuando aquéllos son puestos a disposición del público para su uso, lo que ocurrirá después de habérseles registrado y colocado en los estantes correspondientes. Mientras tales libros permanezcan guardados en los cajones o paquetes en que fueron remitidos a la biblioteca, no podrá hablarse de afectación, pues en ese estado los libros no pueden ser objeto de un uso actual y efectivo: en ese estado, los libros no habrán sido "puestos en función" o "en uso", como lo requiere la doctrina para tener por operada la afectación o consagración idóneas.

Respecto a los documentos integrantes de los *archivos* públicos, su afectación queda operada al registrarse e incorporarse el documento al archivo, con la consecuencia de su posible compulsa o examen por los administrados. Tratándose de documentos, dada su índole, va de suyo que, a los fines de su afectación, no se requiere "exhibición" de los mismos: cada cosa dominical se usa de acuerdo con su naturaleza (1197) . Es obvio que los documentos de valor científico o histórico que se encuentren en poder de particulares y nunca hayan estado en colecciones de archivos o museos estatales, son bienes *"privados"*

de sus poseedores. Sólo adquieren carácter *"público"* mediante la "afectación" o "consagración", que en estos casos, según quedó dicho, se opera con la incorporación del documento a las colecciones de los archivos o museos estatales. Por cierto, para que dichos documentos adquieran carácter de bienes del dominio público, no basta con que alguna vez hayan estado agregados a actuaciones o expedientes administrativos o judiciales. Es indispensable su "afectación" al *uso público,* que sólo se logra con su incorporación a un archivo o museo público. En las actuaciones o expedientes administrativos o judiciales se agrega toda clase de documentos, lo que se efectúa con el objeto de *resolver* una situación determinada, pero no con el propósito o ánimo de *afectar* esos documentos al uso público. De modo que la circunstancia de que el documento esté o alguna vez haya estado agregado a una actuación o expediente administrativo o judicial no le atribuye, por sí, carácter de *bien dominical,* pues para esto faltaría la *"afectación"*; tal documento a lo sumo podría constituir un *"instrumento público"*. Véase lo dicho en el nº 1695, letra e.

De manera que mientras la cosa no haya sido librada al uso público, en forma *actual* y *efectiva*, no hay "afectación" en sentido jurídico: faltaría la *"puesta en función"* o la *"puesta en uso"* a que hace referencia la doctrina (ver nº 1745, letra b.).

Las cosas constitutivas de las universalidades pierden su carácter dominical mediante su *"desafectación"*, que se produce con su retiro del uso público. Tal desafectación ha de operarse en la forma establecida por la ciencia jurídica (ver nº 1751 y siguientes), que en la práctica -sin perjuicio de la observancia de los principios rectores- varía o puede variar según la índole del bien de que se trate, tal como también varía la forma de hacer efectiva la *"afectación"* de tales bienes, de acuerdo con la índole de éstos.

1901. Desde el punto de vista jurídico, la "universalidad" es un aplicación de la teoría de lo principal y de lo accesorio, donde lo principal, sea mueble o inmueble, imprime su carácter y lo transmite a lo accesorio.

En nuestro derecho -sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 2340 , inciso 7º *in fine*, del Código Civil-, el fundamento jurídico de las universalidades radica en los principios generales atinentes a las cosas principales y accesorias.

Por otra parte, ya quedó dicho que el carácter dominical de una cosa no sólo puede resultar de una ley expresa, sino también recurriendo al procedimiento de la *"interpretación jurídica",* una de cuyas expresiones la constituyen los *principios generales del derecho* (véase nº 1729), entre los que cabe mencionar los relacionados con las cosas principales y accesorias.

1902. La teoría de las universalidades es útil y tiene proyecciones prácticas: permite determinar la condición legal de muchas cosas, cuyo carácter a veces resulta impreciso. En tal sentido, véanse los números 1898 y 1905.

2º) *Bienes que las constituyen*

1903. La determinación de las cosas que constituyen universalidades públicas guarda íntima relación con el concepto que se tenga del elemento teleológico o finalista integrante de la dominicalidad.

Así, los que piensan que sólo el uso *"directo"* de los administrados es compatible con el dominio público, excluyen del cuadro de las universalidades a aquellas cosas cuyo uso no se efectúa en esa forma; mientras que los que consideran que el uso público a que están sujetas las cosas dominicales tanto puede ser el *directo* como el *"indirecto",* incluyen también en el cuadro de las universalidades las cosas cuya utilización por los administrados se efectúa en esta última forma (verbigracia, cosas del Estado afectadas a la prestación de servicios públicos). Véase el nº 1723 de la presente obra, donde quedó establecido que en el ordenamiento jurídico argentino, el uso público determinante de la dominicalidad es no sólo el *directo* o *inmediato*, sino también el *"indirecto"* o *"mediato"*.

1904. De acuerdo con lo expresado en el parágrafo precedente, constituyen universalidades dominicales las bibliotecas públicas, los museos públicos y los archivos públicos.

La generalidad de la doctrina acepta el carácter dominical de las *bibliotecas* (1198) . Desde luego, trátase de las bibliotecas abiertas al público, donde los administrados tienen acceso directo para consultar los diversos volúmenes. Poco importa que los administrados en cuestión sean *"calificados",* verbigracia, estudiantes de determinada Facultad. Siempre se tratará, en tales casos, de bibliotecas pertenecientes al dominio público, pues cada cosa dominical se usa de acuerdo con sus particularidades. Si los administrados no tuvieren acceso directo a la biblioteca, ésta constituirá un bien "privado" del Estado, pues sólo representaría un bien *instrumental* y no un bien *final* o de *uso,* como se requiere para que la cosa revista carácter dominical (ver nº 1723).

También los *museos* del Estado -cualquiera sea su objeto-, si el público tuviese acceso directo a ellos, pertenecen al dominio público. La generalidad de la doctrina está conteste en ello (1199) . ¿Cuál es la razón de la dominicalidad de los museos? Aparte del fin "cultural", como *ratio iuris* del carácter "público" atribuido a los museos, puede recordarse, como lo expresa un autor, ese sentimiento universal que impulsa a los pueblos a conservar intactas y a preservar de la ruina las obras que contribuyen a su gloria artística, o que estuvieron vinculadas a acontecimientos notables de su historia (1200) , pues, como bien lo expresa Santamaría de Paredes, la Nación tiene como su más preciada riqueza, el depósito de sus tradiciones y los grandes monumentos de su ciencia y de su arte, conservados en archivos, bibliotecas y museos (1201) . Como resultado de la obvia importancia de los objetos mobiliarios con valor artístico o histórico, algunos países han dictado disposiciones tendientes a su tutela o protección (1202) , medidas cuya eficacia dependerá, entre nosotros, de su respeto a derechos esenciales garantizados en la Constitución.

Asimismo, los *archivos y los documentos* en ellos conservados pertenecen al dominio público del Estado (1203) . La primera vez que se declaró tal cosa tratábase de un manuscrito de Molière, sustraído de la Bibliotèque Royale de Paris, lo cual permitió reivindicar el documento después de transcurridos tres años de la sustracción (1204) . Por *"documentos de los archivos"* ha de entenderse toda pieza manuscrita, dactilografiada o impresa que tenga un carácter histórico, político o administrativo (1205) . Como *"ratio iuris"* de la dominicalidad de los archivos y documentos a ellos incorporados, puede darse la ya expuesta para justificar la dominicalidad de los museos (ver este mismo parágrafo, texto y notas 8 y 9).

1905. Dado que el uso público que, en reunión de los otros elementos, determina el carácter dominical de una cosa, tanto puede ser directo o inmediato, como *"indirecto"* o *"mediato",* los bienes pertenecientes al Estado afectados a la prestación de servicios públicos (uso "indirecto") constituyen dependencias del dominio público (véase el nº 1723). Desde luego, tales bienes pueden integrar o constituir *universalidades,* que en la especie serían *"dominicales"*.

En mérito a las manifestaciones precedentes, la doctrina considera como dependencias del dominio público las universalidades constituidas, entre otros, por los siguientes bienes:

1º) Los afectados al servicio telefónico (aparatos utilizados para las conversaciones, edificios destinados al servicio, líneas telefónicas, etc.) (1206) .

2º) Los afectados al servicio de ferrocarriles (material rodante, vías férreas, edificios destinados al servicio, estaciones, galpones, etc.) (1207) .

3º) Los afectados al transporte de pasajeros mediante ómnibus, tranvías, trolebuses, etcétera (material rodante, edificios destinados al servicio, estaciones, galpones, vías de hierro, etc.) (1208) .

4º) Los afectados a líneas aéreas de transporte (aviones, campos de aterrizaje, cobertizos, edificios destinados al servicio, etc.) (1209) .

5º) Los jardines zoológicos (inmuebles en que se hallan implantados, animales, etc.) (1210) .

El conjunto de cada uno de tales bienes, considerados éstos como integrantes del respectivo complejo destinado al cumplimiento de un fin, constituye una *universalidad pública:* los bienes integrantes de cada complejo forman un *solo todo* (1211) .

CAPÍTULO IV - **EDIFICIOS**

SUMARIO: *1906*. Controversias acerca de la condición legal de los edificios del Estado. Su razón de ser. El elemento "teleológico" o "finalista" como nota de la dominicalidad. - *1907*. La condición legal de los edificios y la doctrina de los autores.- *1908*. El carácter *"público"* de los edificios en nuestro derecho. Criterio determinante. - *1909*. Diversos edificios de carácter "público" o "dominical".- *1910*. Lo atinente a los edificios ocupados por teatros, casinos e hipódromos estatales. - *1911*. Los "monumentos". Su carácter dominical. Jurisdicción y competencia para disponer su erección o su destrucción: Nación, provincias y municipalidades.

1906. Mucho se ha discutido acerca de la condición legal de los edificios pertenecientes al Estado; vale decir, se discute cuándo éstos son dependencias del *dominio público* y cuándo lo son del dominio privado. Pelloux, refiriéndose a Francia, dice que la cuestión más vivamente debatida en el siglo pasado fue la de los edificios públicos (1212) . El interés en la aclaración de tal punto es obvio: de ello depende el régimen jurídico aplicable al respectivo edificio.

Esas disensiones doctrinarias responden a que los autores no se ponen de acuerdo acerca de los caracteres constitutivos de la dominicalidad. Así lo advirtió Planiol (1213) . Pero en concreto tales diferencias de opinión obedecen al distinto concepto de los expositores sobre el elemento *"teleológico"* o *"finalista"* como nota conceptual del dominio público, o sea si los bienes dominicales han de ser únicamente los destinados al uso *directo* de la colectividad o también al uso *indirecto* de ella. Los que sostienen el primer criterio, poseen un concepto restrictivo acerca de la dominicalidad de dichos edificios, pues sólo serían *públicos* los destinados al uso "directo" de los habitantes; en cambio, los sostenedores del segundo criterio poseen un concepto amplio en lo atinente a la dominicalidad de los edificios, ya que no sólo pertenecerían al dominio público los edificios afectados al uso directo de la colectividad, sino también al uso *"indirecto"* de la misma. Claro está que para la dilucidación de esta controversia ha de tener decisiva influencia el derecho positivo del respectivo país, lo cual no obsta a que, en relación con un determinado derecho positivo, una misma norma se interprete de distinto modo. En nuestro país por imperio del derecho vigente, se impone el criterio amplio, o sea el que también incluye en el dominio público a los edificios del Estado afectados al uso *"indirecto"* o *"mediato"* de los habitantes.

1907. Varios son los criterios sustentados por los autores en lo que respecta a la condición legal de los edificios estatales.

Ducrocq los considera del dominio privado del Estado, porque no existe -dice- una disposición legislativa *general* que incluya o permita incluir los edificios en el dominio público, pues no quedan incluidos en el artículo 538 del Código Civil francés (1214) . Sin entrar a analizar si tales edificios están o no comprendidos en el artículo 538 del Código Civil de Francia, cabe advertir que, en nuestro país, sí existe una norma legislativa general en cuyo mérito los edificios de referencia deban considerarse incluidos en el dominio público: el artículo 2340 , inciso 7º *in fine*, del Código Civil, de cuyo alcance me ocuparé luego.

Mayer les asigna carácter de bienes privados del Estado, porque a su criterio esos edificios no revisten para la Administración un interés suficiente como para justificar la energía extraordinaria con que se tutelan las cosas del dominio público, máxime cuando tales edificios son fácilmente reemplazables por otros (1215) . A ello se ha respondido, con todo acierto, que lo que define la *dominicalidad* es la *"afectación"* de la cosa respectiva al uso público, por lo que ha de tenerse como dependencia del dominio público todo bien o cosa en el que, cumplidos los demás requisitos, se dé aquella nota, es decir donde exista tal *afectación* (1216) . Mientras la "afectación" exista y perdure, la cosa -"edificio", en la especie- será del dominio público, importando poco que pueda o no ser reemplazada por otra, pues, como ya se dijo en otro lugar de esta obra, el dominio público se ejerce sobre bienes idénticos a aquellos sobre los que se ejerce la propiedad privada, ya que la dominicalidad es independiente de la cualidad material de las cosas (véase el nº 1714). Para que una cosa tenga calidad dominical, aparte de la concurrencia de los demás elementos, es decisiva su *afectación* al uso público. Mientras tal afectación exista, la cosa constituirá una dependencia del dominio público.

Troplong vinculaba la condición *dominical* o *pública* del edificio a su carácter *"monumental"*. Este criterio, aparte de carecer de base legal, fue objetado, en primer lugar,

por la imprecisión del concepto de "monumental"; en segundo lugar, porque, según ese criterio, no sería el destino al uso público el determinante de la dominicalidad, sino las líneas y formas del edificio. Se dijo que la condición legal de las cosas dominicales no podía depender de tales circunstancias, porque ello implicaría transformar en una cuestión de arte lo que debe ser una cuestión jurídica. El arte arquitectónico o el carácter monumental del edificio son extraños a su importancia intrínseca (1217) .

Gaudry, en Francia, relacionaba la calidad dominical del edificio, al carácter *perpetuo* y *general* de la afectación. La perpetuidad no debía entendérsela en términos absolutos, por cuanto las obras humanas no son eternas. Se requería que se tratase de algo destinado a durar y que el momento de su desaparición no fuese posible preverlo. No era suficiente una afectación "ab-initio" transitoria. La generalidad significaba que la cosa debe pertenecer a todos por igual. Este criterio fue rechazado, por cuanto no existe principio alguno que exija perpetuidad en la afectación, la cual puede durar mucho o poco: todo depende de las necesidades del interés público; poco importa, pues, que en el pensamiento de la Administración Pública que efectúa la afectación, ésta haya de durar veinte años, diez años o menos aún. Lo importante es que exista *afectación* y, mientras ésta dure -cualquiera sea el período de tiempo respectivo- la cosa revestirá calidad dominical. Por eso el criterio de Gaudry fue tildado de arbitrario (1218) . Algunos expositores siguieron el criterio preconizado por Gaudry (1219) .

Otros escritores excluyen los edificios del régimen de la dominicalidad, porque sostienen que a su respecto el uso es *"indirecto",* no encuadrado en el artículo 538 del Código Civil francés (1220) . Entre nosotros dicho criterio es inaceptable: hállase desautorizado por el derecho positivo; así lo haré notar en el parágrafo siguiente.

Algunos tratadistas, como Berthélemy, y entre nosotros Bullrich, sostienen que los edificios estatales pertenecen al dominio *privado* del Estado, porque son susceptibles de ser propiedad privada (1221) . Esta tesis, resabio de las interpretaciones literales del artículo 538 del Código Civil de Francia, que incluye en el dominio público "todas las porciones del territorio francés no susceptibles de propiedad privada", es inaceptable: olvida que el dominio público es un mero concepto jurídico: que no hay bienes públicos por su naturaleza; que cualquier bien o cosa puede pertenecer al dominio público o al dominio privado, y que no hay cosas insusceptibles de propiedad privada, pues todo depende del régimen legal imperante (véanse los números 1725 y 1726).

Hauriou, para quien el uso público determinante de la dominicalidad puede ser el *"directo"* como el *"indirecto",* considera dependencias dominicales los *edificios* del Estado afectados a servicios públicos (1222) .

Otros autores, como Presutti, estiman que los edificios del Estado no pertenecen al dominio público, sino al *patrimonio indisponible* del mismo (1223) . Entre nosotros tal temperamento carece de base legal, pues nuestro derecho no reconoce esa categoría intermedia de bienes. Sólo acepta los bienes dominicales o los privados.

Jèze considera dominicales únicamente los bienes del Estado afectados a un servicio público esencial, en el que la cosa desempeñe el papel capital, principal. En los supuestos de *escuelas, palacios de justicia,* etcétera, juzga que esos edificios no pertenecen al

dominio público, porque en los respectivos servicios públicos no desempeñan el papel principal o capital, el que es desempeñado por los profesores y por los jueces (1224) . Juzgo inaceptable semejante razonamiento. En otro lugar de esta obra hice la crítica del mismo (véase el nº 1722, a.).

Guicciardi, basado en su particular opinión acerca de los requisitos que han de cumplirse para que un bien o cosa sea tenido por dominical, niega que pertenezcan al dominio público ciertos edificios, como las escuelas, los hospitales, etcétera, debido a que la función que en ellos cumple el Estado no es *exclusiva* de él, ya que existen escuelas y hospitales atendidos por particulares (1225) . Precedentemente me he ocupado de este criterio, rechazándolo (véase el nº 1722, letra b.). Estimo que la falla principal de ese punto de vista, radica en la total prescindencia del criterio basado en la *"afectación"* -estatal, desde luego- de la cosa al uso público.

Waline considera dominicales los bienes del Estado, necesarios para la prestación de un servicio público o para la satisfacción de una necesidad pública, *siempre que al respecto no puedan ser reemplazados por ningún otro bien*. En tal orden de ideas, considera que son del dominio privado del Estado los edificios destinados a ministerios y a escuelas, porque, si se destruyen, los servicios que en ellos se prestan pueden ser atendidos, sin mayores inconvenientes, en otro local (1226) . Juzgo inaceptable tal opinión: 1º) porque prescinde totalmente de la *"afectación"* de la cosa efectuada por el Estado; 2º) porque, en lugar del criterio basado en la afectación, toma en cuenta la materialidad de la cosa, concepto improcedente, por cuanto la materialidad de la cosa nada tiene que ver con el dominio público o dominicalidad (véase el nº 1714).

Tales son la opiniones de los autores respecto a la condición legal de los edificios. Como lo expresaré en el parágrafo que sigue, la tesis aceptable, por su estricto ajuste a los principios y a la lógica jurídica, es la basada en la *"afectación"* al uso público, expuesta por Hauriou. Es la teoría predominante en la doctrina argentina y la sostenida desde sus primeros fallos por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

1908. En nuestro derecho, para resolver lo atinente a la condición legal de los edificios del Estado, debe prescindirse de toda consideración que no se base en el criterio de la *"afectación"* del edificio al uso público, al servicio público o a la utilidad o comodidad común. El carácter público durará *mientras se mantenga la afectación* del edificio a cualquiera de esos fines, tal como resulta del artículo 2340 , inciso 7º *in fine*, del Código Civil. Desafectado el edificio, va de suyo que, por aplicación de los principios generales, pierde su carácter dominical y se convierte en cosa "privada".

Desde luego, deben excluirse del dominio público los edificios de propiedad de personas particulares o privadas, sean éstas individuales o jurídicas, donde funcionen reparticiones o dependencias públicas, pues respecto a tales edificios falta el elemento *"subjetivo"* de la dominicalidad, o sea que el bien pertenezca al Estado; tampoco encuadrarían ellos en inciso alguno del artículo 2340 del Código Civil, ni son considerados como *públicos* por alguna otra ley. Se trata de edificios sometidos en un todo al derecho común; incluso pueden embargarse los alquileres que el Estado abone por ellos y obtenerse la venta judicial de los mismos, todo sin perjuicio de que el adquirente soporte la continuación del contrato de

arrendamiento que pese sobre tales edificios, conforme a lo establecido por el artículo 1498 del Código Civil (ver números 1765 y 1766).

En cambio, los edificios -*obras*- "construidos para utilidad o comodidad común", pertenecen al dominio público del Estado. Es lo que establece el artículo 2340 , inciso 7º *in fine*, del Código Civil. Para el alcance e interpretación racionales de dicho texto, véase el nº 1724 de la presente obra. En la expresada norma no sólo quedan comprendidos los edificios afectados al uso público directo o inmediato, sino también al *"indirecto"* o *"mediato"*, vale decir, quedan incluidos los afectados no sólo al "servicio público", sino también a la "utilidad o comodidad común", fórmula ésta aún más lata y comprensiva que la de "servicio público" (véase el recordado nº 1723).

Claro está que muchas veces el *uso indirecto* a que se refiere el "servicio público", quedará involucrado y superado por la fórmula de más amplio alcance *"utilidad o comodidad común"*, que también implica un uso público *indirecto*. Por tal razón carece de importancia distinguir entre el "servicio público" *stricto sensu* y el mero "servicio administrativo" (1227) . A todo evento, para revestir carácter dominical, los respectivos edificios han de constituir *"bienes finales"* o *"bienes de uso",* y no bienes meramente "instrumentales" (véase el expresado nº 1723); este requisito fue también advertido y establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1228) .

No tratándose de servicios públicos, sino de bienes destinados a la utilidad o comodidad común, en el ejercicio de la respectiva actividad, el titular del edificio -Estado o pueblo, según la tesis que se acepte- debe actuar en el campo del derecho *público* y no del derecho privado (ver números 1692 y 1711). De lo contrario resultarían verdaderas incongruencias o contrasentidos. Así, por ejemplo, los edificios para sede de la Dirección de Tierras Fiscales o para sede de la Administración de Yacimientos Petrolíferos Fiscales, han de considerarse como bienes privados del Estado, porque si lo principal o esencial, que serían las tierras fiscales y el petróleo, son bienes patrimoniales o privados, no es concebible que lo incidental o accesorio, o sea los respectivos edificios, constituyan dependencias del dominio público.

De manera que, en las condiciones mencionadas precedentemente, de acuerdo con nuestro derecho positivo (Código Civil, artículo 2340 , inciso 7º *in fine*), la dominicalidad de los edificios estatales resulta de su *afectación* a la *utilidad* o *comodidad común,* concepto amplísimo, que no sólo comprende el uso público directo, sino también el *indirecto* o *mediato,* expresado este último a través de la afectación del edificio a un servicio público o -como dice el Código Civil- a la utilidad o comodidad común. Destacados expositores nacionales reconocen esa dominicaldad de los edificios del Estado, porque al quedar encuadrados en el citado artículo 2340 , inciso 7º *in fine*, del Código Civil, traducen un uso público *indirecto* o *mediato* (1229) , con lo que frente a nuestra legislación queda satisfecho el elemento teleológico o finalista como nota conceptual del dominio público. Lo mismo ocurre con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1230) . Un calificado sector de la doctrina extranjera reconoce la dominicaldad de los edificios del Estados afectados al uso público indirecto o mediato *("servicio público",* por ejemplo) (1231) . Los autores nacionales y extranjeros que desconocen, en general, la dominicalidad de los edificios del Estado, proceden así porque circunscriben y limitan el uso a que

hállanse destinados los bienes del dominio público al "directo" o "inmediato", criterio inaceptable en nuestro derecho (ver nº 1723, texto y notas 186-189), o porque para establecer el carácter dominical de un bien se basan en criterios distintos al de la *"afectación"* de la cosa al uso público, temperamentos tampoco aceptables (ver nº 1907).

1909. En mérito a consideraciones concordantes con las expuestas en el parágrafo que antecede, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido y declarado expresamente el carácter dominical de diversos edificios.

Por de pronto, se ha declarado y reconocido que, en general, constituyen dependencias del dominio público los edificios del Estado afectados al uso público (1232) .

En particular, se considera que integran el dominio público los edificios ocupados por las siguientes dependencias, que menciono a título de ejemplos:

a) Casas de Gobierno (1233) .

b) Parlamentos (congresos, legislaturas) (1234) .

c) Ministerios (1235) .

d) Tribunales (1236) .

e) Escuelas, colegios y Facultades (1237) .

f) Correos (1238) .

g) Prisiones (1239) .

h) Comisarías de Policía (1240) .

i) Asilos y hospicios (1241) .

j) Hospitales (1242) .

k) Mataderos (1243) .

l) Mercados (1244) . Algunos autores consideran a los mercados como un accesorio de la calle pública (D´Alessio, tomo 2º, página 93), donde los vendedores efectúan una utilización privativa del lugar que se les tiene asignado en el mercado, en tanto que los compradores realizan una utilización colectiva (Waline, página 454).

1910. Los edificios ocupados por teatros, casinos e hipódromos del Estado ¿constituyen dependencias dominicales?

Para resolver esta cuestión, los autores, en general, tratan de establecer y aclarar si tales actividades constituyen o no un servicio público. En caso afirmativo, dichos edificios pertenecerían al dominio público, porque hallaríanse afectados al uso público indirecto; en caso negativo, no constituirían dependencias dominicales, por cuanto la gestión teatral, la del casino y la del hipódromo sólo constituirían una *"profesión"* como cualquier otra. Los

tratadistas, en general, consideran que tales actividades no constituyen un "servicio público" (1245) ; no obstante, en materia de *teatros*, suele distinguirse entre los grandes teatros *"nacionales"* y los demás teatros estatales: a los primeros, por su rectora misión cultural, excepcionalmente se les reconoce carácter de servicio público (1246) , por lo que, de acuerdo con una lógica estricta, los respectivos edificios deberían considerarse como dependencias dominicales; esa sería la situación, por ejemplo, de la "Comedia Francesa", en Francia, y del "Teatro Colón", entre nosotros.

En nuestro derecho, para resolver lo atinente a la condición legal de los edificios ocupados por teatros, casinos e hipódromos *estatales,* no es menester indagar si tales actividades constituyen o no un servicio público, para luego, en caso afirmativo, pronunciarse a favor de la dominicalidad de esos edificios. Frente al texto del artículo 2340 , inciso 7º *in fine*, del Código Civil, que incluye en el dominio público a toda obra construida para *"utilidad* o *comodidad* común", el carácter dominical de dichos edificios no es dudoso.

La *"utilidad"* del teatro, del buen teatro -expresión de cultura-, no se discute. De modo que los teatros estatales quedan incluidos en el artículo 2340 , inciso 7º *in fine*, del Código Civil, constituyendo entonces, dependencias del dominio público. Los teatros de referencia entran en el concepto de obras construidas para *"utilidad"* común (texto citado) (1247) .

Esa "utilidad" no existe respecto a los casinos e hipódromos. Pero como el texto de nuestra ley no sólo habla de "utilidad", sino también de *"comodidad"* común, hay que concluir diciendo que los edificios de los casinos e hipódromos del Estado constituyen, asimismo, bienes dominicales. Por criticable y perjudicial que sea el hábito del juego que se practica en casinos e hipódromos, no es posible desconocer que, para quienes tengan esa afición, los casinos e hipódromos satisfacen el requisito de *"comodidad"* común, mencionado en el referido texto del Código Civil.

De manera que, de acuerdo con nuestro derecho, los edificios de los teatros, casinos e hipódromos estatales, constituyen dependencias del dominio público. Tal es la solución que se impone *"iure condito"*.

1911. Antes de terminar con este capítulo referente a los *"edificios"* que han de tenerse por dominicales, corresponde decir dos palabras acerca de los *"monumentos"*.

Los monumentos no son "edificios", ciertamente; pero a igual que éstos son especies dentro del género *"obras"*. Por esto quedan comprendidos en el artículo 2340 , inciso 7º *in fine*, del Código Civil, constituyendo cosas *dominicales* (1248) . Los *"monumentos"* son obras del hombre, obras artificiales y en modo alguno obras naturales; por eso es impropio y equivocado hablar de *"monumentos de la naturaleza"* o de *"monumentos naturales"*. Tales expresiones sólo pueden aceptarse como licencia verbal para referirse a algo grandioso producido por el orden natural; verbigracia, grandes cataratas, ventisqueros, bosque petrificados existentes en zonas totalmente desprovistas de árboles, que constituyen vestigios de épocas geológicas pretéritas (1249) .

Los monumentos satisfacen el requisito de *"utilidad"* a que hace referencia dicho texto: es útil para las generaciones presentes y futuras el recuerdo permanente de hechos que honran a la ciudadanía, que rememoran gloriosos episodios históricos o que, simplemente,

constituyen la expresión plástica de un concepto superior. Todo ello tiende a la superación espiritual del pueblo.

El *uso público* a que están destinados los monumentos consiste en la facultad de todos los habitantes para contemplarlos o admirarlos. Trátase de un uso *"común"* (véase el nº 1791, letra c).

En nuestro país, ¿qué autoridad tiene facultades para disponer la erección de monumentos y levantamiento de estatuas? ¿la Nación, las provincias o las municipalidades?

Dicho deslinde jurisdiccional no depende de la "legislación", sino de la Constitución, que está por encima de la legislación.

De acuerdo con los principios emergentes de la Ley Suprema, la facultad para disponer la erección de monumentos y levantamientos de estatuas responde a los principios siguientes:

La Nación tiene potestad para disponer la erección de monumentos en las provincias, en tanto se trate de rememorar a través de ellos hechos de interés nacional o universal. Desde luego, también la tiene para erigirlos en la Capital Federal y en el Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida Argentina e Islas del Atlántico Sur (1250) . La erección de monumentos que tiendan a perpetuar glorias nacionales, o hechos que exalten la civilización, o el levantamiento de estatuas que tiendan a exaltar personalidades ilustres que honraron al país o al mundo, trasunta un correcto acto de buena administración, encuadrado en el artículo 86 , inciso 1º, Ley Suprema, que pone a cargo del Presidente de la República la "administración general" del país, a la vez que una forma de fomentar y perpetuar la cultura, como lo autoriza el artículo 67 , inciso 16 de la Constitución. Tal es el fundamento de la jurisdicción y competencia nacional en estos casos. Téngase presente los textos correlativos de la actual Constitución Nacional (del año 1994).

Pero la Nación no tiene atribuciones para erigir, dentro de una provincia, monumentos o estatuas de interés exclusivo de esa provincia, pues ello constituye una atribución local, reservada por las provincias (arts. 104 y 105, Ley Suprema).

No obstante, las provincias tienen potestad para erigir, dentro de sus respectivos territorios, monumentos o estatuas de interés nacional o universal, porque las glorias nacionales o universales son también glorias provinciales. Desde luego, las provincias pueden erigir monumentos o estatuas de exclusivo interés local. Todo esto es inherente a su autonomía funcional. En concreto, en lo pertinente se trata, por parte de las provincias, de ejercer poderes reservados y de regirse por sus propias instituciones (arts. 104 y 105, Constitución Nacional) (1251) .

Las municipalidades, tanto la de la Ciudad de Buenos Aires, como las de las provincias, por carecer todas ellas de potestades legislativas originarias, sólo podrán erigir monumentos y levantar estatuas si sus respectivas leyes orgánicas lo autorizan, expresa o tácitamente. (En cuanto a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, téngase presente el nuevo "status" jurídico que le atribuyó la Constitución Nacional del año 1994).

Un aspecto de lo relacionado con la autoridad competente para disponer la erección o la demolición de monumentos que conmemoren fastos de interés *"nacional"*, fue analizado por Nicolás Avellaneda, el 13 de noviembre de 1883, con motivo de la consulta que le formuló el Concejo Deliberante de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires acerca del proyecto de demoler la vieja Pirámide de Mayo, mandada erigir por la Junta de Gobierno en 1811 -en la que figuraban diputados de todos los pueblos argentinos- para conmemorar el primer aniversario de la Revolución. Avellaneda sostuvo -con todo acierto- que la demolición de la Pirámide no podía ser dispuesta a través de una ordenanza municipal, y que el acto de la Junta de 1811 necesitaría ser revocado mediante una *ley de la Nación*. Entre otras cosas, dijo Avellaneda: "Esta Pirámide, por la veneración general con que se la rodea, por su origen, por los sentimientos que despierta en todo argentino, no pertenece verdaderamente al patrimonio de una ciudad, y la primera cuestión a examinar sería si puede admitirse que su existencia o su desaparición dependen únicamente de una ordenanza municipal. La Municipalidad de París, con sus tradiciones de centralismo y orgullo, como sólo las tuvo la Roma antigua, no pretende este derecho sobre los monumentos que en el recinto de la gran ciudad conmemoran las glorias de Francia. Los tiene bajo su guarda para conservarlos, pero no es su dueña" (1252) .

TÍTULO SEGUNDO - **DOMINIO PÚBLICO DE LA DEFENSA NACIONAL**

CAPÍTULO ÚNICO

SUMARIO: *1912*. Generalidades. El elemento "teleológico" o "finalista". Los bienes comprendidos. - *1913*. Dominicalidad de los elementos afectados a la defensa nacional. Fundamento positivo. - *1914*. Bienes incluidos en el dominio público de la defensa nacional. Lo atinente a las *"fortalezas"*.

1912. La "defensa nacional" constituye un *servicio público*. Los bienes afectados a tal servicio pertenecen al *dominio público* del Estado.

El uso que de tales bienes realiza el "público" es *indirecto* o *"mediato"* (1253) , siendo de recordar que, en nuestro ordenamiento jurídico, el uso público determinante de la dominicalidad es no sólo el directo o inmediato, sino también el indirecto o mediato (ver nº 1723).

Huelga decirlo, pues ello va de suyo, que los bienes que, por hallarse afectados a la defensa nacional, revisten calidad dominical, pueden corresponder a cualquier grupo de las fuerzas armadas: terrestres, marítimas o aéreas.

Claro está que existen autores que, sobre la base de un concepto limitado o restringido de lo que ha de entenderse por "uso público" a los efectos de la dominicalidad, niegan el carácter dominical de las cosas afectadas o consagradas al servicio público de la defensa nacional: para dichos autores el *uso indirecto* o *mediato* es ajeno al dominio público. Pero tal modo de pensar hállase desautorizado por nuestro derecho; así lo expresé en un parágrafo precedente (ver nº 1723, texto y notas 186-189). A igual conclusión negativa de la dominicalidad de las cosas afectadas a la defensa nacional llegan los que, para establecer el carácter público de un bien, se basan en criterios distintos al de la *"afectación"* de la cosa al

uso público, temperamento tampoco aceptable (ver números 1739-1742; además, véanse los números 1721 y 1722).

1913. El carácter dominical de los bienes afectados a la defensa nacional surge del artículo 2340 , inciso 7º *in fine*, del Código Civil, en cuyo mérito pertenecen al dominio público las obras *construidas para utilidad o comodidad común,* pues, como decía Barckhausen, las obras de referencia pueden responder a cualquier objeto, ya sea a los relacionados con la *defensa nacional,* como en general a los de la "vida civil" de la sociedad (1254) . Acerca de la interpretación y alcance de esa norma, véase el nº 1724.

Las *"obras"* en cuestión tanto pueden ser muebles como inmuebles. En lo atinente a la dominicalidad de las cosas "muebles", incluso semovientes, véase el nº 1716.

Es obvio que, de acuerdo con los principios generales, las cosas afectadas a la defensa nacional conservan su carácter dominical mientras dure su afectación o consagración a ese servicio público; tan pronto se produzca su desafectación, tales cosas pierden el carácter "público" y se convierten en cosas del dominio *privado* del Estado.

1914. En mérito a consideraciones concordantes con los principios que anteceden, se reconoce, en *general,* que las cosas afectadas a la defensa nacional constituyen dependencias del dominio público. En tal sentido, el Código Civil de Italia, en vigencia desde 1942, dispone que pertenecen al dominio público *"las obras destinadas a la defensa nacional"* (artículo 822).

En *particular,* a título de ejemplos, pueden mencionarse las siguientes cosas como pertenecientes al dominio público, en su calidad de bienes afectados a la defensa nacional:

a) Las armas portátiles (1255) .

b) Los navíos o buques (1256) .

c) Los cuarteles (1257) .

d) Los arsenales (1258) .

e) Los aeródromos y bases de hidroaviones (1259) .

f) La caballada del ejército. En otro lugar de esta obra dije que la caballada del ejército pertenece al dominio público, como asimismo la de la policía y la de la municipalidad, mientras estén en condiciones de satisfacer el uso a que se les ha destinado. En cambio, las manadas de yeguarizos que el Estado posea para proveerse de esos animales no pertenecen al dominio público, sino al dominio privado del Estado, pues constituyen simples bienes *instrumentales*. Los caballos de referencia recién adquieren calidad dominical con su efectiva y actual incorporación al servicio pertinente (de "defensa", en este caso), ya que recién entonces se opera su "afectación" (véase el nº 1716, texto y notas 136 y 137).

g) Las fortalezas (1260) . Con relación a ellas, en nuestro derecho hay un punto que requiere ser aclarado, a fin de evitar confusiones.

Las "fortalezas" pertenecen al dominio *público,* pues encuadran en la recordada disposición del artículo 2340 , inciso 7º *in fine*, del Código Civil, en su carácter de obras construidas para utilidad común. Pero en el artículo 2342 , inciso 4º, el Código dice que pertenecen al dominio *privado* del Estado "los *muros, plazas de guerra*". ¿Cómo conciliar tales disposiciones, en lo referente a "fortalezas"? Para resolver esto son de aplicación las siguientes palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien, en una ejecución seguida por un particular contra una provincia, declaró -aplicando el artículo 2340 , inciso 7º *in fine*, del Código Civil- el carácter *dominical* o *público* del edificio ocupado por una jefatura de policía, al que la parte actora, invocando el artículo 2342 , inciso 4º, del Código -que habla de "toda construcción hecha por el Estado"-, pretendía en cambio asignarle carácter de cosa del dominio *privado* del Estado. Dijo el Tribunal: "Que no se opone a ello el inciso 4º del artículo 2342 del Código Civil, en cuanto declara que son bienes privados del Estado general o de los Estados particulares, entre otras cosas, toda construcción hecha por aquéllos, pues esa disposición legal debe ser conciliada con lo prescripto en el inciso 7º del artículo 2340 , anterior, y tenerse en cuenta que los inmuebles *destinados a un servicio administrativo* son poseídos por las provincias o municipalidades en su carácter de poderes públicos, no de personas jurídicas" (1261) . Con toda razón, pues, un autor pudo decir que los muros y plazas de guerra a que se refiere el artículo 2342 , inciso 4º, del Código Civil, son los *que han sido "desafectados" del servicio público"* (1262) , y no los que estén -como decía la Corte Suprema- *"destinados"* a dicho servicio. Mientras haya *afectación* o *consagración* -efectiva y actual- a la defensa nacional, los muros y plazas de guerra *(lato sensu,* "fortalezas") pertenecen al dominio público; desafectados de tal servicio, pasan a ser bienes privados del Estado (1263) . En este orden de ideas, tal es la interpretación que se impone respecto a los mencionados incisos de los artículos 2340 y 2342 del Código Civil. Existiendo "afectación" o "consagración" al servicio público de la defensa nacional, las *fortalezas* ("plazas fuertes") pertenecen al dominio público del Estado, opinión que comparten calificados intérpretes de la doctrina argentina: Bibiloni, Villegas Basavilbaso, Diez, Spota, etcétera (ver las precedentes notas 8, 10 y 11). Ciertamente, la referencia a los "muros" y "plazas de guerra" bien podría suprimirse al reformarse el Código, pues es evidente que -sin necesidad de texto que lo establezca- todo bien dominical, una vez desafectado, pasa a ser un bien privado del Estado. Éste es el criterio que, siguiendo a Bibiloni, adopta el Proyecto de la Comisión de Reforma del Código Civil, donde se ha suprimido la referencia a los muros y plazas de guerra (artículos 118 y 119).

TÍTULO TERCERO - **DOMINIO PÚBLICO AÉREO**

CAPÍTULO ÚNICO

SUMARIO: *1915*. Interés de su estudio. El derecho interplanetario. - *1916*. Noción conceptual. - *1917*. Espacio aéreo y aire. Diferencias. Aire *"res communis omnium"* y aire "bien dominical" o "público". - *1918*. Condición jurídica del espacio aéreo. Derecho externo y derecho interno. - *1919*. Límites del dominio *público* aéreo: en lo horizontal; en lo vertical. Computación del mismo. Derechos de los administrados y del Estado. La fuerza gravitatoria terrestre y el vacío espacial del universo. La *"frontera celeste"*. - *1920*. Dominio público aéreo y soberanía. - *1921*. Derechos del Estado sobre el espacio aéreo. Derecho externo e interno. - *1922*. Dominio sobre el espacio aéreo dominical en nuestro

derecho. Nación y provincias. - *1923.* Jurisdicción sobre el espacio aéreo dominical en nuestro derecho. Nación y provincias.

1915. El interés en conocer el régimen jurídico del espacio aéreo es obvio. Lo ponen de relieve los derechos de los particulares al espacio que cubre sus inmuebles, como así también los problemas atinentes a la defensa del Estado, a la aeronavegación, a la radiotelegrafía y a la radiodifusión.

El estudio de esta materia corresponde al derecho privado y al derecho público. Dentro de este último, al derecho internacional público, al de la navegación aérea y al Derecho Administrativo.

Corresponde al derecho privado, civil, todo lo atinente a los derechos que puedan pertenecerle al superficiario sobre el espacio aéreo que cubre su inmueble. En especial, en este orden de ideas interesa establecer hasta dónde se extiende, en altura, el derecho del superficiario, pues recién a partir del límite máximo de esa altura comienza el espacio aéreo del Estado.

Al derecho internacional público le corresponde todo lo atinente a los diversos usos del espacio aéreo por los Estados, pues el uso que haga un Estado interfiere o puede interferir en otro Estado; la solución de esto da lugar a la celebración de tratados internacionales. Al derecho de la navegación aérea le interesa, en particular, todo lo relacionado con el uso del espacio por la aeronavegación. Al Derecho Administrativo, dada la condición jurídica del espacio aéreo, le incumbe todo lo atinente al uso de dicho espacio en el interior del Estado, ya se trate de un uso realizado por el Estado mismo, o por los administrados, mediante permisos o concesiones.

En estos últimos años el interés por los estudios relacionados con el espacio aéreo se ha acrecentado. Ello se debe a las investigaciones y exploraciones espaciales o interplanetarias, es decir realizadas con referencia a otros planetas o satélites. Ello está dando lugar a la formación de un nuevo derecho: el interplanetario, del que uno de los principales problemas, directamente vinculado al espacio aéreo, es el de la determinación de su límite en altura, de lo cual me ocuparé más adelante (1264) .

1916. Para los fines que se contemplan en la presente obra, por *"espacio aéreo"* ha de entenderse el que se extiende en líneas perpendiculares sobre el territorio terrestre y acuático del Estado subyacente (1265) . Como se advertirá en el parágrafo que sigue, al establecer la diferencia entre "espacio aéreo" y "aire", el espacio aéreo es un *continente,* no un *contenido*.

1917. Como bien lo advierten Enneccerus, Kipp y Wolff, no debe confundirse el *"espacio aéreo"* con el *"aire"* contenido en aquél (1266) . Por eso resulta objetable la redacción del Código Civil de Panamá, que sin duda queriendo referirse al "espacio aéreo", incluye en el dominio público *"el aire"* (artículo 329, inciso 3º). Lo que debió incluirse en el dominio público es el "continente" -espacio aéreo- y no precisamente su "contenido", o sea el aire, ya que éste -como lo advertiré luego-, sigue, en general, la condición jurídica de aquél, todo ello sin perjuicio de constituir, para cierto orden de relaciones, una *"res communis omnium"*.

"No cabe confundir el aire con el espacio aéreo", dice Tapia Salinas. "El primero, elemento etéreo sin límites ni medidas, con una constante movilidad y fluidez, es totalmente inapropiable y pertenece a aquel género de cosas que los romanos denominaron *res communis omnium,* que todas las personas podrían libremente usar y poseer. El segundo, por el contrario, perfectamente definible, capaz de ser limitado, fijo y constante, es susceptible de apropiación, pudiendo por tanto ser sujeto de propiedad y soberanía" (1267) .

No obstante, sería un grave error creer que el aire, para todo tipo de relaciones, constituye una "res communis omnium". Igual error se cometería si se creyera que el *"agua"* pertenece a todos y que nadie puede apropiársela en forma exclusiva. Así como el "agua" pertenece a todos los hombres -"res communis"- al único y sólo efecto de que apaguen su propia sed, utilizándola como producto natural indispensable y fundamental para la vida (1268) , así también el aire pertenece a todos los hombres, en calidad de "res communis", al solo y único efecto de que éstos lo aspiren y satisfagan una necesidad vital impostergable. Para todos los demás efectos el aire no constituye una "res communis", sino un bien dominical o público, siguiendo así la condición jurídica del *espacio* que lo contiene. Por eso, con exclusión del aire *necesario para la vida humana* -"res communis omnium"-, todo el contenido del espacio aéreo sigue la condición jurídica de éste: dependencia del dominio público, siendo su uso regulable por el Estado tal como acaece con cualquier otro bien perteneciente al dominio público.

1918. ¿Cuál es la condición jurídica del espacio aéreo? Hay que distinguir según se trate del derecho interno o del derecho externo.

La mayoría de los escritores, al referirse a la condición legal del espacio aéreo, lo hacen desde el punto de vista del derecho internacional, siendo por ello que al respecto hablan de las teorías de la *"libertad"* y de la *"soberanía",* según que, respectivamente, el espacio aéreo quede o no exento del poder de los Estados subyacentes, o que la soberanía de dichos Estados quede o no restringida por el derecho de pasaje inocente a favor de los demás Estados (1269) . Las convenciones internacionales de París, de 1919, y de Chicago, de 1944, sin perjuicio del derecho de navegación o pasaje inocente sobre el territorio de cada Estado contratante, consagran el principio de la *soberanía* de los Estados subyacentes sobre su espacio aéreo. Nuestro país se adhirió a dichas convenciones, ratificándolas mediante sendas leyes (1270) .

Puede afirmarse, entonces, como lo expresa Claro Solar, que el principio de la soberanía de los Estados sobre el espacio aéreo de su territorio y mar territorial, se ha impuesto definitivamente. En los únicos lugares donde el espacio aéreo se mantiene *libre* es sobre el mar libre y sobre las tierras no sometidas a naciones organizadas (1271) .

Pero una cosa es la condición legal del espacio aéreo en el orden internacional y otra distinta en el orden interno: el hecho de que dicho espacio aéreo pertenezca a la soberanía del Estado subyacente, no aclara si está incluido en el dominio público o en el dominio privado de ese Estado. Lo primero es cuestión de derecho externo, lo segundo de derecho interno. Cuando los autores se refieren al derecho interno, se limitan a decir que el espacio aéreo es parte del dominio público, pero sin expresar por qué, es decir no dicen de dónde proviene el carácter dominical de dicho bien.

¿De dónde surge el carácter *dominical* del espacio aéreo? Ya quedó dicho (ver nº 1729) que ningún bien o cosa puede integrar el dominio público sin ley que en forma directa (ley expresa) o en forma indirecta (interpretación jurídica: analogía jurídica y principios generales del derecho) sirva de base a tal conclusión.

No existe texto *"expreso"* de ley que declare comprendido en el dominio público al espacio aéreo. Pero a tal conclusión se llega igualmente por el método de la *"interpretación jurídica"*, que permite asignarle la misma condición legal de un instituto análogo: el mar territorial. Trátase de una *"integración"* de normas. Las razones que justifican la existencia del mar territorial y el carácter público del mismo, son de estricta aplicación al espacio aéreo que cubre el territorio del Estado (1272) . Pero en el supuesto de este espacio aéreo, aparte de las razones existentes para el mar territorial -que limita "lateralmente" el territorio-, existe una de mayor peso aún: que el espacio aéreo, al limitar *verticalmente* el territorio del Estado, está *"sobre"* dicho territorio, posición o situación material que aumenta considerablemente los peligros de vuelos realizados sin consentimiento o control del Estado subyacente. Adviértase, además, que el ataque al territorio del Estado desde el mar territorial, requiere que el objeto destructor sea *"impulsado"* mediante la fuerza pertinente (trayectoria oblicua) en cambio, el ataque al territorio del Estado subyacente desde el espacio aéreo, no requiere que el objeto destructor sea *"impulsado",* sino simplemente que *se le deje caer* sobre dicho territorio (trayectoria vertical), siendo de recordar que la fuerza de caída de tal objeto será proporcional a su peso y a la altura desde la cual se le haya dejado caer.

Claro está que el expresado fundamento jurídico del carácter *"público"* del espacio aéreo, rige tanto para los Estados con litoral marítimo como para los Estados *mediterráneos*. La diferencia consistiría en que, para los primeros, el argumento del mar territorial vale como "ley análoga" (analogía jurídica interna), en tanto que para los segundos vale como "principio general de derecho" (del *derecho de gentes,* en la especie), tanto más cuanto en la actualidad, en el orden externo, tiene general aceptación la tesis que reconoce la *"soberanía"* del Estado subyacente sobre su espacio aéreo.

La generalidad de los autores reconoce el carácter *dominical* o *público* del espacio aéreo del Estado (1273) . Del mismo modo, algunas legislaciones así lo declaran expresamente (1274) . Dice Lancis que el espacio aéreo es la propiedad que más recientemente ha sido considerada como dependencia del dominio público (1275) .

1919. Es necesario conocer los límites del espacio aéreo estatal, los cuales -por la modalidad de esa dependencia del dominio público- deben señalarse respecto de tres direcciones: a) en primer término, *desde* dónde comienza a computarse el espacio aéreo del Estado; b) en segundo término, cuál es el límite en lo horizontal; c) en tercer término, cuál es ese límite en lo vertical, o sea *hasta* dónde se extiende en lo alto el espacio aéreo del Estado subyacente.

a) ¿Desde dónde *comienza* a computarse el espacio aéreo estatal?

De acuerdo con el artículo 2518 de nuestro Código Civil, la propiedad de los particulares sobre el suelo se extiende al espacio aéreo sobre dicho suelo en líneas perpendiculares. A pesar de los términos amplios de ese texto legal, que no fija la altura a que llega la

propiedad del superficiario sobre el espacio aéreo que cubre su inmueble, la doctrina interpretó ese texto, y disposiciones similares al mismo, en el sentido de que el dominio del superficiario sobre el espacio aéreo no se extiende más allá de lo requerido por las necesidades prácticas que se tratare de satisfacer. El límite de ese derecho del superficiario está dado, pues, por su *"interés práctico"*. Más allá de esa altura, el derecho al espacio aéreo pierde su razón de ser, pierde su contenido ético, y -como dijo un autor- sólo tendría como resultado poner las armas de la ley en manos de la chicana, fomentar el espíritu curialesco y colocar los vecinos en pie de guerra. Así se expresó Ihering (1276) , cuya sensata opinión fue seguida por la doctrina y jurisprudencia actuales (1277) , como así por los códigos civiles y leyes de técnica más depurada (1278) .

De manera que el espacio aéreo pertenece en propiedad a los propietarios particulares del suelo, hasta donde llega el "interés útil" de éstos. Con relación a los particulares, a partir de ese límite -cuya extensión es *circunstancial* o *contingente*-, el espacio aéreo pertenece al Estado.

Asimismo, el espacio aéreo pertenece al Estado, desde la superficie misma de los inmuebles -formados por tierras o por aguas- que integren su dominio privado o público.

En consecuencia, el espacio aéreo del Estado *comienza* a computarse *desde* donde cesa el "interés útil" de los administrados, propietarios de los respectivos inmuebles, o desde la superficie misma de los inmuebles que le pertenezcan.

b) ¿Cuál es el límite del espacio aéreo del Estado, desde el punto de vista horizontal?

En este orden de ideas, los límites del espacio aéreo coinciden con los límites del Estado, incluyendo en éstos al mar *"territorial",* si es que se trata de un Estado con litoral marítimo.

El espacio aéreo que cubre el mar *"jurisdiccional"* no pertenece al *dominio* del Estado ribereño, el que sólo ejerce a su respecto una "jurisdicción" limitada, circunscripta a los mismo objetivos que determinan la jurisdicción sobre el expresado mar *jurisdiccional*. Va de suyo, entonces, que sobre el espacio aéreo que cubre el mar jurisdiccional, el Estado ribereño carece en absoluto de *"soberanía":* no puede haber soberanía sobre el espacio aéreo que cubre una cosa donde tal soberanía no existe.

c) ¿Cuál es el límite del espacio aéreo del Estado, desde el punto de vista vertical, o sea en altura?

Al respecto, la opinión más generalmente aceptada, que comparto en un todo, extiende el espacio aéreo del Estado subyacente hasta donde cesan los efectos de la fuerza gravitatoria de la Tierra *(frontera celeste)*. Dicho criterio se basa en un dato físico -perpetuo y fijo- correspondiente a la Tierra misma, es decir a nuestro propio planeta. Tal es también la opinión de Pasini Costadoat (1279) y de Ambrosini (1280) . En sentido concordante: Haroldo Valladao (1281) . Sobre esta cuestión véanse las interesantes referencias de Cocca (1282) . No tiene importancia que la *"frontera celeste"* no sea *fija:* basta con que constituya una *zona;* en esas inmensas extensiones carece de trascendencia una relativa cantidad mayor o menor de kilómetros. Pero de ningún modo puede aceptarse que el límite del espacio aéreo del Estado se extienda, en lo vertical, hasta el *infinito*.

Más allá de lo que, físicamente, le corresponda a la Tierra, carecen de vigencia los conceptos jurídicos del hombre, pues, pasando de ese límite, cesa el ámbito correspondiente a la Tierra y se penetra en otro mundo ajeno al nuestro: el vacío espacial del universo (espacio sideral o cósmico), donde -en tanto no se aclare fehacientemente si en esos otros mundos, constituidos por otros planetas y satélites, existen o no seres racionales- el hombre del planeta Tierra carece de imperio para imponer sus normas (1283) . Nuestros conceptos jurídicos sólo han de regir *dentro* de nuestro mundo, es decir dentro del ámbito físico correspondiente a la Tierra, la cual, si bien es cierto que constituye el centro del universo jurídico, ello será así para los hombres que habitan en ella. Los seres racionales que habitaren *fuera del ámbito terrestre,* hállanse exentos de la jurisdicción moral o intelectual del hombre de nuestro planeta.

1920. Al referirse al espacio aéreo del Estado, los autores suelen confundir los conceptos de "soberanía" y de "dominio público". Tanto es así que algunos autores, al referirse a la condición legal de dicho espacio, se limitan a decir que sobre él el Estado ejerce "soberanía"; mientras que otros autores, al referirse a la condición legal del espacio aéreo, expresan que se trata de una dependencia del *dominio público*.

"Dominio público" y *"soberanía"* son conceptos distintos. La soberanía es una *potestas* que se ejerce sobre todo los bienes que integran el Estado o pertenezcan a éste, ya se trate del dominio público o privado del mismo, o de la propiedad de los particulares o administrados. En cambio, el dominio público es un *conjunto de bienes* sometido a un *régimen jurídico especial,* distinto del que rige los bienes del dominio privado.

De manera que constituye un error referirse a la *"soberanía"* cuando lo que se quiere es establecer la *condición legal* del espacio aéreo. Véase lo expuesto en el nº 1695, letra c. La soberanía no traduce la "condición legal" de una cosa, sino una "potestas" sobre dicha cosa.

1921. ¿Cuáles son los derechos del Estado sobre su dominio público aéreo?

Esos derechos son de dos órdenes:

a) Los que derivan de la calidad *dominical* del espacio aéreo. En este sentido, los derechos del Estado son los que, en general, le corresponden sobre las dependencias del dominio público. Entre tales derechos figura el de reglar el *uso* del espacio aéreo. Estas potestades se vinculan al derecho interno del Estado.

b) Los que derivan de la soberanía. En este sentido el Estado puede estatuir acerca del uso del espacio aéreo por personas de otras nacionalidades, domiciliadas fuera del país, o por Estados extranjeros. Estas potestades se vinculan al derecho externo o internacional, y generalmente encuentran expresión en convenciones o tratados.

1922. Dada la organización política y jurídica de nuestro país, no es posible terminar esta exposición sobre el espacio aéreo sin hacer referencia al *dominio* y a la *jurisdicción* sobre el mismo.

¿A quién le corresponde el *"dominio"* sobre el espacio aéreo? ¿A la Nación o a las provincias? (1284) .

El espacio aéreo del Estado no es sólo el que cubre *sus* bienes, públicos o privados, sino también el que cubre los bienes de los administrados o particulares, computado *desde* donde cesa el "interés útil" de los administrados (véase el nº 1919, letra a). El *dominio* del espacio aéreo dominical, ¿a quién le corresponde? ¿a la Nación o a las provincias?

En otra publicación me ocupé extensamente de lo relacionado con la titularidad, nacional o provincial, de los bienes del dominio público en nuestro derecho. En esa oportunidad me referí, en particular, al dominio público fluvial (1285) , pero sus conclusiones son enteramente aplicables al dominio público aéreo. Sintetizando las conclusiones a que llegué en aquella oportunidad, puede afirmarse que si las provincias preexistieron a la Nación; si la Constitución no es otra cosa que una delegación de poderes realizada por las provincias a la Nación, y si, como lo dispone la propia Constitución Nacional en su artículo 104 , las provincias conservan todo el poder no delegado al Gobierno Federal, resulta claro que el dominio sobre el espacio aéreo les pertenece a las provincias y no a la Nación, puesto que tal derecho no aparece delegado en parte alguna de aquel estatuto.

Sólo pertenece al *dominio* de la *Nación,* el espacio aéreo que cubre el Territorio de Tierra del Fuego, la Antártida e Islas del Atlántico Sur, ya que se trata de tierras situadas fuera de los límites de las provincias, y que se encuentran bajo el dominio de la Nación. Pero si alguno de estos lugares fuere más adelante erigido en provincia, o incorporado a alguna provincia, el respectivo espacio aéreo será de la correspondiente provincia, pues según un principio fundamental de Derecho Constitucional, los nuevos Estados gozan y poseen todos los derechos de dominio y soberanía que pertenecen a los Estados originarios (1286) .

1923. Establecido a quién le pertenece el *dominio* del espacio aéreo *dominical* en nuestro derecho, corresponde establecer ahora quién tiene *jurisdicción* sobre dicho espacio aéreo, es decir si tal jurisdicción le corresponde a la Nación o a las provincias.

El espacio aéreo constituye una dependencia del dominio público, susceptible de servir para diversos usos o actividades. La índole de la actividad, o la forma cómo se la ejercite, pueden determinar que la jurisdicción respectiva le corresponda a la Nación o a las provincias.

La regla básica para deslindar tales jurisdicciones es la que surge del artículo 67 , inciso 12, de la Constitución Nacional, en cuyo mérito corresponde al *Congreso,* es decir a la Nación, "reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí".

Entre las diversas actividades que pueden ejercitarse utilizando el espacio aéreo, figuran la aeronavegación, la radiodifusión, la radiotelegrafía, etcétera. Si bien el citado texto constitucional no menciona específicamente dichas actividades, pues habla de *"comercio"*, en general, cabe advertir que tanto la aeronavegación, como la radiodifusión y la radiotelegrafía, constituyen también *"comercio"* o pueden constituirlo, quedando entonces incluidas virtualmente en el precepto constitucional.

Por aplicación de los principios que anteceden, ¿a quién le corresponde la jurisdicción para reglar lo atinente a la *aeronavegación:* a la Nación o a las provincias? Hay que distinguir: si se tratare de un servicio aéreo que comunique un punto de nuestro país con algún Estado

extranjero, o que sirva al tránsito interprovincial, va de suyo que la pertinente jurisdicción le corresponde a la Nación. En cambio, si se tratare de una línea aérea para el servicio exclusivamente interno dentro de una provincia, la jurisdicción respectiva es exclusivamente provincial. Es lo que resulta de los términos inequívocos del citado artículo 67 , inciso 12, de la Constitución Nacional. En este orden de ideas son de estricta aplicación las conclusiones sentadas en materia de jurisdicción sobre el mar y sobre los ríos interprovinciales navegables (1287) . El Código Aeronáutico de la Nación concuerda con lo que dejo expresado (1288) .

Las cosas cambian cuando se trata de *radiodifusión* o *radiotelegrafía*. Dado que las ondas, al no reconocer fronteras, no se detienen en los límites del territorio de provincia alguna, sino que se expanden por todo el ámbito de la República, resulta claro que la jurisdicción sobre tales actividades es exclusivamente nacional (1289) , pues en la especie trátase de *"comercio interprovincial"* (1290) .

TÍTULO TERCERO - **DOMINIO PÚBLICO AÉREO**

CAPÍTULO ÚNICO

SUMARIO: *1915*. Interés de su estudio. El derecho interplanetario. - *1916*. Noción conceptual. - *1917*. Espacio aéreo y aire. Diferencias. Aire *"res communis omnium"* y aire "bien dominical" o "público". - *1918*. Condición jurídica del espacio aéreo. Derecho externo y derecho interno. - *1919*. Límites del dominio *público* aéreo: en lo horizontal; en lo vertical. Computación del mismo. Derechos de los administrados y del Estado. La fuerza gravitatoria terrestre y el vacío espacial del universo. La *"frontera celeste"*. - *1920*. Dominio público aéreo y soberanía. - *1921*. Derechos del Estado sobre el espacio aéreo. Derecho externo e interno. - *1922*. Dominio sobre el espacio aéreo dominical en nuestro derecho. Nación y provincias. - *1923*. Jurisdicción sobre el espacio aéreo dominical en nuestro derecho. Nación y provincias.

1915. El interés en conocer el régimen jurídico del espacio aéreo es obvio. Lo ponen de relieve los derechos de los particulares al espacio que cubre sus inmuebles, como así también los problemas atinentes a la defensa del Estado, a la aeronavegación, a la radiotelegrafía y a la radiodifusión.

El estudio de esta materia corresponde al derecho privado y al derecho público. Dentro de este último, al derecho internacional público, al de la navegación aérea y al Derecho Administrativo.

Corresponde al derecho privado, civil, todo lo atinente a los derechos que puedan pertenecerle al superficiario sobre el espacio aéreo que cubre su inmueble. En especial, en este orden de ideas interesa establecer hasta dónde se extiende, en altura, el derecho del superficiario, pues recién a partir del límite máximo de esa altura comienza el espacio aéreo del Estado.

Al derecho internacional público le corresponde todo lo atinente a los diversos usos del espacio aéreo por los Estados, pues el uso que haga un Estado interfiere o puede interferir en otro Estado; la solución de esto da lugar a la celebración de tratados internacionales. Al

derecho de la navegación aérea le interesa, en particular, todo lo relacionado con el uso del espacio por la aeronavegación. Al Derecho Administrativo, dada la condición jurídica del espacio aéreo, le incumbe todo lo atinente al uso de dicho espacio en el interior del Estado, ya se trate de un uso realizado por el Estado mismo, o por los administrados, mediante permisos o concesiones.

En estos últimos años el interés por los estudios relacionados con el espacio aéreo se ha acrecentado. Ello se debe a las investigaciones y exploraciones espaciales o interplanetarias, es decir realizadas con referencia a otros planetas o satélites. Ello está dando lugar a la formación de un nuevo derecho: el interplanetario, del que uno de los principales problemas, directamente vinculado al espacio aéreo, es el de la determinación de su límite en altura, de lo cual me ocuparé más adelante (1264) .

1916. Para los fines que se contemplan en la presente obra, por *"espacio aéreo"* ha de entenderse el que se extiende en líneas perpendiculares sobre el territorio terrestre y acuático del Estado subyacente (1265) . Como se advertirá en el parágrafo que sigue, al establecer la diferencia entre "espacio aéreo" y "aire", el espacio aéreo es un *continente,* no un *contenido*.

1917. Como bien lo advierten Enneccerus, Kipp y Wolff, no debe confundirse el *"espacio aéreo"* con el *"aire"* contenido en aquél (1266) . Por eso resulta objetable la redacción del Código Civil de Panamá, que sin duda queriendo referirse al "espacio aéreo", incluye en el dominio público *"el aire"* (artículo 329, inciso 3º). Lo que debió incluirse en el dominio público es el "continente" -espacio aéreo- y no precisamente su "contenido", o sea el aire, ya que éste -como lo advertiré luego-, sigue, en general, la condición jurídica de aquél, todo ello sin perjuicio de constituir, para cierto orden de relaciones, una *"res communis omnium"*.

"No cabe confundir el aire con el espacio aéreo", dice Tapia Salinas. "El primero, elemento etéreo sin límites ni medidas, con una constante movilidad y fluidez, es totalmente inapropiable y pertenece a aquel género de cosas que los romanos denominaron *res communis omnium,* que todas las personas podrían libremente usar y poseer. El segundo, por el contrario, perfectamente definible, capaz de ser limitado, fijo y constante, es susceptible de apropiación, pudiendo por tanto ser sujeto de propiedad y soberanía" (1267) .

No obstante, sería un grave error creer que el aire, para todo tipo de relaciones, constituye una "res communis omnium". Igual error se cometería si se creyera que el *"agua"* pertenece a todos y que nadie puede apropiársela en forma exclusiva. Así como el "agua" pertenece a todos los hombres -"res communis"- al único y sólo efecto de que apaguen su propia sed, utilizándola como producto natural indispensable y fundamental para la vida (1268) , así también el aire pertenece a todos los hombres, en calidad de "res communis", al solo y único efecto de que éstos lo aspiren y satisfagan una necesidad vital impostergable. Para todos los demás efectos el aire no constituye una "res communis", sino un bien dominical o público, siguiendo así la condición jurídica del *espacio* que lo contiene. Por eso, con exclusión del aire *necesario para la vida humana* -"res communis omnium"-, todo el contenido del espacio aéreo sigue la condición jurídica de éste: dependencia del dominio público, siendo su uso regulable por el Estado tal como acaece con cualquier otro bien perteneciente al dominio público.

1918. ¿Cuál es la condición jurídica del espacio aéreo? Hay que distinguir según se trate del derecho interno o del derecho externo.

La mayoría de los escritores, al referirse a la condición legal del espacio aéreo, lo hacen desde el punto de vista del derecho internacional, siendo por ello que al respecto hablan de las teorías de la *"libertad"* y de la *"soberanía",* según que, respectivamente, el espacio aéreo quede o no exento del poder de los Estados subyacentes, o que la soberanía de dichos Estados quede o no restringida por el derecho de pasaje inocente a favor de los demás Estados (1269) . Las convenciones internacionales de París, de 1919, y de Chicago, de 1944, sin perjuicio del derecho de navegación o pasaje inocente sobre el territorio de cada Estado contratante, consagran el principio de la *soberanía* de los Estados subyacentes sobre su espacio aéreo. Nuestro país se adhirió a dichas convenciones, ratificándolas mediante sendas leyes (1270) .

Puede afirmarse, entonces, como lo expresa Claro Solar, que el principio de la soberanía de los Estados sobre el espacio aéreo de su territorio y mar territorial, se ha impuesto definitivamente. En los únicos lugares donde el espacio aéreo se mantiene *libre* es sobre el mar libre y sobre las tierras no sometidas a naciones organizadas (1271) .

Pero una cosa es la condición legal del espacio aéreo en el orden internacional y otra distinta en el orden interno: el hecho de que dicho espacio aéreo pertenezca a la soberanía del Estado subyacente, no aclara si está incluido en el dominio público o en el dominio privado de ese Estado. Lo primero es cuestión de derecho externo, lo segundo de derecho interno. Cuando los autores se refieren al derecho interno, se limitan a decir que el espacio aéreo es parte del dominio público, pero sin expresar por qué, es decir no dicen de dónde proviene el carácter dominical de dicho bien.

¿De dónde surge el carácter *dominical* del espacio aéreo? Ya quedó dicho (ver nº 1729) que ningún bien o cosa puede integrar el dominio público sin ley que en forma directa (ley expresa) o en forma indirecta (interpretación jurídica: analogía jurídica y principios generales del derecho) sirva de base a tal conclusión.

No existe texto *"expreso"* de ley que declare comprendido en el dominio público al espacio aéreo. Pero a tal conclusión se llega igualmente por el método de la *"interpretación jurídica"*, que permite asignarle la misma condición legal de un instituto análogo: el mar territorial. Trátase de una *"integración"* de normas. Las razones que justifican la existencia del mar territorial y el carácter público del mismo, son de estricta aplicación al espacio aéreo que cubre el territorio del Estado (1272) . Pero en el supuesto de este espacio aéreo, aparte de las razones existentes para el mar territorial -que limita "lateralmente" el territorio-, existe una de mayor peso aún: que el espacio aéreo, al limitar *verticalmente* el territorio del Estado, está *"sobre"* dicho territorio, posición o situación material que aumenta considerablemente los peligros de vuelos realizados sin consentimiento o control del Estado subyacente. Adviértase, además, que el ataque al territorio del Estado desde el mar territorial, requiere que el objeto destructor sea *"impulsado"* mediante la fuerza pertinente (trayectoria oblicua) en cambio, el ataque al territorio del Estado subyacente desde el espacio aéreo, no requiere que el objeto destructor sea *"impulsado",* sino simplemente que *se le deje caer* sobre dicho territorio (trayectoria vertical), siendo de

recordar que la fuerza de caída de tal objeto será proporcional a su peso y a la altura desde la cual se le haya dejado caer.

Claro está que el expresado fundamento jurídico del carácter *"público"* del espacio aéreo, rige tanto para los Estados con litoral marítimo como para los Estados *mediterráneos*. La diferencia consistiría en que, para los primeros, el argumento del mar territorial vale como "ley análoga" (analogía jurídica interna), en tanto que para los segundos vale como "principio general de derecho" (del *derecho de gentes,* en la especie), tanto más cuanto en la actualidad, en el orden externo, tiene general aceptación la tesis que reconoce la *"soberanía"* del Estado subyacente sobre su espacio aéreo.

La generalidad de los autores reconoce el carácter *dominical* o *público* del espacio aéreo del Estado (1273) . Del mismo modo, algunas legislaciones así lo declaran expresamente (1274) . Dice Lancis que el espacio aéreo es la propiedad que más recientemente ha sido considerada como dependencia del dominio público (1275) .

1919. Es necesario conocer los límites del espacio aéreo estatal, los cuales -por la modalidad de esa dependencia del dominio público- deben señalarse respecto de tres direcciones: a) en primer término, *desde* dónde comienza a computarse el espacio aéreo del Estado; b) en segundo término, cuál es el límite en lo horizontal; c) en tercer término, cuál es ese límite en lo vertical, o sea *hasta* dónde se extiende en lo alto el espacio aéreo del Estado subyacente.

a) ¿Desde dónde *comienza* a computarse el espacio aéreo estatal?

De acuerdo con el artículo 2518 de nuestro Código Civil, la propiedad de los particulares sobre el suelo se extiende al espacio aéreo sobre dicho suelo en líneas perpendiculares. A pesar de los términos amplios de ese texto legal, que no fija la altura a que llega la propiedad del superficiario sobre el espacio aéreo que cubre su inmueble, la doctrina interpretó ese texto, y disposiciones similares al mismo, en el sentido de que el dominio del superficiario sobre el espacio aéreo no se extiende más allá de lo requerido por las necesidades prácticas que se tratare de satisfacer. El límite de ese derecho del superficiario está dado, pues, por su *"interés práctico"*. Más allá de esa altura, el derecho al espacio aéreo pierde su razón de ser, pierde su contenido ético, y -como dijo un autor- sólo tendría como resultado poner las armas de la ley en manos de la chicana, fomentar el espíritu curialesco y colocar los vecinos en pie de guerra. Así se expresó Ihering (1276) , cuya sensata opinión fue seguida por la doctrina y jurisprudencia actuales (1277) , como así por los códigos civiles y leyes de técnica más depurada (1278) .

De manera que el espacio aéreo pertenece en propiedad a los propietarios particulares del suelo, hasta donde llega el "interés útil" de éstos. Con relación a los particulares, a partir de ese límite -cuya extensión es *circunstancial* o *contingente*-, el espacio aéreo pertenece al Estado.

Asimismo, el espacio aéreo pertenece al Estado, desde la superficie misma de los inmuebles -formados por tierras o por aguas- que integren su dominio privado o público.

En consecuencia, el espacio aéreo del Estado *comienza* a computarse *desde* donde cesa el "interés útil" de los administrados, propietarios de los respectivos inmuebles, o desde la superficie misma de los inmuebles que le pertenezcan.

b) ¿Cuál es el límite del espacio aéreo del Estado, desde el punto de vista horizontal?

En este orden de ideas, los límites del espacio aéreo coinciden con los límites del Estado, incluyendo en éstos al mar *"territorial",* si es que se trata de un Estado con litoral marítimo.

El espacio aéreo que cubre el mar *"jurisdiccional"* no pertenece al *dominio* del Estado ribereño, el que sólo ejerce a su respecto una "jurisdicción" limitada, circunscripta a los mismo objetivos que determinan la jurisdicción sobre el expresado mar *jurisdiccional*. Va de suyo, entonces, que sobre el espacio aéreo que cubre el mar jurisdiccional, el Estado ribereño carece en absoluto de *"soberanía":* no puede haber soberanía sobre el espacio aéreo que cubre una cosa donde tal soberanía no existe.

c) ¿Cuál es el límite del espacio aéreo del Estado, desde el punto de vista vertical, o sea en altura?

Al respecto, la opinión más generalmente aceptada, que comparto en un todo, extiende el espacio aéreo del Estado subyacente hasta donde cesan los efectos de la fuerza gravitatoria de la Tierra *(frontera celeste)*. Dicho criterio se basa en un dato físico -perpetuo y fijo- correspondiente a la Tierra misma, es decir a nuestro propio planeta. Tal es también la opinión de Pasini Costadoat (1279) y de Ambrosini (1280) . En sentido concordante: Haroldo Valladao (1281) . Sobre esta cuestión véanse las interesantes referencias de Cocca (1282) . No tiene importancia que la *"frontera celeste"* no sea *fija:* basta con que constituya una *zona;* en esas inmensas extensiones carece de trascendencia una relativa cantidad mayor o menor de kilómetros. Pero de ningún modo puede aceptarse que el límite del espacio aéreo del Estado se extienda, en lo vertical, hasta el *infinito*.

Más allá de lo que, físicamente, le corresponda a la Tierra, carecen de vigencia los conceptos jurídicos del hombre, pues, pasando de ese límite, cesa el ámbito correspondiente a la Tierra y se penetra en otro mundo ajeno al nuestro: el vacío espacial del universo (espacio sideral o cósmico), donde -en tanto no se aclare fehacientemente si en esos otros mundos, constituidos por otros planetas y satélites, existen o no seres racionales- el hombre del planeta Tierra carece de imperio para imponer sus normas (1283) . Nuestros conceptos jurídicos sólo han de regir *dentro* de nuestro mundo, es decir dentro del ámbito físico correspondiente a la Tierra, la cual, si bien es cierto que constituye el centro del universo jurídico, ello será así para los hombres que habitan en ella. Los seres racionales que habitaren *fuera del ámbito terrestre,* hállanse exentos de la jurisdicción moral o intelectual del hombre de nuestro planeta.

1920. Al referirse al espacio aéreo del Estado, los autores suelen confundir los conceptos de "soberanía" y de "dominio público". Tanto es así que algunos autores, al referirse a la condición legal de dicho espacio, se limitan a decir que sobre él el Estado ejerce "soberanía"; mientras que otros autores, al referirse a la condición legal del espacio aéreo, expresan que se trata de una dependencia del *dominio público*.

"Dominio público" y *"soberanía"* son conceptos distintos. La soberanía es una *potestas* que se ejerce sobre todo los bienes que integran el Estado o pertenezcan a éste, ya se trate del dominio público o privado del mismo, o de la propiedad de los particulares o administrados. En cambio, el dominio público es un *conjunto de bienes* sometido a un *régimen jurídico especial,* distinto del que rige los bienes del dominio privado.

De manera que constituye un error referirse a la *"soberanía"* cuando lo que se quiere es establecer la *condición legal* del espacio aéreo. Véase lo expuesto en el nº 1695, letra c. La soberanía no traduce la "condición legal" de una cosa, sino una "potestas" sobre dicha cosa.

1921. ¿Cuáles son los derechos del Estado sobre su dominio público aéreo?

Esos derechos son de dos órdenes:

a) Los que derivan de la calidad *dominical* del espacio aéreo. En este sentido, los derechos del Estado son los que, en general, le corresponden sobre las dependencias del dominio público. Entre tales derechos figura el de reglar el *uso* del espacio aéreo. Estas potestades se vinculan al derecho interno del Estado.

b) Los que derivan de la soberanía. En este sentido el Estado puede estatuir acerca del uso del espacio aéreo por personas de otras nacionalidades, domiciliadas fuera del país, o por Estados extranjeros. Estas potestades se vinculan al derecho externo o internacional, y generalmente encuentran expresión en convenciones o tratados.

1922. Dada la organización política y jurídica de nuestro país, no es posible terminar esta exposición sobre el espacio aéreo sin hacer referencia al *dominio* y a la *jurisdicción* sobre el mismo.

¿A quién le corresponde el *"dominio"* sobre el espacio aéreo? ¿A la Nación o a las provincias? (1284) .

El espacio aéreo del Estado no es sólo el que cubre *sus* bienes, públicos o privados, sino también el que cubre los bienes de los administrados o particulares, computado *desde* donde cesa el "interés útil" de los administrados (véase el nº 1919, letra a). El *dominio* del espacio aéreo dominical, ¿a quién le corresponde? ¿a la Nación o a las provincias?

En otra publicación me ocupé extensamente de lo relacionado con la titularidad, nacional o provincial, de los bienes del dominio público en nuestro derecho. En esa oportunidad me referí, en particular, al dominio público fluvial (1285) , pero sus conclusiones son enteramente aplicables al dominio público aéreo. Sintetizando las conclusiones a que llegué en aquella oportunidad, puede afirmarse que si las provincias preexistieron a la Nación; si la Constitución no es otra cosa que una delegación de poderes realizada por las provincias a la Nación, y si, como lo dispone la propia Constitución Nacional en su artículo 104 , las provincias conservan todo el poder no delegado al Gobierno Federal, resulta claro que el dominio sobre el espacio aéreo les pertenece a las provincias y no a la Nación, puesto que tal derecho no aparece delegado en parte alguna de aquel estatuto.

Sólo pertenece al *dominio* de la *Nación,* el espacio aéreo que cubre el Territorio de Tierra del Fuego, la Antártida e Islas del Atlántico Sur, ya que se trata de tierras situadas fuera de

los límites de las provincias, y que se encuentran bajo el dominio de la Nación. Pero si alguno de estos lugares fuere más adelante erigido en provincia, o incorporado a alguna provincia, el respectivo espacio aéreo será de la correspondiente provincia, pues según un principio fundamental de Derecho Constitucional, los nuevos Estados gozan y poseen todos los derechos de dominio y soberanía que pertenecen a los Estados originarios (1286) .

1923. Establecido a quién le pertenece el *dominio* del espacio aéreo *dominical* en nuestro derecho, corresponde establecer ahora quién tiene *jurisdicción* sobre dicho espacio aéreo, es decir si tal jurisdicción le corresponde a la Nación o a las provincias.

El espacio aéreo constituye una dependencia del dominio público, susceptible de servir para diversos usos o actividades. La índole de la actividad, o la forma cómo se la ejercite, pueden determinar que la jurisdicción respectiva le corresponda a la Nación o a las provincias.

La regla básica para deslindar tales jurisdicciones es la que surge del artículo 67 , inciso 12, de la Constitución Nacional, en cuyo mérito corresponde al *Congreso,* es decir a la Nación, "reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí".

Entre las diversas actividades que pueden ejercitarse utilizando el espacio aéreo, figuran la aeronavegación, la radiodifusión, la radiotelegrafía, etcétera. Si bien el citado texto constitucional no menciona específicamente dichas actividades, pues habla de *"comercio"*, en general, cabe advertir que tanto la aeronavegación, como la radiodifusión y la radiotelegrafía, constituyen también *"comercio"* o pueden constituirlo, quedando entonces incluidas virtualmente en el precepto constitucional.

Por aplicación de los principios que anteceden, ¿a quién le corresponde la jurisdicción para reglar lo atinente a la *aeronavegación:* a la Nación o a las provincias? Hay que distinguir: si se tratare de un servicio aéreo que comunique un punto de nuestro país con algún Estado extranjero, o que sirva al tránsito interprovincial, va de suyo que la pertinente jurisdicción le corresponde a la Nación. En cambio, si se tratare de una línea aérea para el servicio exclusivamente interno dentro de una provincia, la jurisdicción respectiva es exclusivamente provincial. Es lo que resulta de los términos inequívocos del citado artículo 67 , inciso 12, de la Constitución Nacional. En este orden de ideas son de estricta aplicación las conclusiones sentadas en materia de jurisdicción sobre el mar y sobre los ríos interprovinciales navegables (1287) . El Código Aeronáutico de la Nación concuerda con lo que dejo expresado (1288) .

Las cosas cambian cuando se trata de *radiodifusión* o *radiotelegrafía*. Dado que las ondas, al no reconocer fronteras, no se detienen en los límites del territorio de provincia alguna, sino que se expanden por todo el ámbito de la República, resulta claro que la jurisdicción sobre tales actividades es exclusivamente nacional (1289) , pues en la especie trátase de *"comercio interprovincial"* (1290) .

TÍTULO CUARTO - **DOMINIO PÚBLICO DE LAS AGUAS E INSTITUCIONES VINCULADAS A ELLAS (Mar, cursos de agua, lagos, aguas subterráneas, manantiales, aluvión, cauce abandonado, islas, puertos, etcétera)**

SUMARIO: *1924*. Remisión.

1924. Todo lo atinente al régimen jurídico de las aguas -de todas las especies-, como así lo relacionado con las instituciones vinculadas a ellas, ya fue estudiado por mí en otra publicación: *"Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas"*. Me remito a lo expuesto en dicha obra (1291) .

(1) Planiol, tomo 1º, página 1006, nº 3060. Ver Digesto, libro 43, título 8º, ley 2, párrafos 3 y 4, y ley 3. Si bien la diferenciación entre los dos tipos de dominio fue *concebida* por los jurisconsultos romanos, es de advertir, como lo hace notar Raymond Saleilles, que en ese viejo derecho la distinción entre "dominio público" y "dominio privado" no tuvo el carácter de "creación científica", sino el de mera "comprobación de hecho"; no respondía a un criterio técnico (páginas 3 y 4).

(2) Los trabajos citados en el índice bibliográfico del presente volumen corroboran lo dicho en el texto. La obra clásica más conocida y divulgada en esta materia es la de J. B. Víctor Proudhon: "Traité du domaine public ou de la distinction des biens", cuya primera edición apareció en 1833-1834. Este libro tuvo el privilegio de ejercer una gran influencia en el mundo jurídico. Pero con mucha anterioridad a su publicación, en Francia había aparecido otro trabajo sobre este tema: el libro de Lefèvre de la Planche: "Memoire sur les matières domaniales ou Traité du Domaine", publicado en Paris en 1764-1765. Ver la referencia hecha por Barckhausen, página 408, texto y nota. Además, en concordancia con lo expresado en el texto, puede verse: Duguit: "Traité de droit constitutionnel", tomo 3º, página 348. En cuanto a la obra de Lefèvre de la Planche, y a los antecedentes del mismo, puede verse a Pelloux, páginas 41 y siguientes.

(3) Cammeo, página 857.

(4) Proudhon, tomo 1º, páginas 243 y 244; Foucart, tomo 2º, nº 793; Batbie, tomo 5º, nº 332; Duguit, tomo 3º, páginas 346 a 351; Guicciardi: "Il Demanio", página 2; Bonnard: "Précis de Droit Public", páginas 200-201; Waline, página 428; Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", páginas 720 y 721. No obstante, como lo advertiré más adelante (nº 1848 y siguientes), cumplido cierto requisito, es posible adquirir por prescripción el derecho de *"uso"* especial sobre dependencias del dominio público.

(5) Pelloux, página 131. Desde luego, esa vieja distinción entre Estado "poder público" y Estado "persona jurídica" hoy está abandonada. Véase el tomo 1º, nº 107.

(6) En sentido concordante: Laubadère: "Droit Administratif Spécial", página 91.

(7) Mayer, tomo 3º, páginas 88 y 183. Refiriéndose al dominio público, un escritor argentino que escribió en 1884, dijo: "Éste debió coexistir desde su principio con la propiedad privada, como condición indispensable de la vida económica de la colectividad" (Nicanor de Elía: "Dominio Público Nacional", página 16, Buenos Aires, 1884).

(8) Mayer, tomo 3º, página 89.

(9) Mayer, tomo 3º, página 89.

(10) Mayer, tomo 3º, página 90. La controversia a que hago referencia en el texto, concretamente se refiere a la *determinación del sujeto del derecho sobre el dominio público*. Dicha polémica aún está en pie. De ella me ocuparé en la presente obra, al referirme al elemento subjetivo del dominio público.

(11) Acerca de la "costumbre" como fuente primaria del derecho en las sociedades primitivas, véase a Giuseppe Ferrari: "Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico

consuetudinario", páginas 14-16.

(12) Saleilles, páginas 3, 4 y 6.

(13) Puede verse: Ortolán, tomo 1º, páginas 288-291; Van Wetter, tomo 1º, páginas 198-199. Para la consulta de los textos legales, véase a Ildefonso L. García del Corral: "Cuerpo del Derecho Civil Romano a doble texto, traducido al castellano del latino publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbr□ggen", 6 tomos, Barcelona, 1889-1898.

(14) Ver Pelloux, páginas 6 a 10; Guicciardi: "Il Demanio", página 2, nota 1. El vocabulario vicioso no sólo fue empleado en textos legales y en decisiones judiciales, sino también por los autores que se ocuparon del tema (Pelloux, página 6; Guicciardi, obra y lugar citados).

(15) Lafaille: "Apuntes de Derecho Civil". Primer Curso, tomo 2º, página 75.

(16) Oda, página 323.

(17) Guimaraes Menegale, tomo 2º, página 8.

(18) Gilardoni, tomo 1º, números 161 y siguientes y 177. Además, véase: Santi Romano, página 164.

(19) Tiepolo, páginas 11 y 61; Raneletti: "Concetto, natura e limiti del demanio pubblico", en "Giurisprudenza Italiana", Torino, 1898, página 137; Mazza: "Dei diritti sulle acque", página 66; Marracino e Conte, páginas 60-63; Manes, páginas 91-44 y 58; Filippi, página 15; Presutti, tomo 1º, páginas 218-219; Guicciardi: "Il Demanio", páginas 85-86; Lentini, tomo 1º, página 130. Algunos autores incluyen a Ranelletti entre los que sostienen la distinción entre "demanialit…" y "pubblicit…"; sin embargo, Ranelletti ha sostenido la equivalencia entre ambos términos, ya que en el trabajo y lugar citados precedentemente dice así: "Si pues la ley contrapone la palabra público y patrimonial, *pubblico* no puede significar otra cosa que *demaniale*".

(20) Marracino e Conte, página 63; Manes, páginas 41 y 44.

(21) Marienhoff: "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 31.

(22) Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 93-95. Caetano también da como equivalentes las expresiones "cosas públicas" y "bienes del dominio público", nº 97. Algo similar sostiene Zanobini, para quien el régimen jurídico publicístico que caracteriza al dominio público ("demanio"), justifica la denominación de "res pubblicae" para designar los bienes que lo constituyen (tomo 4º, página 6).

(23) Ver Pardessus, séptima edición, páginas 47-48, Paris, 1829.

(24) Proudhon, tomo 1º, páginas 243-244.

(25) Código Civil, artículos 2339 , 2340 y 2342 .

(26) Distinguidos escritores están de acuerdo en ello. Manuel Ballbé, profesor español de Derecho Administrativo, dice así: "Escasos entre nosotros los estudios dedicados al *dominio público* o, por antonomasia, *dominialidad*..." (página 8); luego, siempre refiriéndose al dominio público, se expresa así: "para que los bienes puedan ostentar la condición de *dominiales*...", (página 9). Marcello Caetano, profesor portugués de la misma materia, manifiesta: "Las leyes y la doctrina emplean en general el término `dominialidad´ para significar `publicidad´" (página 192).

(27) Para Zanobini, "cuando se usa la expresión *`demanio´* sin otro calificativo, se entiende el dominio público" (tomo 4º, página 4, nº 2). Guicciardi sostiene la plena equivalencia entre las expresiones "bene demaniale" y "bene oggetto di propriet… pubblica" ("Il Demanio", página 11).

(28) "Jurisprudencia Argentina", tomo 12, página 447; tomo 34, página 633. Sobre *"dominio privado"* del Estado, puede verse a Henri Dementhon: "Traité du domaine de l´État", página 145 y siguientes, Paris, 1964. Además, véase más adelante, número 1816, texto y notas 116 y 117.

(29) Marienhoff: "Estudio crítico y de legislación comparada del anteproyecto del doctor Bibiloni en materia de derecho de aguas", página 31; Marienhoff: "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 34; Marienhoff: "Dominio Público. Protección jurídica del usuario", páginas 129-131, nota 149.

(30) Duguit: "Traité de Droit Constitutionnel", tomo 3º, página 350. Además, ver página 356.

(31) Defínese el servicio público como "toda actividad directa o indirecta de la Administración Pública, cuyo objeto es la satisfacción de las necesidades colectivas por un procedimiento de derecho público" (Villegas Basavilbaso, tomo 3º, página 49). Además, véase el tomo 2º de la presente obra, nº 306.

(32) Conviene recordar las siguientes palabras de Presutti, que aunque escritas con relación al derecho italiano, en lo pertinente son de estricta aplicación entre nosotros: "cuando para que el ciudadano utilice el bien *uti singulus,* sea necesario que la Administración ejercite una actividad diversa de la meramente encaminada a conservar o mejorar el bien o a regular el uso, el particular no usa *inmediatamente,* sino *mediatamente* el bien, usufructuando en cambio un servicio público. ...Viceversa, cuando para tornar posible el uso del particular, no sea menester una actividad administrativa diversa de la encaminada a conservar y mejorar el bien y a regular el uso, el particular ejercita un uso *inmediato* sobre el bien y éste es dominical" (tomo 1º, página 238). Pero adviértase que hay dependencias del dominio público que son usadas por los particulares, en forma directa e inmediata, *sin que la Administración Pública jamás haya realizado actividad de especie alguna a su respecto;* el ejemplo del río a que me he referido en el texto es bien elocuente.

(33) Jèze: "Les principes généraux du droit administratif", tomo 2º, página 12.

(34) Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 495. En sentido estricto, no sería obra pública la que realiza el Estado, o más propiamente la Administración, en bienes de su

patrimonio privado, o sea como persona jurídica de derecho civil (autor citado, página 494); sin embargo, a esta clase de obras, considerándolas desde el punto de vista fiscal o financiero, las leyes suelen calificarlas como *"obras públicas"*. Aun así, es obvio que no pertenecerán al dominio público del Estado, sino al dominio privado del mismo, y estarían destinadas al "servicio administrativo". Claro que el Estado también puede construir una verdadera *"obra pública"* en un inmueble de su patrimonio privado: en tal caso se operaría un cambio en el destino de ese inmueble "privado", con el consiguiente cambio de régimen jurídico, revistiendo la "obra pública" construida el carácter de bien dominical.

(35) Cianflone: "L´appalto di opere pubbliche", página 3.

(36) Lo dicho en el texto es trascendente, pues entre nosotros no ha faltado quien, como base de una argumentación, pretendiera asimilar un río interprovincial no navegable "a cualquier obra pública" (Quirós y Emiliani: "Derecho Administrativo", en base a las conferencias del doctor Adolfo F. Orma, tomo 2º, página 79), afirmación que reputé absurda (Marienhoff: "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", página 413). Para la noción de *"obra pública"*, véase el tomo 3º B. de la presente obra, nº 1106.

(37) Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 11-14; Brandao Cavalcanti, tomo 5º, páginas 15-16; Sánchez Viamonte: "Manual de Derecho Constitucional", páginas 169-170. Además, véase: Nicanor de Elía: "Dominio Público Nacional", páginas 16-17.

(38) Sobre *"instrumento público",* en su vinculación con el derecho administrativo, puede verse: Cassagne, Juan Carlos: "El acto administrativo", páginas 358 y siguientes, y, del mismo autor. "Sobre la condición de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas y su valor probatorio en la doctrina y jurisprudencia argentinas", en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Montevideo, 1975, páginas 185 y siguientes.

(39) Ver los números 1692 y 1697 de la presente obra.

(40) Barckhausen: "Étude sur la théorie générale du domaine public", en "Revue du droit public et de la science politique en France et … l´étranger", Paris, 1902, página 404.

(41) Barckhausen: páginas 407-408.

(42) Jèze: "Caractères auxquels on reconnait le domaine public et nature du domaine public", en "Revue du droit public, etc.", Paris, 1923, página 567; Jèze: "Définition du domaine public", en "Revue du droit public, etc.", Paris, 1931, página 763; Colin et Capitant, tomo 1º, página 726; Waline, página 428.

(43) Jèze: "Definition du domaine public", en "Revue du droit public etc.", Paris, 1931, páginas 763 y 764: Colin et Capitant, tomo 1º, página 728.

(44) Jèze: "Definition du domaine public", en "Revue du droit public, etc.", Paris, 1931, páginas 763.

(45) Es interesante el artículo 380 del Código Civil de Portugal, que dice así: "Son públicas las cosas naturales o artificiales, apropiadas o producidas por el Estado y corporaciones

públicas y mantenidas bajo su administración, de las cuales es lícito utilizar a todos individual o colectivamente, con las restricciones impuestas por la ley o por los reglamentos administrativos".

(46) Más adelante, al referirme a los elementos que integran la noción conceptual de dominio público, trataré "in extenso" esta cuestión.

(47) Ranelletti: "Concetto, natura e limiti del demanio pubblico", en "Giurisprudenza Italiana", Torino, 1898, página 160.

(48) Raymond Saleilles: "Le domaine public … Rome", páginas 5-6.

(49) Saleilles, página 6.

(50) Saleilles, páginas 6-7.

(51) Proudhon, tomo 1º, páginas 240-241.

(52) Presutti, tomo 1º, páginas 220 y 222-223; Vitta, tomo 1º, páginas 211-214; Bielsa, tomo 2º, páginas 385-386; Guillermo A. Borda: "Tratado de Derecho Civil Argentino", Parte General, tomo 2º, página 52.

(53) Aubry et Rau, tomo 2º, página 33, párrafo 169; Ranelletti "Concetto, natura e limiti del demanio pubblico", en "Giurisprudenza Italiana", Torino, 1897, página 329; Duguit: "Traité de Droit Constitutionnel", tomo 3º, páginas 352-353; Jèze: "Definition du domaine public", página 766; Hauriou, página 781; Bonnard: "Précis", página 200; Ballbé, páginas 38 y 41-53; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 95-98; Fraga, página 650; D´Alessio, tomo 2º, páginas 52-53; Spota: "Tratado de Derecho de Aguas", tomo 2º, páginas 2 y 3 y "Tratado de Derecho Civil", El Objeto del Derecho, páginas 529-530 y 625.

(54) Duguit, obra citada, tomo 3º, páginas 352-353; Jèze: "Definition, etc.", página 766; Rolland, páginas 449-450; Trotabas, páginas 134-135; Santi Romano, páginas 170-171; García Oviedo, tomo 1º, páginas 126-127; Bonnard, página 200; Laubadère, números 1412-1416; Fragola, página 201.

(55) Héctor Masnatta: "Expropiación de bienes públicos provinciales y municipales", página 4.

(56) Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 95-97; Spota: "Tratado de Derecho de Aguas", tomo 2º, páginas 2 y 3 y "Tratado de Derecho Civil", El Objeto del Derecho, páginas 455-56 y 625.

(57) Caetano, página 178.

(58) Hauriou, páginas 781 y 804.

(59) Ballbé, páginas 53 y 55.

(60) D´Alessio, tomo 2º, página 52.

(61) Oda, páginas 323 y 325.

(62) Jèze: "Définition, etc.", página 766; Guicciardi: "Il Demanio", páginas 70-75; Manuel María Diez: "Dominio Público", página 259.

(63) Presutti, tomo 1º, página 220.

(64) Ducrocq, tomo 4º, números 1433, 1434 y 1605; Berthélemy, páginas 478 y 484; Gascón y Marín, tomo 1º, páginas 376-377; Bullrich: "Principios Generales de Derecho Administrativo", páginas 193-195; Fraga, número 288; Forsthoff, páginas 487 y 492. Asimismo, ver Rolland, página 450 y Trotabas, página 137. Hay autores que en este orden de ideas se contradicen; así, Caetano, después de haber sostenido que el carácter público de las cosas resulta exclusivamente de la ley (páginas 178, 183 y 185), manifiesta que reconoce que efectivamente existen bienes cuya dominialidad resulta de la propia naturaleza (página 576).

(65) El hecho de que una cosa no *"deba"* ser de propiedad privada, es distinto de que no *"pueda"* serlo, pues no hay cosa o bien alguno insusceptible de ser propiedad privada.

(66) Proudhon, tomo 1º, página 241; Santi Romano, página 165; Manes, páginas 4-6, 41-43; Oda, página 324; Waline, página 431; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 305; Laubadère, página 723. En igual sentido, ver mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 32.

(67) Para el análisis de algunos de esos criterios ofrecidos por la doctrina, puede verse: Hauriou, páginas 802-810; Zanobini, tomo 4º, páginas 13-16; Jansse, páginas 99-111; Waline, páginas 431-433; Ballbé, páginas 29-53; Caetano, páginas 178-187; Laubadère, páginas 722-730.

(68) Juzgo equivocada la opinión de Yorudzu Oda, quien, para considerar dominial una cosa, sólo atiende al *"fin público"* (elemento teleológico) a que la misma está destinada, olvidando por completo el elemento primario: el subjetivo, como también los demás elementos. Por esa vía llega a considerar *"públicas"* algunas cosas pertenecientes a "particulares" o administrados, lo que es inadmisible. Este autor sostiene el siguiente contrasentido: como la afectación a un *"fin público"* -dice- es el *único* signo a considerar para que una cosa sea tenida por dominical, puede ocurrir que una propiedad privada constituya una cosa pública. Pone como ejemplo el caso en que el Estado instale una oficina de correos en un edificio que le haya sido dado en arrendamiento por su propietario, o exponga en un museo nacional objetos de arte consignados por un particular. Ese edificio y esos objetos de arte -añade- deben ser considerados como bienes del dominio público, aunque su propiedad pertenezca a un simple particular (Oda, página 327). Tal conclusión es inconcebible: no puede haber bienes dominicales pertenecientes a un particular. Lo único que ocurre en semejantes casos es que, mientras las cosas -el "edificio" y los "objetos de arte", en la especie- permanezcan afectadas a esos fines de utilidad pública o a esos servicios públicos, estarán sujetas a un régimen jurídico diferencial, que en el caso del edificio impedirá el desalojo de la oficina de correos y en el caso de los objetos de arte que éstos sean vendidos por acreedores del propietario y entregados a quienes resulten compradores. Pero sin perjuicio de ese régimen diferencial, dichos bienes constituyen una

"propiedad privada" de sus respectivos dueños, que son personas particulares. El error en que incurrió Oda obedece a que, para considerar como dominial una cosa, sólo consideró *uno* de los cuatro elementos integrantes de la noción de dominio público, desdeñando los demás elementos.

(69) Manuel Ballbé: "Concepto del Dominio Público", Casa Editorial Bosch, Barcelona. Dicho trabajo fue publicado, además, en la Revista Jurídica de Cataluña, nº 5, noviembre-diciembre de 1945.

(70) Ranelletti: "Concetto, natura e limiti del demanio pubblico", en "Giurisprudenza Italiana", Torino, 1897, página 374; Guicciardi: "Il Demanio", página 28, nota 3; Ballbé, página 9; Laubadère, página 738, nº 1428; García de Enterría, página 48; Garrido Falla, tomo 2º, pág. 478. Además, véase lo que expongo en la precedente nota 30.

(71) García de Enterría, páginas 48-49.

(72) Federico Cammeo: en "Il Digesto Italiano", tomo 9º, página 897, Torino, 1887-1898.

(73) Ballbé, página 9.

(74) Marienhoff: "Dominio Público. Protección jurídica del usuario", página 130, nota.

(75) Marienhoff, "Dominio Público. Protección jurídica del usuario", páginas 129-130, nota.

(76) Mayer, tomo 3º, página 92; Barckhausen, páginas 439 y 440; Hauriou: "Précis de Droit Administratif et de Droit Public", páginas 779-780, texto y notas, página 782, nota 7 y páginas 789-790, nota 12 y "La Jurisprudence Administrative", tomo 3º, páginas 202-206; Baudry Lacantinerie et Chauveau: "Des Biens", página 139, nº 183; Santi Romano, páginas 163, 173-177; Manes, página 114 y siguientes; D´Alessio, tomo 2º, nº 374; Guicciardi: "Il Demanio", páginas 28-37 y 70; Lentini, tomo 1º, página 135; Diez: "Dominio Público", página 257; Bullrich: "Principios Generales de Derecho Administrativo", páginas 201 y 203; Zanobini, tomo 4º, página 284; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 105-106; Laubadère, página 738, nº 1428; Spota: "Tratado de Derecho Civil", El Objeto del Derecho, páginas 456 y 625; Caetano, páginas 190-191; Argentino G. Barraquero: "Cuestiones Jurídicas", año 1944, páginas 132-133; Garrido Falla, tomo 2º, páginas 463, 469, 478 y 514. Además, véase: Código Civil de Italia, artículo 822.

(77) Cammeo: "Demanio", en "Il Digesto Italiano", tomo 9º, Torino, 1887-1898, página 900; De Valles, obra citada, página 284, nº 345; Spota, obra citada, páginas 468-478; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 177. Otros autores, como Waline (página 434) y Salvat ("Parte General", nº 1479, y "Derechos Reales", tomo 1º, nº 194), si bien afirman que el Estado tiene sobre el dominio público un *derecho de propiedad,* no especifican si ésta es la común de derecho privado o una propiedad de derecho público.

(78) Mayer, tomo 3º, páginas 153-154; Hauriou: "Précis, etc.", página 781 y siguientes; Santi Romano, páginas 174-177; Manes, páginas 148-149; Presutti, tomo 1º, páginas 224-225; Gascón y Marín, tomo 1º, páginas 374-375; Lafaille: "Apuntes de Derecho Civil", Parte General, tomo 2º, páginas 74-75; Guicciardi: "Il Demanio", páginas 10-12; Bonnard,

páginas 205-206; Diez: "Dominio Público", página 306; Alessi: "Diritto", páginas 380-381; Caetano, páginas 190-191; Zanobini, tomo 1º, página 153 y tomo 4º, páginas 9-11; Lentini, tomo 1º, página 135; Bullrich: "Principios, etc.", páginas 196-198; Vitta, tomo 1º, páginas 215-217; Laubadère: "Traité élémentaire, etc.", páginas 734-735 y 737; Rolland, páginas 452-453.

(79) Berthélemy, páginas 483-484.

(80) Entre esos contados autores puede citarse a Santi Romano, D´Alessio, Bullrich y Villegas Basavilbaso (obras y lugares mencionados en la nota 38).

(81) Es lo que ocurre con Jèze, quien si bien en uno de sus trabajos tiene al *Estado* ("lato sensu") como sujeto del dominio público ("Définition du domaine public", en "Revue du droit public et de la science politique en France et … l´étranger", página 766, Paris, 1931), anteriormente sostuvo una tesis distinta, pues se expresó así: "Las dependencias del dominio público hacen parte de los patrimonios administrativos; no son pues ni *`res communes´,* como el aire, la luz, etc., ni *`res nullius´*. Algunos dicen que ellas tienen un propietario, a saber: el Estado, el departamento, la comuna, etc. A mi criterio, ésa es una criticable manera de hablar. Propiedad de una cosa significa afectación de una cosa a la utilidad *exclusiva* de un individuo. Decir que el Estado es el propietario de los caminos nacionales, significa decir que los caminos están afectados a la utilidad exclusiva del Estado. Pero ¿qué es lo que esto puede significar prácticamente? Es más conforme a los hechos decir: las cosas públicas no pertenecen a individuo alguno; ellas están puestas fuera de la apropiación exclusiva de los individuos: ciertos agentes públicos están encargados de velar por su conservación, de mantener su afectación pública, de su reparación, etc.; en ese sentido ellos deben realizar los actos jurídicos necesarios. Eso, a la vez que muy claro, me parece absolutamente conforme a los hechos y muy jurídico" (Jèze: "Du `droit´ des individus de se servir des dépendances du domaine public conformément … leur destination", en "Revue du droit public, etc.", páginas 697-698, Paris, 1910).
Cammeo, después de expresar que "el dominio público es una *propiedad colectiva* tenida y *administrada* por el Estado", termina diciendo que los entes públicos (Estado, comunas, etc.) tienen sobre las cosas dominicales, además del poder de policía, un verdadero derecho de propiedad, según el derecho privado ("Demanio", en "Il Digesto Italiano", tomo 9º, Torino, 1887-1898, páginas 843 y 900).
Tampoco resulta claro Ranelletti, cuya confusa exposición puede condensarse en los siguientes párrafos: "Por consecuencia el derecho del Estado sobre el dominio público es un derecho de soberanía, no un derecho de propiedad; estas cosas a nadie pertenecen, porque son de todos los integrantes que constituyen el Estado"... "Por otros se definió como un derecho de soberanía, pero también como un derecho de propiedad del Estado sobre la cosa pública". "En nuestro derecho esta doctrina encuentra apoyo en los arts. 425 y ss. del Código Civil, que hablan de bienes relativamente a las personas *a que pertenecen*". "Una doctrina, que puede decirse intermedia, concilia las dos precedentes, cambiando el sujeto del vínculo jurídico sobre las cosas públicas"... "El vínculo existente en modo directo y principal con la cosa, no tiene por sujeto al Estado, sino a la colectividad... La universalidad y no el Estado es el sujeto del vínculo jurídico con las cosas dominicales: el Estado sólo tiene el deber de regular y tutelar el uso, a fin de que el destino del bien quede mejor cumplido" ("Concetto, natura e limiti del demanio pubblico", en "Giurisprudenza Italiana",

Torino, 1897, páginas 347, 350 y 354).
Pacelli considera al *Estado* como titular del dominio público, pero por Estado entiende al *"pueblo organizado"* ("Le acque pubbliche", páginas 180 y 183, números 166 y 169).
Igual objeción puede formulársele a la Cámara Civil Primera de la Capital Federal, para quien el dominio público de ciertas cosas se le ha atribuido "al *Estado,* como ser *colectivo*" ("Jurisprudencia Argentina", 1943-III, páginas 710 y 716).

(82) Guicciardi: "Il Demanio", páginas 28-30 y 70; Laubadère, página 738, nº 1428; Zanobini, tomo 1º, página 153 y tomo 4º, página 13; Alessi, páginas 382-383; Sandulli, página 295.

(83) Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 106-107; Ballbé, páginas 9-10; Diez: "Dominio Público", páginas 257-258; Spota: "Tratado de Derecho Civil", El Objeto del Derecho, páginas 456, 625 y 636.

(84) Ya el profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Roma, Carlo Manes, en un meduloso trabajo, advirtió que sólo los organismos estatales podrían ser titulares de dependencias del dominio público ("Le acque pubbliche nel diritto italiano vigente", página 133, Roma, 1922).

(85) Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 146, páginas 304 y 314: tomo 182, páginas 376 y 380.

(86) Joaquín V. González: "Manual de la Constitución Argentina", números 77 y 79.

(87) Pradier Fodéré, página 355; Ducrocq, tomo 4º, páginas 86 y 89-91; Demolombe, tomo 9º, página 322; Colin et Capitant, tomo 1º, páginas 726 y 731; Pacifici-Mazzoni, tomo 1º, página 103; Guillermo Varas C., páginas 173, 177 y 178; Lancis, página 296; Borda: "Tratado de Derecho Civil Argentino", Parte General, tomo 2º, página 53.

(88) Marienhoff: "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 34.

(89) "Mas las cosas que son de derecho humano, o son públicas o privadas; las que son públicas se reputa que no están en los bienes de nadie; porque se considera que son de la misma *universalidad*. Pero son privadas las que son de cada uno" (Digesto, libro 1, título 8º, ley 3). "Los bienes de una ciudad se han llamado abusivamente `públicos´, porque solamente son públicos los que son del *pueblo* romano" (Digesto, libro 50, título 16, ley 15). Para la versión española de los textos latinos, véase a Ildefonso L. García del Corral: "Cuerpo del Derecho Civil Romano, etc.". Para el dominio público en el derecho romano, véase el nº 1697 de la presente obra: además, Planiol, tomo 1º, página 1006, nº 3060. Asimismo, véase Raymond Saleilles: "Le domaine public … Rome", números 4 y 5.

(90) Proudhon, tomo 1º, páginas 240-241. Para este jurisconsulto la propiedad del dominio público no pertenece exclusivamente a persona alguna, pues su titular es "el ser moral y colectivo que llamamos *el público*".
La afirmación de Proudhon fue objeto de críticas injustas.
Barckhausen la consideró "vana y estéril, una pura chicana de jurista, *une dispute de mot*" (página 440). La injusticia de tal concepto no sólo resulta de la circunstancia de que aún

hoy los autores debaten con pasión ese tema, y precisamente con argumentos de una técnica no utilizada antaño, sino también del obvio interés práctico que existe en determinar con precisión quién ha de ser tenido como titular de los bienes dominicales (véase lo que al respecto dije en el nº 1702 de la presente obra).
Álvarez Gendín ("El Dominio Público", páginas 23-24) criticó equivocadamente al ex decano de la Facultad de Derecho de Dijon, sosteniendo que "no es exacto que el dominio público a nadie pertenece, pues las cosas tienen que gozar de un titular, sujeto de derecho público". Trátase de un error interpretativo de Álvarez Gendín. Proudhon jamás dijo que el dominio público constituya bienes sin sujeto. Lo que quiso decir -y dijo- es que las cosas respectivas no le pertenecían a persona alguna en forma exclusiva, en forma individual, pues el dominio de esas cosas le pertenecía a la universalidad, al *pueblo,* "… l´ˆtre moral et collectif que nous appelons *le public*" (nº 202).

(91) Ihering niega que al Estado le corresponda la propiedad del dominio público ("La Posesión", página 178). Considera que el *"pueblo"* -el público- es el sujeto de esa masa de bienes. Tal opinión la sustentó en la célebre consulta que evacuó a pedido del Gobierno del cantón de Basilea, referente a las murallas de esa ciudad. Así lo recuerda el propio Ihering (obra y lugar citados, nota 1) y asimismo Mayer (toma 3º, página 102, nota 14), como también Gascón y Marín (tomo 1º, página 375, nota 3).

(92) Cirilo Franquet y Bertrán, tomo 1º, página 253; A. T. de Freitas: "Código Civil. Proyecto", nota al artículo 331, tomo 1º, página 210; Codovilla, tomo 1º, páginas 22-23; Carvalho de Mendonça, páginas 145-146 y 249-250; Papi, nº 60; Bas, tomo 2º, página 4; Clovis Bevilaqua, tomo 1º, páginas 293-294.

(93) Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 2º, página 421, cuarta edición, y tomo 3º, página 387, quinta edición. En las tres primeras ediciones de su obra, dicho autor limitábase a afirmar que el pueblo era el sujeto del dominio público, pero sin dar fundamento alguno de su opinión. Cuando prologó mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", advirtió esa circunstancia, y ante el fundamento que yo le atribuyo a esa tesis dijo: "A juicio nuestro el fundamento de ese derecho colectivo originario es el propio régimen del dominio público, anterior al Estado mismo. Son los sostenedores de la doctrina contraria los que deben dar el fundamento jurídico de la modificación de ese régimen, o sea, cómo nace la atribución de un derecho de `propiedad´ (lo que negamos) sobre esos bienes respecto del Estado" (ver el prólogo a mi expresada obra, páginas 11-12). A partir de entonces, en las ediciones posteriores de su libro, Bielsa dio los fundamentos que a su criterio justifican esa afirmación.

(94) Segundo V. Linares Quintana: "Gobierno y Administración de la República Argentina", tomo 1º, página 422.

(95) En la célebre polémica mantenida con el doctor Vélez Sarsfield, dijo así el ilustrado hombre público: "Me contento por ahora con sentar dos proposiciones: primero, que las tierras cubiertas por las aguas dentro de la línea de alta y baja marea, y por consecuencia las playas de los ríos navegables, son propiedad del *`pueblo´* de los Estados de un Gobierno federal" (Mitre, en el "Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Senadores del Congreso Nacional", página 820, sesión del 11 de setiembre de 1869). En otro lugar agregó: "respecto de los ríos considerados como caminos públicos, el *público dueño* de la

tierra adyacente que perdía o ganaba, era el *público* de la provincia que tenía aquel dominio" (lugar indicado, página 831).

(96) Miguel S. Marienhoff: "Estudio crítico y de legislación comparada del anteproyecto del doctor Bibiloni en materia de derecho de aguas", página 31. Villegas Basavilbaso comparte totalmente lo que digo en el texto, acerca de la expresada contradicción o confusión en que incurrió el autor de nuestro Código Civil (tomo 4º, página 168).

(97) Fischbach: "Teoría General del Estado", páginas 19, 101, 111 y 112; Orlando: "Diritto Pubblico Generale", páginas 187 y 188; Ranelletti: "Corso di Istituzioni di Diritto Pubblico", páginas 18, 24 y 32.

(98) Léon Duguit estima que el "territorio" no es un elemento indispensable en la formación del Estado ("Traité de Droit Constitutionnel", tomo 2º, página 51); pero pienso, con Vanni, que si falta el territorio no existe un Estado completo, es decir que haya alcanzado la plenitud de sus caracteres diferenciales (página 232); por eso las poblaciones nómades, que recorren territorios sometidos a diferentes soberanías, no pueden constituir un Estado (Bidau, tomo 1º, página 66; Fischbach, página 101; Ranelletti, páginas 24-25).

(99) "Históricamente considerado, el Estado es la resultante de una milenaria evolución de la coexistencia humana" (Fischbach, página 17. "Determinar con exactitud en qué momento ha tenido origen el Estado, es cosa imposible, no sólo porque nuestros conocimientos sobre las fases prehistóricas y protohistóricas de la vida humana son altamente defectuosos, sino también porque la formación del Estado no se produce *ex abrupto*, sino a través de un proceso gradual. Añádase que, no obstante ciertas semejanzas fundamentales, este proceso no se cumple de manera idéntica respecto de todos los grupos sociales"... "Aun cuando el vínculo de la sangre constituya, sin duda alguna, la base primitiva de la originaria organización social y jurídica, la vida social tendió ya desde los tiempos más arcaicos a extenderse adoptando la forma de la *gens,* de la tribu o del clan. La comunidad de origen que asimismo se atribuye a esta formación social más amplia, es, sin embargo, en su mayor parte, ficticia, puesto que, en realidad, con dicho primer vínculo se han fundido otros de diferente índole, que, poco a poco, van adquiriendo importancia, tales como la comunidad de culto, la identidad de sede, de territorio o la subordinación a un mismo jefe". "Es evidente que por este camino comenzaron a dibujarse, aun cuando sólo sea de manera embrionaria, los elementos del Estado" (Giorgio del Vecchio: "Teoría del Estado", páginas 119 y 125).

(100) Huc, tomo 4º, páginas 69-70; Carvalho de Mendonça, página 140.

(101) La sinceridad de lo que digo en el texto resulta de la expresión que he empleado en el nº 37, página 116, de mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", que es la obra tenida en cuenta por el doctor Villegas Basavilbaso para formular sus objeciones. Dije ahí que la tutela jurídica de las cosas dependientes del dominio público, *está a cargo de la Administración Pública, en su calidad de órgano gestor de los intereses del pueblo, titular del dominio sobre dichas cosas*.

(102) Fischbach, página 19.

(103) A. T. de Freitas: "Código Civil. Proyecto", artículo 274, inciso 1º, y nota al artículo 331, tomo 1º, páginas 166 y 210.

(104) La *realidad* del pueblo no sólo es reconocida por las constituciones políticas y los juristas, sino también por los sociólogos. Dice Germán Arciniegas: "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", página 464, Buenos Aires, 1956).

(105) Marienhoff: "Dominio Público. Protección jurídica del usuario", páginas 130-131, nota.

(106) Fischbach: "Teoría General del Estado", páginas 102-103. En igual sentido: Jellinek: "Teoría General del Estado", páginas 298-299.

(107) Giuseppe Ugo Papi: "Le vie acquee continentali", página 126.

(108) En igual sentido: Pacelli, nº 169, página 183.

(109) Mayer, tomo 3º, página 154.

(110) Véase a Mayer, tomo 3º, página 189. Respecto a los ríos, puertos y caminos públicos, las leyes de Partida declaraban "que también pueden usar de ellos los que son de otra tierra extraña" (Partida 3ª, título 28, ley 6).

(111) Sobre este punto, véase mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 27.

(112) Ciertamente -y así se establecerá en el lugar oportuno de esta obra-, el derecho nacido de una concesión de uso no es de naturaleza "civil": pero este término resulta bien empleado si se lo usa en oposición al derecho de carácter "político". Por lo demás, la Constitución clasifica los derechos en dos grandes grupos: civiles y políticos (Joaquín V. González. "Manual de la Constitución Argentina", nº 85).

(113) El Código Civil, al hablar en el artículo 2341 de *"personas particulares"*, confirma lo dicho en el texto.

(114) Acerca de la situación legal del extranjero en los diversos países, véase a Luis Claro Solar, tomo 1º, nº 358.

(115) Ver texto y nota 46, en la cual recordé que ya el profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Roma, Carlo Manes, en un meduloso trabajo, advirtió que sólo los organismos estatales podían ser titulares de dependencias del dominio público ("Le acque pubbliche nel diritto italiano vigente", página 133, Roma, 1922).

(116) Acerca de la subclasificación de las personas *"públicas"* en "estatales" y "no estatales", véase el tomo 1º, números 99 y 100.

(117) Son interesantes las siguientes palabras de Villegas Basavilbaso, relacionadas con la

delegación del poder de policía: "Con arreglo a las consideraciones expuestas, si bien no puede ser delegada a terceros, órganos estatales o autárquicos, *y con mayor razón a particulares,* la atribución legislativa de regulación de los derechos individuales reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución, ha de sostenerse de acuerdo con la doctrina jurisprudencial argentina y estadounidense, que no es repugnante a la Ley Fundamental que el órgano legislativo autorice al órgano ejecutivo o a órganos autárquicos, dentro de los límites que la ley establezca, la reglamentación de ciertos detalles o pormenores. Es obvio decir que la reglamentación debe ajustarse para su validez constitucional a los límites preceptuados por la ley; en otros términos, la autorización legislativa prescribe un ámbito insalvable al reglamento denominado delegado" (tomo 5º, páginas 192-193). Además, en igual sentido, véase a Fiorini: "Poder de Policía", página 135 y siguientes.

(118) Ver Busso, tomo 1º, página 276, nº 45; Borda: "Parte General", tomo 1º, página 473. Además: Miguel Cuevas: "La naturaleza jurídica de los bienes afectados al culto oficial", en "Cuadernos de Política", páginas 75-76.

(119) Conforme: Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 3º, página 114 (cuarta edición), quien refuta a Lucio Vicente López que erróneamente afirmó lo contrario. Ver de este último autor: "Derecho Administrativo Argentino", páginas 145-146, Buenos Aires, 1902.

(120) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 53, páginas 208 y 209, considerandos 1º y 6º. En la Convención de 1860 volvió a considerarse la cuestión religiosa, con motivo del proyecto presentado por el convencional Félix Frías, relativo a la enmienda del artículo 2º de la Constitución: dicho convencional abogaba porque el catolicismo fuese declarado religión de la República Argentina. El proyecto fue impugnado, entre otros, por los convencionales Sarmiento, Vélez Sarsfield y Gutiérrez. Este último sostuvo, precisamente, que ese asunto no era materia de la Constitución, la cual "no puede referirse sino al deslinde de los *poderes públicos* y a las garantías que acuerda a los derechos del ciudadano" (cita de Linares Quintana, "Gobierno y Administración de la República Argentina", tomo 1º, página 238). Para dichos convencionales la Iglesia no era, pues, un *poder público,* un poder estatal.

(121) Lafaille: "Parte General", tomo 2º, páginas 79-80; Diez: "Dominio Público", páginas 260-261; Spota: "Tratado de Derecho Civil", El Sujeto del Derecho, tomo 1º, volumen 3-4, páginas 170-174, y El Objeto del Derecho, tomo 1º, volumen 3-5, páginas 472-473; Villegas Basavilbaso: tomo 1º, página 176 y tomo 4º, páginas 108-109; Borda: "Tratado de Derecho Civil Argentino", Parte General, tomo 1º, página 474 y tomo 2º, página 57.

(122) Con distintos argumentos, que concuerdan con su propio criterio acerca de la dominialidad, Guicciardi llega a igual conclusión que la que sostengo en el texto, o sea que los bienes de la Iglesia *no* revisten calidad de cosas del dominio público ("Il Demanio"), páginas 139-141). Además, véase el artículo 831 del Código Civil de Italia, y Vitta, tomo 1º, páginas. 236-237. En Portugal, actualmente los templos católicos, abiertos al culto público, no son bienes dominiales sino privados de la Iglesia (Caetano, página 204). En Francia la condición legal de los bienes eclesiásticos sigue siendo muy controvertida (Jansse, páginas 123-125).

(123) Enrique Sayagués Laso: "Criterio de distinción entre las personas jurídicas públicas y privadas", páginas 7-22, Montevideo, 1945, y "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 162-176, Montevideo, 1953.

(124) Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 3º, página 115 (cuarta edición); Miguel Cuevas: "La naturaleza jurídica de los bienes afectados al culto oficial", en "Cuadernos de Política", páginas 71-107. En sentido concordante: Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 7º, página 329.

(125) Lorenzo Miguélez Domínguez, Sabino Alonso Morán y Marcelino Cabreros de Anta, "Código de Derecho Canónico", cánones 1281, 1510, 1530, 1531 y 1539. En sentido concordante, véase el nuevo y actual Código de Derecho Canónico, promulgado el 25 de enero de 1983, cánones 1190, 1240 y siguientes, 1254 y siguientes, y 1290 y siguientes. Además, en el sentido del texto: cita de D´Alessio, tomo 2º, página 49, nota 1.

(126) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 146, páginas 304 y 314, y tomo 182, páginas 376 y 380.

(127) Esas entidades no católicas pueden obtener personalidad jurídica mediante el cumplimiento de las condiciones exigidas por los artículos 33 y 45 del Código Civil (Busso, tomo 1º, página 279, nº 69; Borda: "Tratado de Derecho Civil Argentino", Parte General, tomo 1º, página 473, nº 628 y tomo 2º, nº 811). Desde luego, trataríase de personas jurídicas *"privadas"*.

(128) Código Civil, artículo 2346 ; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 177; Cuevas, trabajo citado, página 78; Borda: "Tratado de Derecho Civil Argentino", Parte General, tomo 2º, página 58, nº 811.

(129) Cuevas, trabajo citado, página 77.

(130) Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 107-108.

(131) El artículo 12 de la actual ley sobre sociedades de economía mixta (decreto 15349/46, ratificado por la ley 12962) confirma lo dicho en el texto, pues distingue claramente la sociedad de economía mixta de la entidad autárquica. Dice así: "Tratándose de sociedades que explotan servicios públicos, vencido el término de duración de la sociedad, la Administración Pública podrá tomar a su cargo las acciones en poder de los particulares *y transformar la sociedad de economía mixta en una entidad autárquica administrativa,* continuando el objeto de utilidad pública para el cual la sociedad hubiese sido creada". Desde luego, cuando dicho precepto legal habla de *"entidad autárquica administrativa",* incurre en un pleonasmo jurídico, pues la entidad autárquica, técnicamente, es siempre organismo *"administrativo"* o estatal.

(132) En igual sentido: Laubadère, página 738.

(133) En el sentido del texto, ver lo que escribe Ballbé, página 12.

(134) Ejemplo: inmueble que se expropie a efectos de subdividirlo 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, continúa con su calidad de propiedad *privada*. Véase Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 139, páginas 355-356, donde el Tribunal hace suyo un argumento similar.

(135) El profesor de la Universidad de Nápoles, Aldo M. Sandulli, dice que a diferencia de la confiscación, que implica una transferencia coactiva a favor del Estado, en la expropiación, como así en la requisición, no es esencial que el beneficiado sea el Estado. En la expropiación, el beneficiario de la transferencia puede ser, aparte del Estado, un sujeto diverso, incluso un particular ("Manuale di Diritto Amministrativo", página 333). Además, véase Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 108, página 280, considerandos 10, 11 y 12. Claro está que en estos casos siempre se requerirá, como requisito *sine qua non,* la presencia de la *"causa"* que justifique la expropiación.

(136) Guicciardi: "Il Demanio", páginas 28-29 y 70; Zanobini, tomo 4º, página 13; Alessi, páginas 382-383; Laubadère, página 738; Sandulli, página 295.

(137) Rispoli, página 238; Diez: "Dominio Público", páginas 257-258; Ballbé, páginas 9-11; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 106-107; Spota: "Tratado de Derecho Civil", El Objeto del Derecho, páginas 625 y 636.

(138) Zanobini, tomo 4º, página 13.

(139) Ballbé, páginas. 10-11.

(140) En igual sentido: Laubadère: "Droit administratif spécial", páginas 94-98. Véase precedentemente, texto y notas 39 y 40, donde se mencionan los autores que respectivamente sostienen que el derecho sobre el dominio público -que ellos le atribuyen al *Estado*- constituye una propiedad privada o una propiedad pública.

(141) Mayer, tomo 3º, página 154.

(142) Argentino G. Barraquero: "Cuestiones Jurídicas", página 102, Buenos Aires, 1944.

(143) Véase lo que al respecto escribí en mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 30. En cuanto al valor o alcance que pueda tener el artículo 2341 del Código Civil -referente al uso y goce de los bienes públicos por los particulares-, véase mi citada obra, nº 35; sobre este tema volveré a ocuparme en el presente libro, al referirme al uso del dominio público.

(144) Ranelletti: "Concetto, natura e limiti del demanio pubblico", en "Giurisprudenza Italiana", año 1897, página 326, Torino, 1897.

(145) El actual artículo 2311 , a raíz de la reforma del Código Civil operada en 1968, en lugar de objetos *"corporales",* habla de objetos *"materiales",* modificación que no altera lo expresado en el texto.

(146) Lancis, página 291.

(147) Ballbé, página 19, nota 21 *in fine*. En sentido concordante: Trotabas, para quien la

noción de dominio público no tiene en cuenta la naturaleza de los bienes y, especialmente, su carácter mobiliario o inmobiliario (página 135).

(148) Ducrocq, tomo 4º, nº 1449; Berthélemy, páginas 478, 481 y 482; Journé, página 261.

(149) Presutti, tomo 1º, páginas 220 y 223; Guicciardi: "Il Demanio", páginas 5, 16, 24-26, 28 y 70 (este último extiende la dominialidad a las servidumbres públicas).

(150) Caetano, página 178.

(151) Proudhon, tomo 1º, números 207, 335 y 336.

(152) "Jurisprudencia Argentina", tomo 36, página 998; donde se debatió acerca de una concesión de uso del subsuelo de una calle urbana.

(153) La llamada *"contribución de voladizo"* no es otra cosa que el pago exigido por la autoridad comunal por el uso del espacio aéreo de las vías públicas. Puede verse: Ignacio Winizky: "Transferencia de terreno destinado a ochava y exoneración de derechos de voladizo", en "Revista de Derecho y Administración Municipal", septiembre-octubre 1946, página 725 y siguientes.

(154) Zanobini estima que las flores de una plaza pública son bienes *privados* y que, como tales, pueden ser vendidos (tomo 4º, página 19). En igual sentido se pronuncia Sandulli, página 296. Si bien cualquier cosa dependiente del dominio público puede ser enajenada previa desafectación, regla que incluiría a las flores de una *plaza,* disiento con la afirmación de que ellas constituyen bienes *"privados"*. Tales flores son cosas *públicas,* pues contribuyen en forma *permanente,* "directa" e "inmediata", a que la plaza cumpla su destino, que, específica y concretamente, es de recreo para el pueblo, quien a través de esas flores satisface una necesidad espiritual: aspirar fragancia y observar belleza de formas y colores. Esas flores contribuyen, además, a un fin cultural: con sus formas y colores propenden a la elevación estética de la población. No es posible colocar las necesidades espirituales por debajo de las necesidades materiales. Un escritor dijo que para muchas personas la música y las flores son tan necesarias como el pan. En las plazas públicas donde existen flores, debe considerarse que la existencia de ellas es *"permanente",* pues se las renueva constantemente, en forma intensiva, escalonándolas según las estaciones e incluso mediante el cambio o traslado continuo de plantas.

(155) Proudhon, tomo 1º, páginas 339-340; D´Alessio, tomo 2º, página 56; Santi Romano, páginas 178-179; Laubadère, página 727. Los árboles que bordean las calles, avenidas, caminos o carreteras, revisten calidad de bienes dominiales, porque, de diversos modos, contribuyen a facilitar y hacer efectivo el uso de la calle, camino, avenida o carretera. Hay una relación "permanente", *directa* e *inmediata*, entre el árbol y el destino de la calle, avenida, etc. Al respecto son dignas de recuerdo las siguientes palabras de Proudhon: "Los árboles, que en general pueden considerarse como el más bello ornamento del globo, son principalmente de interés en los bordes de los caminos: sirven de guía en los tiempos de nieve y de inundación; fijan agradablemente la vista del viajero, al que le traen la idea de una avenida de placer: proporcionan fresco en momentos de fatiga, y le brindan al transeúnte la ayuda de su sombra y de su abrigo" (lugar citado).

(156) Según Bielsa, los árboles de los parques públicos son *"alienables"*. No comparto tal opinión. Tratándose de un *parque público,* lo esencial o substancial en él son precisamente los árboles que lo integran; de suerte que si el parque en su conjunto es público, mal pueden revestir calidad "privada" los árboles que le pertenecen, que son los que le dan fisonomía y carácter, los que convenientemente dispuestos aparejan la idea de *"parque"*. Si a un *parque público* se le quitan los "árboles" que lo constituyen, el parque deja de existir, desapareciendo como objeto jurídico. De modo que los árboles de los parques públicos *no son alienables,* todo ello sin perjuicio de que, como ocurre con cualquier dependencia del dominio público, el parque pueda ser "desafectado" y, después de esto, enajenados los elementos que lo formaban, incluso los árboles.

(157) "Son accesorios de las calles, y públicos también, los *puentes*" (Cammeo: "Demanio", en "Il Digesto Italiano", tomo 9º, página 879, Torino, 1887-1898). Lo mismo cuadra decir de los puentes construidos en el lecho de los cursos de agua o por encima de ese lecho (Marienhoff: "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 195). Es que los puentes que permiten la continuidad de un camino son parte de éste y como tales son *"públicos"*. Nuestro Código Civil incluye expresamente los puentes en el dominio público (artículo 2340 , inciso 7º).

(158) Marienhoff: "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 404. Véase, además: Berthélemy, página 494; Álvarez Gendín: "El Dominio Público", página 52. La ley nacional de pesca, nº 20136, del año 1973, en su artículo 1º dispone que los recursos vivos existentes en las zonas marítimas bajo soberanía argentina son propiedad del Estado nacional, quien podrá conceder su explotación conforme a dicha ley y su reglamentación.

(159) Mayer, tomo 3º, página 182; Hauriou: "La jurisprudence administrative", tomo 3º, página 207 y siguientes; Guicciardi: "Il Demanio", página 379; Santi Romano, páginas 178-179; Álvarez Gendín: "El Dominio Público", página 52.

(160) Guicciardi: "Il Demanio", página 379; Santi Romano, páginas 178-179; Álvarez Gendín: "El Dominio Público", páginas 52-53.

(161) Mayer, tomo 3º, página 182; D´Alessio, tomo 2º, página 56; Santi Romano, páginas 178-179; Zanobini, tomo 4º, página 19. La solución dada en el texto se justifica, pues esos frutos y flores no contribuyen en forma *"permanente",* directa e inmediata, a que las calles o avenidas cumplan su destino. Entre esas flores y frutos y el *destino* de la calle o camino, hay una simple relación "transitoria", *indirecta* e *inmediata*, con el destino de la vía pública. Véase la precedente nota 114. Las flores y los frutos de los árboles situados a la vera de los caminos, se producen *una sola* vez al año: en la estación oportuna; en tanto que las flores de las *plazas públicas* se renuevan constantemente en forma intensiva, escalonándolas según las estaciones e incluso mediante el cambio o traslado de las plantas, a fin de que tales dependencias dominiales no carezcan de esos elementos.

(162) En análogo sentido: Álvarez Gendín: "El Dominio Público", página 52. Cabe advertir que la poda de los árboles de las calles o paseos públicos no siempre se realiza con sentido *botánico* o *agronómico*, sino más bien *estético;* ello determina que al efectuar la poda no sólo se separen del árbol los respectivos excedentes normales de su ramaje, sino verdaderas

partes constitutivas del árbol. Pero aun en tales casos, la madera o leña que así se obtiene constituye un bien de naturaleza *"privada"*, pues la poda ordenada por la Administración Pública, de la cual resulta esa leña o madera, implica una obvia *"desafectación"* de esas partes de los árboles.

(163) Santi Romano, páginas 178-179; D´Alessio, tomo 2º, página 56.

(164) En sentido concordante: Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 104.

(165) Fleiner, página 289; Álvarez Gendín: "El Dominio Público", página 52. Además: Forsthoff, página 490.

(166) Al reformarse el Código Civil en el año 1968, a ese inciso referente a las islas se le agregó: *"cuando ellas no pertenezcan a particulares"*. Respecto a la adquisición de islas por compra o por prescripción, véase el número 1756.

(167) Dicha ley, en su artículo 2º, dispone que las *tierras fiscales* existentes en los parques nacionales y los *monumentos naturales* son del dominio público nacional. Esas expresiones son objetables: 1º porque siendo las tierras fiscales bienes patrimoniales del Estado (ver Título Preliminar, texto y nota 27), la ley debió decir "las tierras situadas fuera de los centros urbanos pertenecen al dominio público nacional"; 2º porque no hay "monumentos naturales", ya que todo monumento es obra del hombre (ver mi trabajo "Régimen jurídico-legal de los monumentos, lugares históricos y de interés científico", en "La Ley", 10 de mayo de 1979.

(168) El inmueble ocupado por el Jardín Botánico de la Capital pertenece a la categoría de bienes públicos que enumera el artículo 2340 , inciso 7º, del Código Civil (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 114, páginas 327 y 333).

(169) Entre los autores italianos, anteriores al Código Civil vigente desde 1942, las opiniones estuvieron divididas. Mientras unos, como Rispoli, afirmaban que las cosas *muebles* podían integrar el dominio público (página 237), otros, como Guicciardi, sostuvieron lo contrario ("Il Demanio", páginas 24-26). Pero, como acertadamente lo expresa Fragola, el nuevo Código Civil resolvió afirmativamente la discusión doctrinaria acerca de si los "muebles" podían o no integrar el dominio público (página 202). Hoy la doctrina italiana acepta la posibilidad de que los *muebles* revistan carácter dominical, máxime tratándose de *"universalidades mobiliarias"* (Zanobini, tomo 4º, página 13; Vitta, tomo 1º, página 211).

(170) Proudhon, tomo 1º, números 335 y 336; Foucart, tomo 2º, nº 802, página 274; Huc, tomo 4º, página 81; Barckhausen: "Étude sur la théorie générale du domaine public", en "Revue, etc.", página 49; Oda, página 323; Duguit, tomo 3º, páginas 360-362; Fernández de Velasco y Calvo, tomo 2º, páginas 174-175; Hauriou, páginas 804-809, texto y nota, y 818; García Oviedo, tomo 1º, páginas 128 y 140; Ballbé, páginas 20-23; Waline, página 433; Rolland, páginas 450 y 452; Álvarez Gendín: "El Dominio Público", página 117 y siguientes.

(171) Diez: "Dominio Público", páginas 255-256; Spota: "Tratado de Derecho de Aguas",

tomo 2º, páginas 4 y 5; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 100-102. Además, véase a Lafaille: "Tratado de los Derechos Reales", tomo 1º, nº 669.

(172) Mayer, tomo 3º, páginas 130-131; Bielsa (quinta edición), tomo 3º, páginas 410-411.

(173) García Oviedo, tomo 1º, página 128.

(174) Ballbé, páginas 22-23.

(175) Ballbé, página 22.

(176) Ya Rovelli: "I Beni Demaniali", página 19, Milano, 1937, hablaba de ese carácter *estable* o *permanente* que debían ostentar las cosas muebles integrantes del dominio público (cita de Diez, "Dominio Público", página 225, nota 61). Si bien es cierto que muchas cosas muebles se consumen o extinguen por el uso -no reuniendo entonces el requisito de "permanencia" o "estabilidad"-, hay gran cantidad de ellas a las que el uso no las consume. No existe inconveniente alguno para que este último tipo de cosas muebles pertenezca al dominio público. Así, por ejemplo, la *"contemplación"* de las obras de arte contenidas y expuestas en un museo público (cuadros, esculturas, etc.), no consume las referidas obras, que son cosas muebles. El "uso público" a que dichas cosas hállanse afectadas es, precisamente, su *contemplación* por parte del público, uso que en nada afecta la integridad física de la cosa. Algo similar ocurre con los libros de una biblioteca pública, con los documentos de un archivo público, etc. En sentido concordante, véase lo que escribe Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 100.

(177) El "dinero", en su carácter de cosa fungible que puede ser sustituida por otra de la misma calidad, no es equiparable a los bienes del Estado afectados a un servicio público (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 116, páginas 80-81, tomo 119, página 373).

(178) Jèze, en principio, acepta la posibilidad de que los "muebles" integren el dominio público, salvo que las respectivas cosas sean *"reemplazables"* ("Définition du domaine public", en "Revue du droit public et de la science politique en France et … l´étranger", Paris, 1931, página 767).

(179) En España se reconoce la existencia de semovientes que pertenecen al dominio público (Álvarez Gendín: "El Dominio Público", páginas 123-124).

(180) Si bien los caballos no constituyen cosas fungibles (Salvat, "Parte General", nº 1445), es de advertir que tanto los caballos del ejército, como los de la policía, e incluso los de la municipalidad, constituyen animales sometidos a un adiestramiento especial que los distingue de los demás caballos. En cuanto a los animales del jardín zoológico, es obvio que su reemplazo por otros similares no es fácil, ni siempre es posible.

(181) Aubry et Rau, tomo 2º, párrafo 183, página 102. Dicen así dichos tratadistas: "Por lo demás, la máxima precitada, aun en materia de muebles corporales, no se aplica sino a las cosas que están en el comercio. Ella, pues, es extraña a las que hacen parte del dominio público". En sentido concordante al del texto: Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 101-102.

(182) Foucart, tomo 2º, nº 802; Diez: "Dominio Público", página 256; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 100; Álvarez Gendín: "El Dominio Público", página 133.

(183) A pesar de las dificultades que los tratadistas aducen para determinar, en forma categórica, la naturaleza mueble o inmueble de las aeronaves, considero que éstas, dentro de la clasificación de las cosas, deben ser lisa y llanamente consideradas como *"muebles"* (véanse: Tapia Salinas, páginas 56-57; Raitzin, página 75; Juglart, página 129). Pretender que las aeronaves sean consideradas como *inmuebles* a causa de los numerosos requisitos a que se hallan sometidas (nacionalidad: matrícula; registro aeronáutico donde se anota el nombre del propietario y los sucesivos cambios, como así los gravámenes), sería tan arbitrario y fuera de razón como considerar *"inmuebles"* a los automóviles o camiones, a cuyo respecto también deben cumplirse numerosos requisitos. Por lo demás, los buques se encuentran sometidos a similares requisitos que las aeronaves, no obstante lo cual eran considerados *"muebles"* por la ley (Código de Comercio, artículo 857). Para distintas opiniones acerca del "buque" considerado como "cosa", véase: José Domingo Ray: "Derecho de la navegación", tomo 1º, página 249 y siguientes, Buenos Aires, 1992.

(184) Foucart, tomo 2º, nº 802; Duguit, tomo 3º, página 361; Diez: "Dominio Público", página 256; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 100; Álvarez Gendín: "El Domino Público", páginas 132-133.

(185) Foucart, tomo 2º, nº 802; Oda, página 323; Fernández de Velasco y Calvo, tomo 2º, página 175; Pelloux, página 146; Hauriou, página 809, texto y nota; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 100; Waline, página 433; Álvarez Gendín: "El Dominio Público", página 123.

(186) Foucart, tomo 2º, nº 802; Oda, página 323; Fernández de Velasco y Calvo, tomo 2º, página 175; Pelloux, página 146; Hauriou, página 809, texto y nota; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 100; Waline, página 433; Álvarez Gendín: "El Dominio Público", páginas 123 y 133.

(187) Foucart, tomo 2º, nº 802; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 100; Álvarez Gendín: "El Dominio Público", página 123. El inciso 8º del actual artículo 2340 del Código Civil, incluido en la reforma a ese Código en 1968, establece que quedan comprendidos entre los bienes públicos: "Los documentos oficiales de los poderes del Estado".

(188) Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 316-317, texto y nota.

(189) Foucart, tomo 2º, nº 802; Rolland, páginas 450 y 452; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 181-182; Spota: "Tratado de Derecho Civil", El Objeto del Derecho, páginas 630-631.

(190) Foucart, tomo 2º, nº 802; Huc, tomo 4º, página 81; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 315 y 352.

(191) Miguel S. Marienhoff: "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", páginas 268-269, nº 174. Además, véase mi trabajo "Condición Jurídica de las Nubes. Nuevas Sugerencias", en "Jurisprudencia Argentina", 1976-III, páginas 683 y siguientes.

(192) Lafaille: "Tratado de los Derechos Reales", tomo 2º, nº 878, página 68.

(193) Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 665-666.

(194) Foucart, tomo 2º, nº 805, página 279; Santi Romano, página 181; Zanobini, tomo 4º, página 17; Vitta, tomo 1º, números 63-64, páginas 244-251; Alessi, páginas 405-407; Sandulli, página 313. El Código Civil de Italia, artículo 825, somete al régimen del dominio público los derechos correspondientes al Estado sobre bienes de terceros, cuando tales derechos se constituyan para utilidad de un bien dominial.

(195) Diez: "Dominio Público", páginas 256-257; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 104-105.

(196) La Constitución de Portugal incluye expresamente el espacio aéreo del Estado en el dominio público. Dice así: "Art. 49. Pertenecen al dominio público del Estado... 5º Las capas aéreas superiores al territorio, más allá de los límites que fije la ley en beneficio del propietario del suelo".

(197) La analogía entre el espacio aéreo que cubre el territorio del Estado y el mar territorial, ya fue advertida por Luis Claro Solar, tomo 6º, página 238.

(198) Véanse los artículos 2327 y 2328 del Código Civil.

(199) Similar razonamiento corresponde efectuar respecto a la energía del mar.

(200) Véase a Planiol, tomo 1º, nº 2422.

(201) Marienhoff: "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 121. Además, véase precedentemente: tomo 4º, nº 1265, letra j.

(202) Ley 14027 , del 13 de junio de 1951.

(203) Ley 14255 , del 30 de setiembre de 1953.

(204) Ley 12665 , del 8 de octubre de 1940.

(205) Ballbé, página 24.

(206) Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 3º, páginas 406-407 (cuarta edición). En igual sentido: Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 105.

(207) O. Ranelletti: "Concetto, natura e limiti del demanio pubblico", en "Giurisprudenza Italiana", Torino, 1897, página 374.

(208) Ley 11723, del 28 de setiembre de 1933, artículos 84 y 85. El decreto-ley nº 1224/58, ratificado por la ley 14467, en su artículo 6º , dispone que el activo del Fondo Nacional de las Artes se acrecentará: a) ...; b) ...; c) "Con los derechos de autor que deberán abonar las obras caídas en dominio público, el que se convierte por la presente ley en *dominio público pagante"*. Dicho decreto-ley puede vérselo en "Anuncio de Legislación Nacional y Provincial", de "Jurisprudencia Argentina", textos actualizados 1853-1958,

tomo 1º, página 1375. Véase la ley 24870 del año 1997, que amplió a setenta años el derecho de los herederos del autor.

(209) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 121, páginas 250 y 330.

(210) El Código Civil de Italia, refiriéndose a las universalidades de muebles, da una noción similar a la del texto (artículo 816). En igual sentido se pronuncia Caetano, página 187.

(211) Vitta, tomo 1º, página 211; Caetano, página 187.

(212) Véase a Manuel María Diez: "Servicio Público de los Teléfonos", páginas 361-363.

(213) Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 181-182; Spota: "Tratado de Derecho Civil", El Objeto del Derecho, páginas 630-631; Caetano, páginas 187 y 198.
En nuestro derecho, en lo atinente a la condición legal de los ferrocarriles pertenecientes al Estado, no hay uniformidad en la doctrina. Diez considera que tales ferrocarriles pertenecen al dominio "privado" del Estado, por aplicación del artículo 2342 , inciso 4º, del Código Civil ("Naturaleza jurídica de la propiedad ferroviaria", en "Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata", tomo 13, año 1942, página 268, y "Régimen jurídico de las comunicaciones", tomo 4º, página 2); además, véase: Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 139, página 355. Pero otros expositores, entre ellos Villegas Basavilbaso y Spota (lugares precedentemente citados), hacen una distinción, que comparto plenamente: si dichos ferrocarriles están afectados a un fin de utilidad o comodidad común, atendido directamente por el Estado, constituyen un bien "público" de este último, por encuadrar entonces en el artículo 2340 , inciso 7º *in fine*, del Código Civil; en cambio, si el ferrocarril no está afectado a la prestación de un servicio público y sólo desempeña el papel de un bien *instrumental,* esto es, con el objeto de obtener entradas, rentas, ganancias, pertenecerá al dominio "privado" del Estado, por aplicación en tal caso del artículo 2342 , inciso 4º, del Código Civil. "Así -dice Spota- cuando el ferrocarril se halla `afectado´ a un servicio público, estaremos ante un bien que forma parte del *dominio público*. Por el contrario, cuando ese ferrocarril es destinado por el ente público a un servicio industrial, vgr., la explotación de yacimientos mineros realizada por el Estado, o la de un bosque de éste, entonces entrará a constituir parte integrante del *dominio privado* del ente público" (loc. cit.).

(214) Caetano, página 187; García Oviedo, tomo 1º, página 136. Con referencia a los *"aeródromos",* puede afirmarse que la doctrina, unánimemente, les reconoce carácter de dependencias del dominio público; véase: Vitta, tomo 1º, página 227; Trotabas, página 36; Caetano, página 200; Sandulli, página 300; Álvarez Gendín: "El Dominio Público", páginas 90-91. Además: Código Civil de Italia, artículo 822. El Código Aeronáutico de la Nación Argentina (ley 17285) establece que los aeródromos son *públicos* o *privados*. Son aeródromos *públicos* los que están destinados al uso público (art. 25).

(215) La Corte de Casación de Francia, en un antiguo fallo citado por Baudry Lacantinerie et Tissier, dijo: "Los libros y manuscritos que son la parte constitutiva y esencial de una biblioteca dependiente del dominio público, pertenecen necesariamente a este mismo dominio" ("De la Prescription", nº 145 bis, página 120).

(216) Véase: Fernández de Velasco y Calvo, tomo 2º, páginas 174-175.

(217) Ver el artículo 826 del Código Civil italiano. Además, véase Presutti, tomo 1º, página 237, nota; Guido Falzone: "I beni del patrimonio indisponibile", Milano, 1957.

(218) Presutti, tomo 1º, páginas 222-223. Asimismo, véase a Vitta, tomo 1º, páginas 213-214.

(219) Jèze: "Définition du domaine public", en "Revue du droit public et de la science politique en France et … l´étranger", Paris, 1931, página 766.

(220) En idéntico sentido: Jansse, nº 181, página 104.

(221) La *etnografía,* como ciencia concreta, es la que describe las manifestaciones intelectuales, morales, religiosas y sociales de la humanidad primitiva. La *arqueología* estudia los restos materiales de la civilización humana, es decir, aquellos restos que han sido objeto de la labor mental del hombre o, mejor aún, que suponen una actividad mental. La arqueología es calificada como *jurídica* en cuanto se relaciona con manifestaciones de dicha naturaleza.

(222) Guicciardi: "Il Demanio", páginas 74-75.

(223) Obra citada, páginas 153-154.

(224) En general, para críticas a la tesis de Guicciardi, puede verse: Zanobini, tomo 4º, página 15; Vitta, tomo 1º, página 214, nota 1.

(225) Diez: "Dominio Público", página 259.

(226) Como acertadamente lo dice Villegas Basavilbaso, "en los casos de afectación de un bien al servicio público, el uso es indirecto o mediato, aunque el beneficiario pueda utilizarlo *uti singuli* o *uti universi*" (tomo 4º, página 182).

(227) Baldomero Llerena, tomo 7º, página 34.

(228) En sentido concordante se expiden Spota: "Tratado de Derecho de Aguas", tomo 2º, páginas 830-831, y Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 96, nota 228.

(229) Diez: "Dominio Público", páginas 258-259; Spota: "Tratado de Derecho de Aguas", tomo 2º, páginas 2 y 3, y "Tratado de Derecho Civil", El Objeto del Derecho, páginas 455-456, 529-530 y 625-626; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 95-98, 109-110, 181-184 y 399. En cuanto a la condición legal de los bienes afectados a un servicio público, pero cuya propiedad no es del Estado, sino del concesionario, véase precedentemente nº 1709.

(230) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 158, páginas 358-359. Esta sentencia está publicada, además, en "Jurisprudencia Argentina", tomo 34, página 296.

(231) Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 3º, páginas 385-386 (quinta edición). Este mismo autor, no obstante estar refiriéndose al artículo 2340 , inciso 7º *in fine* del Código

Civil, dice: "Lo que caracteriza el dominio público no es la sola utilidad pública, sino el *uso público directo* de las cosas que lo constituyen" (página 419, nota 52). Igual criterio tiene Borda: "Tratado de Derecho Civil Argentino", Parte General, tomo 2º, página 52.

(232) Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 109-110. Además, véase lo que expuse precedentemente, nº 1716, texto y notas 129 y 132. De acuerdo con lo dispuesto por el art. 826 *in fine*, del Código Civil de Italia, los bienes afectados a un servicio público pertenecen al dominio *indisponible* del Estado (en *general,* salvo que expresamente pertenezcan al dominio *público*).

(233) Acerca de la condición legal de los ferrocarriles en nuestro derecho, véase precedentemente el nº 1718, texto y nota 170.

(234) Duguit: "Traité de droit constitutionnel", tomo 3º, páginas 352-353.

(235) D´Alessio, tomo 2º, páginas 51-52; Santi Romano, página 171; Ballbé, página 38. Además, compárese: Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 96.

(236) Véanse: D´Alessio y Santi Romano, obras y lugares citados en la nota anterior.

(237) Ballbé, páginas 41 y 45.

(238) En igual sentido: Barckhausen: "Étude sur la théorie générale du domaine public", en "Revue du droit public et de la science politique en France et … l´étranger", página 48, Paris, 1903.

(239) Compárese: Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 401.

(240) Precedentemente, nº 1698 *in fine*, texto y notas 26 a 28, hice referencia al estado de la doctrina sobre esta cuestión.

(241) Como ejemplo de lo dicho en el texto puede recordarse lo que ocurría con las aguas de vertiente en el derecho francés: en éste las vertientes situadas en el territorio europeo son *privadas,* mientras que las que existían en Argelia -entonces África francesa- eran *públicas*. Tal diferencia de una misma especie de aguas en un mismo derecho, sólo se explica por las diversas características y necesidades de las respectivas localidades (Marienhoff: "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", página 105).

Otro ejemplo lo constituye el régimen legal de los ríos en ciertos países. En Prusia, respecto a los cursos de agua, cualquiera sea su especie, se abandonó el criterio de clasificación en "públicos" y "privados": todos los cursos de agua son *"privados",* sean del Estado o de los particulares. Se los clasifica en cursos de primer orden, de segundo orden y tercer orden, según su respectiva importancia económica, determinada considerando tanto la utilidad como el peligro del curso de agua. Los de primer orden pertenecen al Estado; los de segundo y tercer orden pertenecen a los ribereños (Holtz, Kreutz y Schlegelberger, páginas 6-11; Marienhoff: "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 207). En cambio, en nuestro país, todos los ríos, sean o no navegables, pertenecen al dominio público.

En Francia la legislación distingue entre cursos de agua no navegables ni flotables y cursos de agua navegables y flotables. En los primeros, el lecho pertenece a los ribereños de

ambos lados, en tanto que el agua constituye una cosa común; los ríos navegables y flotables pertenecen al dominio público (Marienhoff: "Régimen y Legislación, etc.", nº 211). En nuestro derecho ambas especies de cursos de agua son del *dominio público*, sin distinción alguna entre la condición del lecho y la del agua.

(242) Ballbé, página 55. No obstante, Garrido Falla considera impropio exigir como uno de los elementos de la noción de dominio público el *"normativo"* ("Tratado de Derecho Administrativo", tomo 2º, página 496, Madrid, 1982). No comparto la opinión de Garrido Falla, por cuanto, no existiendo bienes públicos por su *"naturaleza"*, su existencia depende inexcusablemente de una norma legislativa -específica o genérica- que le sirva de fundamento.

(243) Manes, páginas 5 y 6, 42 y 43.

(244) Pelloux, página 311 y siguientes.

(245) Marienhoff: "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 22.

(246) Marienhoff, "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 23.

(247) Véase: Aldo Armando Cocca: "Teoría del derecho interplanetario", capítulos VI y VII.

(248) D´Alessio, tomo 2º, páginas 55-56.

(249) Manes, página 43.

(250) En idéntico sentido al del texto se pronunció el doctor Rodolfo Rivarola, en el erudito dictamen transcripto en la obra de Herminio J. Quirós y Rafael P. Emiliani: "Derecho Administrativo", redactada sobre la base de las conferencias del doctor Adolfo F. Orma, tomo 2º, página 29, Buenos Aires, 1914. Igual conclusión sustentan Planiol, tomo 1º, nº 3067, página 1010, y Marracino e Conte, páginas 62-63.

(251) Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 91.

(252) En sentido concordante: Marracino e Conte, páginas 62-63.

(253) Carlos Silveyra: "Derechos del Gobierno Nacional sobre las riberas de los ríos navegables", páginas 59-60, Buenos Aires, 1903.

(254) Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 3º, página 443 (quinta edición).

(255) Marienhoff: "Régimen y Legislación, etc.", nº 30, y "Bienes Públicos", página 16.

(256) Héctor Masnatta: "Expropiación de bienes públicos provinciales y municipales", página 11, texto y nota 85, en Boletín de Informaciones Petroleras, Buenos Aires, 1946; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 90-93; Linares Quintana: "Gobierno y Administración de la República Argentina", tomo 1º, página 423.

(257) Ver nota 207.

(258) "Proyecto de Código de Aguas para la provincia de Buenos Aires", páginas XXIX y XXX, La Plata, 1939. Entre los componentes de la Comisión redactora de este proyecto figuran los doctores Benjamín Villegas Basavilbaso, Alberto G. Spota, Manuel F. Castello y otros.

(259) "Legislación de Aguas. Antecedentes, Mensaje y Proyecto de Ley", edición oficial, página 39, Mendoza, 1940. La Comisión redactora de este proyecto de Código estuvo constituida por el doctor Alberto Corti Videla, por el ingeniero Ludovico Ivanissevich y por el autor de la presente obra.

(260) "Primer Congreso Argentino del Agua" (Sesiones y Votos), páginas 120 a 122 y 179, volumen 1º, Mendoza, 1941. La ponencia fue hecha por el delegado del Gobierno de la Provincia de Mendoza, doctor Alberto Corti Videla, y en la sesión plenaria fue defendida por el autor de la presente obra, que, aparte de representar también al Gobierno de Mendoza, actuó como relator y presidente de la comisión de Legislación de Aguas (obra y lugares citados).

(261) Dicha conclusión ya la he sostenido en otra oportunidad (Marienhoff: "Bienes Públicos", páginas 17-18), habiendo sido expresamente compartida por Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 93.

(262) La afirmación hecha en el texto, también la efectué con anterioridad (Marienhoff: "Bienes Públicos", página 18), habiendo sido asimismo expresamente compartida por Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 93.

(263) Constituciones de Portugal, artículo 49; de México, artículo 27, y ver Fraga, páginas 641-642; de Perú, artículo 33; de Bolivia, artículo 108.

(264) Gastón Federico Tobal, voto en "Jurisprudencia Argentina", tomo 53, página 661; Juan F. Linares: "El caso administrativo no previsto y la analogía jurídica en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional", en "La Ley", tomo 24, sección doctrinaria, página 184; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 357 y 371.

(265) Juan F. Linares, obra citada en la nota precedente, página 186.

(266) Zanobini, tomo 4º, páginas 12 y 16.

(267) Véase: Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 358-359 y 370-371; Sayagués Laso: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 147-148; Silva Cimma: "Derecho Administrativo Chileno y Comparado", tomo 1º, páginas 304-306.

(268) En igual sentido: Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 91-92. En cambio, Diez piensa que todo lo atinente al dominio público debe formar parte de una ley de derecho público ("Dominio Público", páginas 209-211), criterio no recomendable entre nosotros, dada la división jurisdiccional existente en esta materia entre la Nación y las provincias.

(269) Marracino e Conte, páginas 62-63; Planiol, tomo 1º, página 1010, nº 3067.

(270) Altherr: "El tratamiento jurídico-legal de las napas freáticas", página 6.

(271) Mayer, tomo 3º, página 127.

(272) Mayer, tomo 3º, página 128.

(273) En Prusia, por ejemplo, si bien todos los cursos de agua son *"privados"*, sea del Estado o de los particulares, la *importancia económica* que sirve para clasificar los ríos en cursos de primer, de segundo y de tercer orden, se determina por la "utilidad" y por el "peligro" de ellos (Holtz, Kreutz y Schlegelberger: "Das Preussische Wassergesetz" - "La Ley de Agua de Prusia" - página 9).

(274) Véase la nota del codificador doctor Vélez Sarsfield, al artículo 2340 , inciso 3º, del Código Civil.

(275) La razón tenida en cuenta para que los "torrentes" figuren en el dominio público, no puede ser otra que la de dejar totalmente libre la acción del Estado para la adopción de medidas defensivas tendientes a impedir los graves desastres que pueden ocasionar con la fuerza súbita y repentina de su caudal. Véase mi "Estudio crítico y de legislación comparada del anteproyecto del doctor Bibiloni en materia de derecho de agus", páginas 37-38.

(276) Guicciardi: "La giustizia amministrativa", página 9.

(277) Alessi, páginas 397-398.

(278) Zanobini, tomo 4º, página 31.

(279) Sayagués Laso: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, página 610.

(280) Constitución de San Luis, del 8 de junio de 1949, artículo 33, que puede verse en "Jurisprudencia Argentina", 1949-III, página 174, sección legislación. Dicho texto dice así: "Son también del dominio público de la Provincia las aguas subterráneas, reconociéndose al propietario del predio el derecho para extraerlas en la medida de sus necesidades, y con sujeción a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común".

(281) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 140, página 282 y siguientes; Marienhoff: "Régimen y Legislación, etc.", nº 322; Lafaille: "Tratado de los Derechos Reales", tomo 2º, página 95, nota 246, y página 96, nº 922, Buenos Aires, 1944; Legón: "Tratado de los Derechos Reales en el Código y en la Reforma", tomo VIII, página 235; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 555-560. Además: véase a Salvat: "Derechos Reales", tomo 1º, nº 647.

(282) Lo relacionado con el cambio de titular del agua subterránea planteaba otro problema importante. Descartada, por ilegal, la hipótesis de que las provincias declaren que dichas aguas, para lo sucesivo, pertenecerán al *dominio público* de ellas, corresponde preguntar: ¿pueden las provincias *expropiar* esas aguas, con prescindencia de los terrenos debajo de los cuales se encuentran o corren? Desde luego, la *Nación* puede hacerlo, por cuanto la ley nacional nº 21499, artículo 6º , expresamente autoriza la expropiación del subsuelo con independencia de la superficie. ¿Pero qué decir de las provincias? ¿Pueden expropiar en esa forma? Con anterioridad me expedí en contra de la posibilidad de que las provincias

efectúen una expropiación semejante (Marienhoff: "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 323, texto y nota 59). Pero hoy, después de la sanción de esa ley, y de la nº 13264 la solución debe ser distinta. Véase: Villegas Basavilbaso, tomo 6º, páginas 379-381; asimismo, puede verse a Bielsa: Derecho Administrativo, tomo III, páginas 463-464 (cuarta edición). Para el derecho anterior a las expresadas leyes: Lafaille: "Tratado de los Derechos Reales", tomo 1º, nº 530, Buenos Aires, 1943, que concuerda con la opinión que anteriormente he debido sostener. Pero no estaría demás que la Nación sancionara una ley general, modificatoria del Código Civil, autorizando la adquisición o enajenación del subsuelo con prescindencia de la superficie; ello evitaría controversias y contribuiría a la claridad y precisión de las respectivas situaciones jurídicas.

(283) Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 154, página 145 y siguientes: Marienhoff: "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 40; Proyecto de Código de Aguas para Mendoza, publicación oficial titulada "Legislación de Aguas. Antecedentes. Mensaje y Proyecto de Ley", Mendoza, 1940, páginas 39 y 50. Para la distinción entre restricción al dominio en interés privado y en interés público, puede verse a Villegas Basavilbaso, tomo 6º, páginas 42-45 y 60-61; asimismo, véase el tomo 4º de la presente obra, números 1241, 1242 y 1248.

(284) Es de advertir que dicha última parte del art. 2637 no figuraba en el texto originario. La generalidad de las aguas que nacen en terrenos de particulares, máxime si siguen fluyendo por terrenos inferiores, corren por *"cauces naturales"*.

(285) Véase el tomo IV de la presente obra, números 1635, punto a., 1646, 1662, 1663, punto d. y 1664. Además, véanse mis siguientes publicaciones: "La reciente reforma al Código Civil en materia de aguas", en "Jurisprudencia Argentina", Doctrina, Serie Contemporánea, 1970, página 255; "Acerca de la reforma al Código Civil en materia de aguas", en "Jurisprudencia Argentina", Doctrina, 1974, página 674, y "Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa", en "La Ley", 10 de marzo de 1983 (tomo correspondiente a 1983-B, página 910).

(286) Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, sentencia del 11 de marzo de 1985, *in re* "Ledesma S.A. c/Provincia de Jujuy", que puede vérsela en "La Ley", número extraordinario con motivo de su cincuenta aniversario, Buenos Aires, 15 de noviembre de 1985, página 47 y siguientes. Teniendo en cuenta, entre otros elementos, lo expuesto en mis trabajos, el Tribunal hizo lugar a la demanda contencioso-administrativa promovida por Ledesma S.A., estableciendo que lo dispuesto en el actual artículo 2637 del Código Civil -que fue reformado en 1968-, en cuanto a que las aguas que naciendo en una heredad particular, y siguen corriendo por *cauces naturales* hacia los fundos inferiores, pertenecen al *dominio público*, es inaplicable: 1º porque siendo esas aguas del dominio privado del dueño del inmueble donde nacen, es inadmisible que por simple cambio del derecho objetivo se conviertan en bienes de dominio público, sin previa indemnización a su dueño; 2º porque todas esas aguas, al seguir fluyendo hacia los fundos inferiores, lo hacen por *cauces naturales*.

(287) Véase: Jesús González Pérez, Julio Toledo Jáudenes y Carlos Arrieta Álvarez: "Comentarios a la ley de aguas", páginas 92-93, texto y notas, Madrid, 1987.

(288) "Estudio crítico y de legislación comparada del anteproyecto del doctor Bibiloni en materia de derecho de aguas" y "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas".

(289) Bibiloni: "Anteproyecto de reformas al Código Civil Argentino", tomo 3º, página 8.

(290) Bibiloni: obra citada, tomo 3º, página 24.

(291) "Reforma del Código Civil", tomo 3º, página 24.

(292) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 147, páginas 178 y 216, considerando 12, *in re* "Provincia de Buenos Aires c/Josefina Riglos de Álzaga", 15 de setiembre de 1926.

(293) Hauriou, "Précis", página 781.

(294) Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 3º, páginas 386-387, quinta edición.

(295) Presutti, tomo 1º, página 220.

(296) Pelloux, páginas 313-314.

(297) Puede verse a Planiol, tomo 1º, página 1009.

(298) Waline, página 429.

(299) Nota del codificador al artículo 2340 , inciso 3º, del Código Civil.

(300) Barckhausen: "Étude sur la théorie générale du domaine public", en "Revue, etc.", páginas 43-44, Paris, 1903.

(301) Véase mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", números 81, 82 y 83.

(302) Vitta, tomo 1º, nº 61; D´Alessio, tomo 2º, páginas 55-56; Lentini, tomo 1º, página 138; Sandulli, páginas 310-311.

(303) El lapso mencionado fue dado al aparecer la primera edición de este volumen (1960).

(304) Marienhoff: "Bienes Públicos. Potestad jurisdiccional para afectarlos y desafectarlos", páginas 13-15.

(305) 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 mis conclusiones (tomo 4º, páginas 305 y 342, nota).
Como argumento a favor de su tesis, Bielsa aduce que hay ciertos bienes que tanto pueden

ser naturales como artificiales. Pone como ejemplos una isla y un puerto. Sostiene que en ese sentido el Código no hace distinción alguna (obra citada, página 400). De este argumento ya se ocupó, años ha, Santi Romano, quien con toda exactitud, manifiesta que esas cosas similares a las "naturales", construidas por el hombre, se rigen por los principios aplicables a las cosas públicas *"artificiales"* (Santi Romano, páginas 184-185). Pero a tan categórica y plausible respuesta, agréguese que los "puertos" y las "islas" a que se refirió nuestro codificador en el artículo 2340 , incisos 2º y 6º, respectivamente, son, sin duda alguna, los de origen *"natural"* tan sólo. Dichos bienes, cuando su existencia responda a un hecho del hombre, encuadrarían en el inciso 7º *in fine*, del expresado texto. Más adelante, al referirme a las *"formas"* de la afectación y de la desafectación (números 1744 y 1753), quedará de manifiesto la trascendencia fundamental que al respecto reviste la índole "natural" o "artificial" del bien o cosa.

(306) Linares Quintana: "Gobierno y Administración de la República Argentina", tomo 1º, páginas 422-423; Masnatta: "Expropiación de bienes públicos provinciales y municipales", página 11, texto y nota; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 82, 302-305, 340, 357 y 363.

(307) Raúl Rial: "Régimen legal de las tierras públicas y fiscales", página 27; Jansse, página 113; Fraga, página 648; Rolland, página 450; Alessi, páginas 397 y 400; Laubadère, página 742; Sandulli, páginas 310-312.

(308) Jansse, página 113; Rolland, página 450; Laubadère, página 750.

(309) Hauriou, página 834.

(310) Téngase presente que la ley 23775 , del año 1990, declaró *"provincia"* al Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

(311) En sentido concordante: Hauriou, página 829; Lancis, página 292; "Jurisprudencia Argentina", tomo 50, página 354.

(312) Marienhoff: "Bienes Públicos. Potestad jurisdiccional para afectarlos y desafectarlos", página 18.

(313) Mayer, tomo 3º, página 138; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 302.

(314) Fallos, tomo 146, página 314; tomo 147, páginas 330-331 y "Jurisprudencia Argentina", tomo 22, páginas 40 y 43, 47 y 49; Fallos, tomo 182, página 380.

(315) Fallos, tomo 149, páginas 71 y 76; tomo 161, páginas 420 y 426.

(316) Hauriou, páginas 829-830.

(317) Fallos, tomo 146, páginas 304 y 314; tomo 182, página 380; "Jurisprudencia Argentina", tomo 22, páginas 43 y 49 (en esta revista se *transcriben* dos sentencias de la Corte Suprema sólo *mencionadas* en la colección del alto Tribunal, tomo 147, páginas 330-331). En sentido concordante con el texto, véase a Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 302, nota.

(318) Mayer, tomo 3º, páginas 138-139.

(319) Hauriou, página 829.

(320) Forsthoff, páginas 493-494.

(321) Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 321-323.

(322) La legislación sobre aguas presenta un caso que guarda analogía con lo dicho en el texto. El Código Civil declara públicos los ríos, sin distinguir entre navegables o no; pero sin perjuicio de que en ambos casos la condición legal del río es la misma, la circunstancia de ser navegable o flotable apareja importantes consecuencias jurídicas. ¿Se requiere alguna expresa declaración de la autoridad pública para que un curso de agua se considere "legalmente" navegable? En otra oportunidad me ocupé de esta interesante cuestión; sostuve la improcedencia de tal declaración (Marienhoff: "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", páginas 352-353). Villegas Basavilbaso ha compartido mi criterio (tomo 4º, página 518, texto y nota 77). Juzgo equivocada la opinión de Waline, página 458, para quien es necesaria la existencia de un acto que declare navegable el río de que se trate. Véase más adelante, texto y nota 136.

(323) Véase: Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 9º, páginas 278-279 y tomo 147, página 178 y siguientes. Lo expresado en el texto, que constituye el principio básico, no se desvirtúa por la facultad nacional para construir caminos interprovinciales, por ejemplo, pues esto se rige por otras normas. Ver número 1870 y siguientes.

(324) Las ideas generales expresadas en el texto sobre la potestad jurisdiccional para afectar bienes públicos, que ya anticipé en otra publicación ("Bienes Públicos", páginas 18-22), fueron compartidas por Linares Quintana: "Gobierno y Administración de la República Argentina", tomo 1º, página 423, y por Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 306-309.

(325) Waline, página 459. Además: Lancis, página 292.

(326) Si se tratare de construir una calle o un cementerio, por ejemplo, utilizando para ello un inmueble perteneciente a la provincia, bastará un acto administrativo de la provincia que autorice la construcción, salvo que a texto expreso se requiera que ello sea autorizado por ley. Pero si para tales obras hubiere que expropiar bienes de un particular, se requerirá una ley que autorice la expropiación y califique la utilidad pública; excepcionalmente puede bastar un acto administrativo fundado en ley (acto de ejecución o de delegación). Similares principios rigen para las obras que, en ejercicio de sus potestades constitucionales, construyese la Nación en el territorio de las provincias.

(327) Mayer, tomo 3º, páginas 139-140 y 144; Wieland, tomo 1º, páginas 192-193; Presutti, tomo 1º, páginas 226-227; Caetano, páginas 577-578; Lancis, página 292; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 314-316; García de Enterría, páginas 21 y 25. En igual sentido: Cámara Civil 2º de la Capital, en "Jurisprudencia Argentina", 1951-I, páginas 36-37.

(328) En sentido concordante: Caetano, página 578.

(329) Wieland, tomo 1º, página 193; Caetano, página 577.

(330) Mayer, tomo 3º, página 140; Guicciardi: "Il Demanio", página 203; Caetano, página 577.

(331) Conforme: Guicciardi, obra citada, página 203.

(332) Caetano, página 577.

(333) Wieland, tomo 1º, página 193.

(334) Mayer, tomo 3º, página 140; Guicciardi, obra citada, página 203.

(335) Zanobini, tomo 4º, página 35.

(336) Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 316.

(337) Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 316-317.

(338) Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 316, nota 25.

(339) Guicciardi: "Il Demanio", página 204, texto y notas; Presutti, tomo 1º, páginas 226-227; Zanobini, tomo 4º, página 32.

(340) Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 146, página 314, y tomo 147, páginas 330-331. En este último tomo sólo se *mencionan* los fallos dictados en los juicios "Provincia de Buenos Aires contra Peralta Ramos" y "Provincia de Buenos Aires contra Peralta Ramos de Lestache", pero ambas sentencia del Tribunal se *"transcriben"* íntegramente en "Jurisprudencia Argentina", tomo 22, página 40 (43) y página 47 (49).

(341) Fallos, tomo 194, páginas 426-427.

(342) Véanse los autores citados en la precedente nota 29 (lugares ahí mencionados). Además: Mayer, tomo 3º, página 138; D´Alessio, tomo 2º, página 56, nº 373.

(343) La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado que es esencial para la existencia de la afectación, la manifestación de voluntad del poder público, expresada en las formas propias del Derecho Administrativo. Ver Fallos, tomo 146, página 314; tomo 147, páginas 330-331 (en este último tomo sólo se *mencionan* los fallos citados en los juicios "Provincia de Buenos Aires c/Peralta Ramos" y "Provincia de Buenos Aires c/Peralta Ramos de Lestache", pero ambas sentencias del Tribunal se *"transcriben"* íntegramente en "Jurisprudencia Argentina", tomo 22, páginas 40 y 43 y páginas 47 y 49); tomo 149, página 76. Además: Cámara Civil 2ª de la Capital, en "Jurisprudencia Argentina", 1951-I, páginas 36-37.

(344) F. Laurent: "Principes de droit civil français", tomo 6º nº 55, página 78.

(345) Mayer, tomo 3º, páginas 137-138.

(346) Forsthoff, páginas 497-498.

(347) Fleiner, página 285; Hauriou, página 830, nota 95.

(348) D´Alessio, tomo 2º, página 55.

(349) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 194, páginas 210 y 214; Cámara Civil 2ª de la Capital, en "Jurisprudencia Argentina", 1951-I, páginas 23 y 36-37; Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en "La Ley", tomo XVI, página 922.

(350) Mayer, tomo 3º, página 137.

(351) Laurent, tomo 6º, nº 55, páginas 77-78; Zanobini, tomo 4º, página 32.

(352) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 113, página 159.

(353) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 121, páginas 36-37.

(354) En igual sentido: D´Alessio, tomo 2º, página 55.

(355) Vitta, tomo 1º, página 238; Lentini, tomo 1º, página 128, quien sostiene que la afectación puede ser potencial como en el campo del dominio hidráulico. Lentini olvida que, respecto a los bienes "naturales" -como los del dominio hidráulico-, el acto que les atribuye carácter público vale también automática afectación, sin que sea menester ningún otro acto que complemente o integre a aquél.

(356) Oda, página 331.

(357) Oda, lugar indicado en la nota precedente.

(358) Recuérdese que para mí el titular del dominio público no es el *Estado,* sino el *pueblo,* y que si empleo expresiones de las cuales aparezca como titular el *Estado,* esto lo hago solamente por comodidad de expresión (véase nº 1694 *in fine*).

(359) Mayer, tomo 3º, páginas 138 y 146; Fleiner, páginas 295-296.

(360) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 119, páginas 158 y 160; además, véase tomo 97, página 332.

(361) Por aplicación de tales ideas, se ha declarado que el permiso otorgado por una municipalidad -y aceptado por el interesado- para dividir un inmueble en lotes, supeditado dicho permiso a la condición de que dentro de la superficie a dividir se reservaría, gratuitamente, la tierra necesaria para calles, no es violatorio de garantía constitucional alguna y da como resultado que el Estado adquiera el dominio del terreno ocupado por esas calles (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 194, páginas 422 y 426-428; Cámara Federal de La Plata, en "Jurisprudencia Argentina", tomo 17, páginas 472-474). Ver página 197, texto y nota 31.

(362) En el nº 1695, letra f., hice notar que la *"expropiación",* por sí, no convierte en "dominial" la cosa expropiada.

(363) La opinión expresada en el texto, que ya la sostuve en otra oportunidad ("Bienes

Públicos", página 19), ha sido expresamente compartida por Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 307 y 312-313.

(364) Forsthoff, página 498.

(365) Cammeo: "Demanio", en "Il Digesto Italiano", tomo 9º, Torino, 1887-1898, página 889.

(366) Cammeo, obra citada, página 892.

(367) D´Alessio, tomo 2º, página 56; Lentini, tomo 1º, páginas 138-139; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 309-311.

(368) En igual sentido: Waline, páginas 434 y 458; Vitta, tomo 1º, página 242; Caetano, página 578. Además, es interesante lo que escriben Rispoli, páginas 241-242 y Santi Romano, páginas 185-186. En el sentido del texto: Cámara Civil 2ª, de la Capital, en "Jurisprudencia Argentina", 1951-I, páginas 23 y 33.

(369) Véase lo que escribe Lafaille: "Tratado de los derechos reales", tomo 1º, nº 570, Buenos Aires, 1943, para quien la prescripción constituye un medio *"originario"* de adquisición del dominio, es decir un medio por el cual el adquirente obtiene la cosa *por sí mismo*.

(370) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 141, página 314; tomo 149, páginas 71 y 76; tomo 161, páginas 420 y 426.

(371) Zanobini, tomo 1º, página 197.

(372) Baudry Lacantinerie et Tissier: "De la Prescriptión", página 14; Zanobini, tomo 1º, página 201.

(373) Cammeo: "Demanio", en "Il Digesto Italiano", tomo 9º, Torino, 1887-1898, página 892. En igual sentido: Zanobini, tomo 1º, página 201.

(374) Baudry Lacantinerie et Tissier, página 14; Lafaille: "Tratado de los Derechos Reales", tomo 1º, página 603, Buenos Aires, 1943.

(375) Véanse los fallos citados en la precedente nota 60.

(376) Baudry Lacantinerie et Tissier, página 14; Lafaille, obra citada, página 603; Zanobini, tomo 1º, página 201.

(377) Baudry Lacantinerie et Tissier, página 15; Lafaille, obra citada, página 603.

(378) García de Enterría, páginas 47-48.

(379) D´Alessio, tomo 2º, páginas 56-57.

(380) Zanobini, tomo 1º, página 201.

(381) Véanse los fallos citados en la precedente nota 60.

(382) Baudry Lacantinerie et Tissier: "De la Prescription", página 15; Zanobini, tomo 1º, página 201.

(383) En igual sentido: Mayer, tomo 3º, página 176; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 355-356; Forsthoff, páginas 498-499.

(384) 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 los poseía entre sus bienes públicos"* (Fallos, tomo 146; páginas 326 y 333).

(385) Véase mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 362.

(386) En idéntico sentido: Sandulli, página 313.

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

(388) Lentini, tomo 1º, página 140, nº 12.

(389) 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.

(390) Vitta, tomo 1º, páginas 240-241; Forsthoff, página 498. Además: Arturo M. Bas, tomo 2º, página 311; Luis Claro Solar, tomo 6º, páginas 170-178; Raymundo M. Salvat (Parte General), nº 1499, Buenos Aires, 1931; Guillermo Varas C., página 176.

(391) Véanse los precedentes números 1725 y 1726, texto y notas.

(392) Tal conclusión, que ya sostuve en otra oportunidad ("Bienes Públicos", páginas 12 y 23-24), ha sido expresamente compartida por Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 326-327 y 340).

(393) Guicciardi considera que la demolición de una fortaleza o la desecación definitiva de un lago, ordenadas por la Administración Pública, implica una violación del principio general de la legalidad de los actos administrativos y, en particular, del acto legislativo de destinación, porque la autoridad administrativa -dice- no puede destruir un bien que posee todos los requisitos de la dominialidad ("Il Demanio", página 231). Salvo que la afirmación de Guicciardi se refiera esencial y concretamente a la *falta de competencia* de la Administración Pública para disponer tales actos, su opinión resultaría equivocada, pues estaría olvidando que no hay bienes públicos por naturaleza, ni por derecho natural, y que el dominio público es sólo un concepto jurídico modificable, en cualquier momento, por otro concepto jurídico, lo que habilita a la autoridad competente para *desafectar* cualquier bien o cosa incluido en dicho dominio.

(394) Caetano, página 593.

(395) Marienhoff: "Bienes Públicos", página 22.

(396) Otto Mayer, tomo 3º, página 177.

(397) Cámara Civil 1ª de Apelaciones de la Capital en "Jurisprudencia Argentina", tomo 37, páginas 255 y 265, voto del doctor Gastón F. Tobal.

(398) Masnatta: "Expropiación de bienes públicos provinciales y municipales", en "Boletín de Informaciones Petroleras", página 11, texto y nota.

(399) D´Alessio, tomo 2º, página 95.

(400) En concordancia con lo que dejo dicho, transcribiré las siguientes palabras del doctor Rodolfo Rivarola, contenidas en el erudito dictamen a que también me he referido (ver nº 1727, nota 207):
"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 67 , inciso 11 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" (véase ese trabajo en Quirós y Emiliani, tomo 2º, página 29). La opinión que doy en el texto ya la expuse en otra publicación ("Bienes Públicos", página 26), y fue expresamente compartida por Linares Quintana, "Gobierno y Administración de la República Argentina", tomo 1º, página 423; por Masnatta, "Expropiación de bienes públicos provinciales y municipales", página 11, texto y nota 85, y por Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 340 y 341.

(401) Tales consecuencias legales de ese tipo de desafectación, además de ser una consecuencia normal de la desafectación, las ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al decir en uno de sus fallos: "Que el contrato realizado el 22 de octubre de 1875, entre el gobierno de la provincia de Buenos Aires y los señores Jacinto L. Aráoz, Gregorio Torres y Juan Cruz Varela, tuvo por objeto transformar tierras del cauce del río por tierras altas y libres de las aguas, realizando así una verdadera especificación, transformando a la vez, una cosa del dominio público en otra del dominio privado" (Fallos, tomo 105, páginas 178-179).

(402) En el año 1855, 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).

(403) 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).

(404) 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.

(405) 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 trasmitir 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 federal 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, páginas 192-193 y 259). Además, véase el fallo que se registra en el tomo 105, página 174 y siguientes de la colección de dicho Tribunal.

(406) En publicaciones anteriores he sostenido idénticas conclusiones ("Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 253; "Bienes Públicos. Potestad jurisdiccional para afectarlos y desafectarlos", páginas 28-30), soluciones que fueron compartidas por Linares Quintana, "Gobierno y Administración de la República Argentina", tomo 1º, página 423; Masnatta: "Expropiación de bienes públicos provinciales y municipales", página 11, texto y nota 85, y Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 342-344.

(407) En el sentido del texto, véase el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación transcripto en la precedente nota 94. Además, téngase presente el artículo 3º del decreto del Poder Ejecutivo Nacional del 31 de marzo de 1909, que establece que las Prefecturas, Subprefecturas y todas las autoridades nacionales que ejerzan funciones en los ríos navegables o en las costas del mar, vigilarán cuidadosamente los lechos de los mismos, e impedirán que se ejecute en ellos acto alguno que importe modificar el estado actual de las cosas, salvo que por decreto del Poder Ejecutivo Nacional se haya declarado "que el acto que se trata de ejecutar o se hubiere ejecutado no obstruye la libre circulación de las riberas, ni afecta el comercio, la navegación o el régimen hidráulico del río o de la costa del mar".

(408) Tal conclusión, que ya expuse en mi libro "Bienes Públicos", páginas 25 a 28, fue expresamente compartida por Linares Quintana, tomo 1º, página 423, y por Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 344-345; en igual sentido: Masnatta: "Expropiación de bienes públicos provinciales y municipales", páginas 11-12.

(409) Mayer, tomo 3º, página 175.

(410) Ya en otra oportunidad sostuve ese opinión ("Bienes Públicos", páginas 26-27), habiendo sido compartida por Linares Quintana, tomo 1º, página 423, y por Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 340-341.

(411) En 1956 se efectuó en forma correcta una desafectación de este tipo: por decreto ley

-después ratificado por ley del Congreso-, el Gobierno de la Revolución dispuso la venta de las *islas* pertenecientes a la Nación. Tal decreto-ley surte efectos de *acto de desafectación*. El referido decreto-ley, nº 14577, del 13 de agosto de 1956, publicado en el Boletín Oficial el 17 de diciembre de 1956, dice así en su artículo 16: "Las islas fiscales estarán sometidas al régimen del presente decreto-ley, en todo lo que sea compatible con la seguridad del Estado y las exigencias de la navegación. A su vez, el decreto reglamentario de aquél, nº 21915, del 7 de diciembre de 1956, publicado en el Boletín Oficial el 26 de diciembre de 1956, dice así en su artículo 35: "La Dirección General de Tierras adjudicará en venta a sus actuales ocupantes las islas fiscales, previo informe de los organismos competentes acerca de la seguridad del Estado y de la navegación". Dicho decreto-ley quedó ratificado, por la ley del Congreso que ratificó los decretos-leyes dictados por el Gobierno de la Revolución.

(412) En sentido concordante: Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 343-344.

(413) Considero que este tipo de desafectación implica un acto de *mera administración,* porque mediante ella la provincia respectiva se limita a *modificar el destino* -dispuesto por ella- de un bien *creado por ella misma*. En cambio, en los supuestos de desafectación por transformación o especificación, la provincia *transforma* en todo o en parte un bien declarado público por el legislador, pero de origen *"natural":* una provincia puede ordenar la extinción de todo o parte de un curso "natural" de agua, por ejemplo, pero no podrá lograr la *creación* de un curso de esa índole. La extinción de un bien público "natural" es, pues, un acto de *"disposición"*. Del mismo modo en que la Administración, por acto administrativo, puede ordenar la creación de una calle, por un acto de igual naturaleza puede ordenar la extinción de esa calle. En un caso se trata de un *mero cambio de destino* de una cosa cuyo carácter público sólo dependía de ese *"destino";* en el otro caso se trata de la *transformación* de todo o parte de un bien cuyo carácter público dependía de su *"índole"*. Por eso en el parágrafo anterior hice notar que respecto a los bienes declarados públicos por su *"índole"* (bienes "naturales"), revisten calidad dominial *todos* los de la misma especie (por ejemplo, los ríos); pero tratándose de bienes declarados públicos por su *"destino"* (bienes "artificiales"), sólo y únicamente revisten calidad dominial los bienes de esa especie que estén consagrados al uso público, siendo ésa la razón por la que no todo edificio del Estado es público, sino únicamente los destinados o afectados al uso público. De manera que las razones por las que en un caso la desafectación es acto de "disposición" y en otro caso acto de "administración", aparecen fundadas en esas categóricas diferencias a que me he referido.

(414) Disiento, pues, con la opinión de Bielsa, tomo 3º, páginas 413-414 (quinta edición) y de Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 347-348, 351 y 356, en cuanto consideran que la desafectación por hechos de la naturaleza, como el cambio de curso de un río, requiere ratificación administrativa, es decir un acto administrativo.

(415) Nuestro codificador, doctor Vélez Sarsfield, para reconocer los efectos del cambio de lecho de un río, no exige ratificación alguna de carácter administrativo (nota al artículo 2604 del Código Civil).

(416) En igual sentido: Lentini, tomo 1º, página 139; Vitta, tomo 1º, página 240. Por cierto, la desafectación de los bienes públicos *"artificiales"* por hechos de la naturaleza, se produce en la misma forma que la de los bienes "naturales". Por eso juzgo equivocada la

opinión de Berthélemy, en cuanto al referirse al cegamiento de un canal, producido por un *hecho,* pretende que para que ese hecho valga desafectación, debe emanar de la Administración y ser *regularmente ordenado* (página 490). Aparte de olvidar el efecto de los hechos naturales, Berthélemy confunde la desafectación por "hechos" con la desafectación llevada a cabo en cumplimiento de un *"acto formal"*.

(417) En sentido concordante: D´Alessio, tomo 2º, página 95; Fleiner, página 295; Mayer, tomo 3º, páginas 175-178; Laferrière, páginas 224-225; Laurent, tomo 6º, páginas 81-82; Caetano, páginas 593-595. Únicamente Álvarez Gendín pretende que la desafectación debe ser *expresa* y *no* tácita ("El Dominio Público", página 41); pero su opinión carece de todo fundamento y hállase desvirtuada por las enseñanzas de la generalidad de la doctrina actual. Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en reiterados pronunciamientos, ha declarado que la desafectación puede producirse no sólo por "actos" de la Administración Pública, sino también por *"hechos"* de la misma (Fallos, tomo 146, páginas 289 y 297; tomo 147, páginas 154-155 y 164-165).

(418) D´Alessio, tomo 2º, página 96.

(419) Mayer, tomo 3º, página 177; Caetano, página 594.

(420) Laferrière, página 224; D´Alessio, tomo 2º, página 96.

(421) Mayer, tomo 3º, páginas 177-178.

(422) Caetano, página 595.

(423) Laurent, tomo 6º, página 82; Caetano, página 595.

(424) D´Alessio, tomo 2º, g 96.

(425) Presutti, tomo 1º, página 228; Diez: "Dominio Público", página 449. En sentido concordante: Hauriou, páginas 795-796.

(426) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 147, páginas 180 y 220-221.

(427) Mayer, tomo 3º, página 176.

(428) Mayer, tomo 3º, página 178.

(429) Nicanor de Elía: "Dominio Público Nacional", página 24.

(430) Por eso la simple *"desidia"* o el *"error"* de los funcionarios encargados de velar por la conservación de los bienes dominiales, no traduce el *asentimiento* de las autoridades públicas requerido para que los hechos de los particulares o administrados surtan efectos de desafectación (véase el voto del doctor Raymundo M. Salvat, en "Jurisprudencia Argentina", tomo 29, páginas 227-228). Para que el asentimiento de la Administración Pública aparezca *tácitamente* expresado, será menester que su conducta o actitud permita deducir *inequívocamente* esa voluntad implícita. Todo esto también constituye una *cuestión de hecho,* que debe dilucidarse o aclararse en cada caso concreto, a través de las pruebas

que se produzcan.

(431) La doctrina está conteste en que los hechos de los particulares o administrados, por sí solos, son inhábiles para operar la desafectación: Fleiner, página 295; D´Alessio, tomo 2º, página 95; Rial: "Régimen legal de las tierras públicas y fiscales", página 106; Caetano, página 595. En igual sentido, véase Cámara Civil 1ª de la Capital, en "Jurisprudencia Argentina", tomo 37, páginas 255 y 264, considerando 16.

(432) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 146, páginas 289 y 297; tomo 147, páginas 154-155 y 164-165. En Fallos, tomo 263, página 437 , la Corte Suprema dijo que la desafectación requiere una evidencia absoluta para tenerla por operada.

(433) Cammeo: "Demanio", en "Il Digesto Italiano", tomo 9º, página 892; Presutti, tomo 1º, páginas 227-228; D´Alessio, tomo 2º, página 96; Santi Romano, página 205, nº 8; Lentini, tomo 1º, página 10, nº 13; Zanobini, tomo 4º, página 36; Fragola, página 206; Vitta, tomo 1º, página 242.

(434) Entre otros, véase a Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 348-349.

(435) Puede verse: Laurent, tomo 6º, páginas 81-82.

(436) En igual sentido: Vitta, tomo 1º, página 242; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 348-349.

(437) Santi Romano, página 205, nº 8; Zanobini, tomo 4º, página 36; Fragola, página 206.

(438) Cammeo: "Demanio", en "Il Digesto Italiano", tomo 9º, página 892.

(439) En sentido concordante: D´Alessio, tomo 2º, página 96. Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado que las cosas que están fuera del comercio no pueden ser objeto de prescripción (Fallos, tomo 147, páginas 180 y 220).

(440) Efectivamente, la *Nación,* en una ley anterior, del año 1956, admitió que los ocupantes de islas suyas las adquiriesen por compra (véase la precedente nota 100). De manera que esas podrían ser las islas pertenecientes a particulares de que habla el Código Civil en su art. 2340 , inciso 6º. Puede verse: Marina Mariani de Vidal: "Curso de Derechos Reales", tomo 1º, páginas 220-221.

(441) La calidad de bienes "públicos" de las islas es característica de nuestra ley. En la legislación comparada es casi uniforme su carácter "privado", es decir el de bienes "patrimoniales" atribuidos al Estado o a los particulares. Véase mi obra "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 382, como así el tomo 6º del presente "Tratado".

(442) En ese sentido, véanse las leyes números 4207 y 4276 , de la provincia de Buenos Aires, referentes al Delta del Paraná y a la Isla Santiago. La ley de tierras de Santa Fe, del año 1884, autorizó al Poder Ejecutivo para vender las islas situadas dentro de los límites de la provincia.

(443) Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 126, página 82 y siguientes.

(444) Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 151, página 272; tomo 184, página 691 y siguientes; tomo 191, página 473 y siguientes. Claro está que la posesión de una isla será eficaz para adquirirla por prescripción, si los respectivos actos posesorios se cumplieron con anterioridad a la sanción del Código Civil, bajo la vigencia de una legislación que les atribuía carácter de bienes "privados"; en tal sentido, véase el fallo que se publica en "Jurisprudencia Argentina", 1942-III, páginas 36, 37 y 44.

(445) Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 191, página 473 y siguientes.

(446) Fallos, tomo 191, página 483.

(447) Fallos, tomo 184, página 698.

(448) En sentido concordante: Marina Mariani de Vidal, tomo 1º, páginas 220-221.

(449) Cámara de Apelaciones de Bahía Blanca, en "Jurisprudencia Argentina", 1942-III, páginas 35 y 36, con un interesante voto del doctor Enrique N. Mallea.

(450) "Establecido como queda en los números precedentes, que las islas son bienes del dominio público según el Código Civil, y que como tales no pueden venderse, está demostrada la proposición de que son abiertamente opuestas la ley nacional y la ley provincial que autorizó la venta". Y después de sostener que de acuerdo con nuestro orden constitucional sólo el Congreso puede cambiar la naturaleza jurídica de los bienes del dominio público, dice lo siguientes: "Trasladando la cuestión de las islas a otros de los bienes del dominio público declarados por el artículo 2340 del Código Civil, creo que se percibirá mejor este argumento. No habrá quien sostenga que los ríos pueden ser declarados por una provincia bienes privados del Estado, y transferidos al dominio de un particular; ni habrá quien sostenga que previa una declaración legislativa provincial de que las calles son bienes privados del Estado, pueden venderse las calles a los particulares, privando al público de su uso y goce. Pues esto es lo que han hecho la legislatura provincial y el Poder Ejecutivo de 1888. Han entregado al dominio privado las islas del Paraná, violando el derecho del público, garantido por una ley superior" (Rodolfo Rivarola, dictamen publicado por Quirós y Emiliani, tomo 2º, páginas 28 y 29).

(451) Todo lo expuesto en materia de islas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, contrasta con lo resuelto acertadamente por ese mismo Tribunal acerca de la disposición de una ley de la provincia de Catamarca que, substancialmente, implicaba una desafectación del agua pública (agua de ríos) en beneficio de los particulares. Dijo la Corte: "Si bien es exacto que una ley anterior confería a los particulares en propiedad el agua pública por la posesión continuada de veinte años (art. 31 de la ley del 3 de octubre de 1896) y este derecho ha sido invocado por el actor, no es menos exacto que *el carácter de bienes del dominio público* que revisten las aguas de los ríos *no puede ser cambiado ni alterado por disposición alguna de la ley local,* y que cualquiera sea el derecho que ésta quisiera acordar en beneficio particular, ese derecho debe considerarse subordinado a los principios

establecidos en las disposiciones citadas de la ley civil, los que, como dice la nota al artículo 2340 , proclaman la necesidad de que el Estado sea el único propietario y regulador del uso de dichas aguas (art. 31 de la Constitución Nacional)" (Fallos, tomo 180, página 182). ¿Por qué se ha seguido un criterio respecto a la desafectación de islas y otro distinto respecto a la desafectación de aguas, siendo que en ambos supuestos se trata de bienes públicos "naturales", gobernados por idénticos principios jurídicos? Lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en materia de desafectación de islas, contrasta, asimismo, con el siguiente principio rector sentado anteriormente por ella misma: "El Código Civil argentino, dictado, en consecuencia, de la Constitución Federal, es desde el 1º de enero de 1871, ley suprema de la República en materia de derecho civil, sin que las provincias puedan invocar contra él sus constituciones o sus leyes (arts. 67 , inciso 11; 31 y 108 de la Constitución Nacional)" (Fallos, tomo 147, página 219, considerando 21). Así es en efecto. Pero entonces ¿por qué razón la Corte Suprema acepta que las provincias *desafecten* a las islas, privándolas de su carácter dominial y convirtiéndolas en bienes privados, siendo que, como lo expresé en los números 1727 y 1728, la facultad de determinar qué bienes serán públicos y cuáles privados, por constituir una cuestión *"civil",* le pertenece exclusivamente a la *Nación*?.

Por lo demás, téngase presente que todo acto que tienda a la enajenación de bienes dominiales -"islas", en la especie-, sin su previa desafectación *idónea,* es írrito. En el presente caso, esa invalidez del acto obedece a un doble orden de motivos: a) porque la venta directa de bienes dominiales, sin previa desafectación, constituye un acto *ilegítimo* (ver nº 1753, texto y notas 113, 114 y 115); b) porque la *desafectación*, a igual que todo acto de derecho público, realizado por autoridad *incompetente,* constituye asimismo un acto *ilegítimo* (nº 1754). Téngase presente que la ley de Catamarca del 3 de octubre de 1896, a que hizo referencia la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fue derogada por dicha provincia en el año 1973, al dictar su actual ley sobre aguas.

(452) Alberto G. Spota, nota en "Jurisprudencia Argentina", 1942-I, página 1019.

(453) Spota: "Tratado de Derecho Civil", El Objeto del Derecho, página 608: además, tomo Iº, volumen 1, páginas 413-414.

(454) Marienhoff: "Bienes Públicos. Potestad jurisdiccional para afectarlos y desafectarlos", páginas 30-40; Marienhoff: "Acerca del llamado *derecho judicial:* su alcance. La costumbre derogatoria o *contra legem*. La justicia en la estructura escalonada del orden jurídico", en "Jurisprudencia Argentina", 1950-I, sección doctrinaria, página 73 y siguientes.

(455) Linares Quintana, tomo 1º, página 423; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 619-626. Asimismo: Marina Mariani de Vidal, tomo 1º, páginas 220-221.

(456) Villegas Basavilbaso, lugar indicado en la nota precedente.

(457) Véase mi citado trabajo "Bienes Públicos", páginas 40-41. El criterio que al efecto siguió el legislador que en 1968 reformó el artículo 2340 , inciso 6º, del Código Civil, agregándole las palabras *"cuando ellas no pertenezcan a particulares",* no es satisfactorio, porque quienes adquirieron sobre la base de actos -leyes o sentencias- violatorios de la Constitución no pueden considerarse *"dueños"* de esas islas.

(492) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 48, página 200; tomo 121, página 37. En igual sentido: Zanobini, tomo 4º, página 36, número 7.

(493) Ducrocq, tomo 4º, página 356; Berthélemy, página 491; Diez: "Dominio Público", página 276; Bullrich: "Principios, etc.", página 215; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 138-139; Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", página 766.

(494) Véase mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 37; asimismo, véase más adelante el capítulo de la presente obra dedicado a la tutela o protección del dominio público.

(495) Pietro Cogliolo, tomo 1º, páginas 536-537, Pacelli, nº 386; Manes, página 281. Además, véase mi "Dominio Público. Protección jurídica del usuario", páginas 121-122.

(496) Véase mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 37; además: Berthélemy, página 493.

(497) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 119, páginas 158-161.

(498) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 146, páginas 363 y 369; tomo 181, páginas 111 y 117.

(499) Véase mi "Dominio Público. Protección jurídica del usuario", páginas 107-108. Asimismo, véase el nº 1864 de la presente obra.

(500) En sentido concordante: Berthélemy, páginas 492-493; Rolland, página 471.

(501) La Corte Suprema de Justicia de la Nación reiteradamente les ha negado eficacia a los actos posesorios ejercidos por los particulares o administrados sobre dependencias dominicales y, en consecuencia, desestimó los interdictos o acciones posesorios promovidos por ellos respecto a dichos bienes (Fallos, tomo 128, páginas 401-402, considerando 32; tomo 149, páginas 71 y 75-76).

(502) Ver nº 1768, texto y notas 39 a 41.

(503) Sobre ello, véase mi "Dominio Público. Protección jurídica del usuario", capítulos VI y VII. Asimismo, véase más adelante la presente obra, donde me refiero a la protección jurídica de los usuarios portadores de derechos *especiales o privativos* de uso.

(504) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 141, páginas 307 y 313-314.

(505) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 109, página 403; tomo 114, página 327 y siguientes y página 339 y siguientes.

(506) Diez: "Dominio Público", página 279; Bullrich: "Principios, etc.", página 214; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 140-141.

(507) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 113, página 64.

(508) Cámara Civil 2º de la Capital, en "Jurisprudencia Argentina", tomo 14, página 1133.

(509) Argentino G. Barraquero: "Cuestiones Jurídicas", página 49, Buenos Aires 1944.

(510) Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 3º, página 437 (cuarta edición).

(511) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 159, página 222. Puede verse Mayer, tomo 3º, página 146.

(512) Villegas Basavilbaso, tomo 6º, páginas 468 y 472.

(513) Jansse, página 146.

(514) Ducrocq, tomo 4º, página 356; Lazo Preuss: "Régimen legal de las aguas corrientes", páginas 162-163; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 140; Laubadère, página 766.

(515) Acerca del carácter estrictamente "personal" del usufructo, véase la nota del doctor Vélez Sarsfield al artículo 2807 del Código Civil.

(516) Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 140.

(517) Raymundo M. Salvat: "Tratado de Derecho Civil Argentino", Derechos Reales, tomo 2º, nº 1532.

(518) Mayer, tomo 3º, página 298.

(519) Mayer, tomo 3º, páginas 293-294.

(520) En igual sentido: Cammeo: "Demanio", en "Il Digesto Italiano", tomo 9º, página 896, Torino, 1887-1898; Mayer, tomo 3º, páginas 279 y 292 y siguientes; Alessi, página 385; Zanobini, tomo 4º, página 19; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 139.

(521) Entre los que opinan en ese sentido negativo, pueden mencionarse: Ducrocq, tomo 4º, página 356; Jansse, página 62; Diez: "Dominio Público", páginas 276-277.

(522) Acerca de todo lo atinente a la teoría de los "derechos reales administrativos", véase mi "Dominio Público. Protección jurídica del usuario", capítulo VII, y el nº 1866 de la presente obra.

(523) Proudhon, tomo 1º, números 363-370; Zachariae, tomo 2º, páginas 195-196.

(524) Guicciardi: "Il Demanio", páginas 380-381; Zanobini, tomo 4º, página 19; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 139, nota. En Francia la jurisprudencia actual está dividida: mientras el Consejo de Estado niega la posibilidad de tales servidumbres, la Corte de Casación la acepta, siempre que la servidumbre sea compatible con el destino del bien (véase Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", página 766).

(525) El fundamento que el doctor Vélez Sarsfield tuvo en cuenta para establecer ese texto, consiste en que los bienes que integran el dominio público son inalienables, por cuya razón no pueden ser gravados con servidumbres, porque gravar una cosa con servidumbres es enajenarla en parte (nota al artículo 3002). Tal fundamento es equivocado, según así lo haré ver al final de este mismo parágrafo.

(526) Entre dichos expositores, véase: Ducrocq, tomo 4º, página 356; Hauriou: "Précis, etc.", página 796; Diez: "Dominio Público", páginas 276-277; Alessi, página 385.

(527) Guicciardi: "Il Demanio", página 380.

(528) Véase mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 423; Código de Aguas de Salta, exposición de motivos al artículo 44, y el tomo 6º de la presente obra.

(529) Para el período anterior al año 1938 véase a Jansse, páginas 55-56, quien menciona varias leyes y decisiones jurisprudenciales relacionadas con la locación de dependencias del dominio público. Pero el 17 de junio de 1938 se dictó un decreto-ley, en cuyo mérito todo contrato relativo a la ocupación del dominio público tiene carácter *"administrativo",* rigiéndose exclusivamente por las reglas del derecho público, y no por las del derecho civil o comercial (véase a Laubadère: "Traité théorique et pratique des contrats administratifs", tomo 1º, páginas 46-50; además: Waline, página 453).

(530) Código Civil, artículo 1502 ; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 207; Bielsa, tomo 3º, página 406, nota 25 (quinta edición).

(531) Sobre este punto, o sea que el carácter "precario" es ajeno a la *concesión* de uso, véase mi "Dominio Público. Protección jurídica del usuario", páginas 94-96, texto y notas 91 y 93, páginas 110-111, texto y nota 118, y páginas 130-133; asimismo, véase el número 1823 de la presente obra.

(532) En igual sentido: Jansse, página 62; Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", nº 1473.

(533) Entre otros autores, véase en el sentido del texto: Laurent, tomo 7º, nº 509, páginas 587-588; Huc, tomo 4º, página 403; Hauriou: "Précis, etc.", página 796, nota 25; Spota: "Tratado de Medianería", páginas 241-242; Jansse, página 63; Lafaille: "Tratado de los Derechos Reales", tomo 2º, nº 1186; Persegani, páginas 381-382; Bonnard: "Précis de droit public", página 207; Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", nº 1473. Además, en el mismo sentido: artículo 879 del Código Civil de Italia.

(534) Persegani, nº 243, página 385.

(535) Código Civil de Italia, artículos 879 y 877.

(536) Laurent, tomo 7º, nº 509, página 588.

(537) Spota: "Tratado de Medianería", página 242; Lafaille: "Tratado de los Derechos Reales", tomo 2º, nº 1186.

(538) Persegani, nº 239, páginas 381-382.

(539) Guicciardi: "Il Demanio", página 380.

(540) Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", nº 1468, página 757.

(541) Laubadère, obra citada, nº 1469, página 757, quien cita en sentido concordante a

Waline y a Duverger.

(542) Cita de Laubadère, obra citada, nº 1469, página 757.

(543) Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", página 760, nº 1474. Además: Baudry Lacantinerie et Chauveau: "Des Biens", página 518; Berthélemy, página 492. Más adelante, al tratar lo referente al uso del dominio público, volveré a ocuparme del derecho de los frentistas y ribereños.

(544) Puede verse: Jansse, página 63, nº 112.

(545) Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 145.

(546) Véase lo que escribe Guicciardi: "Il Demanio", páginas 371-372.

(547) Véase igualmente lo que escribe Guicciardi, obra citada, páginas 370-371.

(548) Guicciardi: "Il Demanio", páginas 369-373.

(549) Carugno: "L´espropriazione per pubblica utilitá", nº 17, página 50.

(550) Laurent, tomo 6º, página 79; Masnatta: "Expropiación de bienes públicos provinciales y municipales", página 10.

(551) Rispoli, página 241; Caetano, página 621.

(552) Mayer, tomo 3º, páginas 34-36; Oda, página 331; Berthélemy, páginas 490-491; Fleiner, página 289; Sarría: "Derecho Administrativo", página 276; A. Walter Villegas, páginas 80 y 82; Lafaille: "Tratado de los Derechos Reales", tomo 1º, nº 527, página 416, Buenos Aires, 1943; Masnatta: "Expropiación de bienes públicos provinciales y municipales", páginas 10-11-12 y 15; Waline, página 461; Fragola, página 242; Alessi, página 384; Caetano, página 621.

(553) Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación siempre había sostenido que la expropiación, en la primera etapa de su desarrollo -que es la que más interesa en este caso- constituía una institución *publicística*, en un fallo reciente sostuvo que en sus dos etapas revestía ese carácter, Fallos, tomo 241, páginas 75 y 81 (sentencia del 7 de julio de 1958, *in re* "Administración General de Obras Sanitarias de la Nación c/Ernesto M. Torquinst y Bernal y otros sobre expropiación"). Nuestra doctrina más reciente también le atribuye a la expropiación carácter exclusivamente publicístico (Villegas Basavilbaso, tomo 6º, número 855).

(554) En igual sentido: Zanobini, tomo 4º, número 7, página 37.

(555) Mitre, en "Diario de Sesiones del H. Senado de la Nación", sesión del 14 de setiembre de 1869, páginas 846, 848 y 859.

(556) A. Walter Villegas: "Expropiación por causa de utilidad pública", páginas 78-82; Masnatta: "Expropiación de bienes públicos provinciales y municipales", páginas 9-10, 12 y 13.

(557) Tornese, páginas 159-160; Legón: "Tratado integral de la expropiación pública", páginas 372-373; Diez: "Dominio Público", páginas 274-275; Bullrich: "Principios generales de Derecho Administrativo", página 215; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 144-145, y tomo 6º, páginas 366-357, quien modificó su anterior criterio adverso (ver "Un debate parlamentario histórico: Mitre versus Vélez Sarsfield", página 44).

(558) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 128, páginas 74-77.

(559) Véase a Brandao Cavalcanti, tomo 6º, páginas 208-209.

(560) Véase la precedente nota 98.

(561) A. Walter Villegas, páginas 78-81.

(562) Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 144, y tomo 6º, páginas 366-367.

(563) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 128, páginas 74-77.

(564) Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 128, página 67.

(565) Es oportuno recordar las siguientes palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "Que tratándose de la cuestión de poderes nacionales y provinciales no hay que perder de vista, un solo momento, el hecho fundamental, de que la unidad nacional es el objetivo esencial de la Constitución *y que nunca puede ser atentatorio al régimen autónomo de las provincias, el ejercicio legítimo por la Nación de las facultades que le han sido expresamente delegadas en aquélla, por más que éstas deban ejercitarse en el propio territorio de los Estados autónomos"* (Fallos, tomo 155, página 117).

(566) Ver en ese sentido: Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 128, páginas 66-67 y 75-76.

(567) Mitre, en "Diario de Sesiones de la H. Cámara de Senadores de la Nación", sesión del 14 de setiembre de 1869, página 846.

(568) Véase el ya citado fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 128, página 76, donde el Tribunal, en el caso que motivó su decisión, invocó el artículo 67 , inciso 16, de la Constitución como fundamento de la potestad nacional para expropiar el respectivo bien público provincial.

(569) Seabra Fagundes: "Da desapropriação, etc.", páginas 63-64; Brandao Cavalcanti, tomo 6º, páginas 208-209.

(570) Véanse las referencias de Adrogué, en "Poderes Impositivos Federal y Provincial sobre los Instrumentos de Gobierno", nº 325, páginas 591-592.

(571) Seabra Fagundes: "Da desapropriação, etc.", páginas 63-64.

(572) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 147, páginas 240 y 249-250.

(573) Adrogué, página 591.

(574) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 147, página 251.

(575) Dicha escuela y sus instalaciones constituirán un bien del *dominio público* nacional (Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 158, páginas 358-359).

(576) Para lo relacionado con la expropiación de bienes del dominio público, sea éste nacional o provincial, véase el tomo 4º de la presente obra, número 1323.

(577) En igual sentido: Diez: "Dominio Público", página 285; Cámara Civil 1ª de la Capital, en "Jurisprudencia Argentina", 1942-II, páginas 63 y 69 (voto del Dr. Tobal).

(578) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 128, páginas 401-402, considerando 32; Diez: "Dominio Público", página 285.

(579) Corte Suprema de Justicia de la Nación, lugar mencionado en la nota precedente.

(580) Cámara Civil 1ª de la Capital, en "Jurisprudencia Argentina", 1942-II, página 69, voto del Dr. Tobal.

(581) Mayer, tomo 3º, páginas 94 y 158-159; Diez: "Dominio Público", página 285; Bullrich: "Principios generales de Derecho Administrativo" página 215; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 145-147.

(582) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 128, páginas 401-402, considerando 32; tomo 147, página 163, considerando 4º *in fine*, y páginas 180 y 220; Cámara Civil 2ª de la Capital, en "Jurisprudencia Argentina", tomo 71, página 362; Cámara Civil 1ª de la Capital, en "Jurisprudencia Argentina", 9142-II, páginas 63 y 69.

(583) Véanse mis trabajos: "Estudio crítico y de legislación comparada del anteproyecto del doctor Bibiloni en materia de derecho de aguas", página 41; "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 427, y "Dominio Público. Protección jurídica del usuario", páginas 81, 84-86. Asimismo, véase más adelante el capítulo de la presente obra, referente al "uso del dominio público".

(584) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 146, páginas 304 y 315.

(585) Cammeo: "Demanio", en "Il Digesto Italiano", tomo 9º, página 896, Torino, 1887-1898; Zanobini, tomo 4º, página 6; Vitta, tomo 1º, página 244; Dementhon: "Traité du domaine de l´État", nº 78, pág. 25.

(586) Jansse, página 65.

(587) Cammeo: "Demanio", página 896; Vitta, tomo 1º, página 244.

(588) Jansse, página 65.

(589) Pelloux, página 152.

(590) Acerca del *"canon"* de uso, véase mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 425, y el capítulo de la presente obra destinado al "uso del dominio público".

(591) En sentido concordante: Laubedère: "Traité élémentaire de droit administratif", páginas 761-762.

(592) Guicciardi: "La giustizia amministrativa", páginas 10-11.

(593) Guicciardi: "Il Demanio", página 424.

(594) Véase precedentemente nº 1711.

(595) Puede verse a Hauriou: "La jurisprudence administrative", tomo 1º, página 16 y siguientes.

(596) Picard, citado por Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 207.

(597) En sentido concordante: Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 305, páginas 932-933 .

(598) Otto Mayer, tomo 3º, páginas 148-149; además, véase páginas 170-174.

(599) H. Barckhausen: "Étude sur la théorie générale du domaine public", en "Revue du droit public et de la science politique en France et … l´étranger", Paris, 1903, página 65.

(600) Berthélemy, páginas 492-493; Jansse, páginas 80-81; Caetano, páginas 192, letra f, y 590-591. En *Italia*, el artículo 823 del Código Civil de 1942 dispone que "corresponde a la autoridad administrativa la tutela de los bienes integrantes del dominio público. Ella tiene facultad para proceder administrativamente o de valerse de los medios ordinarios de defensa de la propiedad y de la posesión regulados en el presente Código". Este texto puso fin a largos debates doctrinarios suscitados entre los expositores italianos, acerca de los medios de que la Administración podía valerse para la tutela de los bienes dominicales. Pero corresponde advertir que tanto los que escribieron con anterioridad a 1942, como quienes lo hicieron después de esa fecha, estuvieron de acuerdo en que, a estos efectos, la Administración podía actuar en forma directa, por sí misma. Véase: Pacelli, nº 327; Vitale, páginas 458-460; Santi Romano, páginas 191-192; D´Alessio, tomo 2º, páginas 52-66; Lentini, tomo 1º, páginas 133-134; Zanobini, tomo 1º, página 154, y tomo 4º, páginas 6 y 23-24; Alessi, páginas 394-396; Sandulli, página 310. En *España*, la existencia de un texto legal introdujo un régimen que motivó justas críticas entre los autores, cuando se trata de recuperar un bien después de transcurrido un año de su detentación por un tercero (ver García de Enterría: "Sobre la imprescriptibilidad del dominio público", en "Revista de Administración Pública", página 51, enero-abril 1954, Madrid; Álvarez Gendin: "El Dominio Público", página 44; Garrido Falla: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 2º, páginas 510-511, Madrid, 1982).

(601) Bullrich: "Principios generales de derecho administrativo", página 229, y "Nociones de derecho administrativo", tomo 1º, páginas 110-111; Spota: "Tratado de Derecho Civil", El Objeto del Derecho, página 478; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 178; Bielsa, tomo 3º, página 418 (quinta edición); Proyecto de Código de Aguas para Mendoza, artículo 4º.

(602) Ver precedentemente, número 1716, texto y nota 138.

(603) Pelloux, página 146.

(604) En sentido concordante: Berthélemy, página 493. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió en una acción reivindicatoria deducida por una provincia respecto de una vertiente del dominio público, en cuyo juicio debió producirse una prueba minuciosa, sobre cuestiones de hecho, tendiente a justificar el carácter público de la vertiente (Fallos, tomo 105, página 429 y siguientes, en especial considerandos 2, 17, 18 y 19). Son numerosos los casos donde las pretensiones del Estado fueron rechazadas, por no resultar *indubitable* el carácter dominical de la cosa (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 171, páginas 267 y 274; Cámara de Apelación de Bahía Blanca, en "Jurisprudencia Argentina", tomo 38, páginas 546-547; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Minas de Mendoza, en "Jurisprudencia Argentina", tomo 60, página 672 y siguientes).

(605) En tal orden de ideas, véase: Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 141, páginas 307 y 313-314, y tomo 146, páginas 363 y 369; ello mismo Tribunal, en "Jurisprudencia Argentina", tomo 48, páginas 22-23.

(606) En el sentido del texto, véanse los fallos citados en las dos notas precedentes.

(607) Acerca del expresado carácter *"excepcional"* del régimen jurídico del dominio público, véase precedentemente nº 1757.

(608) Hauriou: "Précis, etc.", página 783; Guimaraes Menegale, tomo 2º, página 17; Waline, página 434, letra c; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 178; Spota: "Tratado de Derecho Civil", El Objeto del Derecho, página 478. El Código Civil de Italia, de 1942, expresamente admite, en forma indistinta, la autotutela administrativa o la protección judicial a través de los medios ordinarios de defensa de la propiedad y de la posesión (artículo 823): tal precepto puso fin a las discusiones doctrinarias suscitadas en dicho país, acerca de si, aparte de la autotutela administrativa, correspondían también las acciones ordinarias (Alessi, página 395; Zanobini, tomo 4º, páginas 23-24), aunque desde un principio hubo destacados tratadistas que admitían que el Estado ejercitara esas acciones ordinarias (Pacelli, páginas 379-381).

(609) Entre otros casos, véanse: Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 105, página 429 y siguientes; "Jurisprudencia Argentina", tomo 60, página 672 y siguientes.

(610) En tal sentido: Vitale, páginas 458-460; Diez: "Dominio Público", páginas 461-464. Este último autor sólo admite que el Estado ejercite la acción posesoria de "manutención" (página 464).

(611) Ver mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", páginas 117-118.

(612) Nuestro sabio Florentino Ameghino, explicando cierto cambio en su modo de pensar, dijo: "Para eso trabajo y estudio. Cambiaré de opinión tantas veces y tan a menudo como adquiera conocimientos nuevos; el día que me aperciba de que mi cerebro ha dejado de ser apto para esos cambios dejaré de trabajar. Compadezco de todo corazón a todos los que después de haber adquirido y expresado una opinión, no pueden abandonarla nunca más" (cita de José Ingenieros: "Las doctrinas de Ameghino", página 101). "Las doctrinas son

hipótesis perfectibles y deben variar para adaptarse a los resultados de la experiencia". (Ingenieros, obra y lugar citados.).

(613) Guicciardi: "Il Demanio", páginas 421-422; Cámara Civil 2ª de la Capital, en "Jurisprudencia Argentina", 1946-I, páginas 291 y 293.

(614) Jèze: "Du *droit* des individus de se servir des dépendances du domaine public conformément a leur destination", en "Revue du droit public et de la science politique en France et … l´étranger", Paris, 1910, página 709.

(615) Jèze, trabajo citado en la nota precedente, páginas 709-710. Para reparación de daños causados en un camino por un uso anormal del mismo (deterioros producidos a causa de la circulación con un camión de peso excesivo), ver Hauriou: "La jurisprudence administrative, etc.", tomo 3, página 261 y siguientes.

(616) Código Penal, artículos 183 y 184 (modificados por las leyes 17567 y 21338).

(617) Código Penal, artículo 182 .

(618) "Jurisprudencia Argentina", tomo 39, página 785 (voto del doctor Gastón F. Tobal). Además, véase -con relación a una *servidumbre* administrativa o pública- el interesante fallo de la Cámara Federal de La Plata mencionado y transcripto en mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 278, texto y nota 478.

(619) Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", nº 1474, página 760.

(620) Véase mi "Dominio Público. Protección Jurídica del Usuario", páginas 69-72.

(621) Obra citada en la nota anterior, páginas 72-73. El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mencionado en el texto, hállase publicado en el tomo 53, página 116 y siguientes, de su colección, sentencia del 22 de julio de 1893.

(622) Véase mi "Dominio Público. Protección Jurídica del Usuario", páginas 104 y 118-120, y número 1853 y siguientes de la presente obra.

(623) Bibiloni: "Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino", tomo 3º, página 113.

(624) "Reforma del Código Civil", artículo 1439 .

(625) Bibiloni, tomo 3º, páginas 75 y 114.

(626) Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", página 779. En sentido concordante: Bielsa, tomo 3º, página 441 (quinta edición), quien dice así: "El dominio público -por su misma naturaleza- existe para la colectividad; por eso es *público*. El hecho de que sirva para comunicar con la vía pública propiedades privadas, *no le da carácter privado*, ya que esa comunicación es un efecto virtual pero no la causa de su existencia. El dominio público existe para el uso público, del cual son beneficiarios todos los vecinos, propietarios o no".

(627) Laubadère, obra citada, página 760, nº 1474, y página 779.

(628) Ver mi "Dominio Público. Protección Jurídica del Usuario", páginas 70-71, y números 1797 y 1798 de la presente obra.

(629) Mayer, tomo 3º, página 162. En sentido concordante puede verse "Jurisprudencia Argentina", tomo 36, página 1236.

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

(631) En sentido concordante: Bullrich: "Principios, etc.", páginas 227-228.

(632) A mi criterio, la idea expresada en el texto traduce con precisión el significado de *"uti singuli* y *"uti universi"*. Pero es oportuno advertir que la doctrina no es muy clara ni uniforme al respecto. Para ponerlo de manifiesto, haré referencia a tres tratadistas nacionales. Bielsa dice que las cosas que componen el dominio público pueden ser usadas por todos, "ya *uti singuli* (individualmente), ya *uti universi* (en su conjunto, pero en manera indirecta)". Después escribe: "Me parece oportuno advertir sobre la distinción del goce *uti singuli* y el goce *uti universi*, porque tomando estas expresiones en sentido literal simplemente suele incurrirse en error. En el primer caso se trata de un uso individual y en el otro de un uso colectivo, pero no en forma *directa*, sino y por el contrario en forma *indirecta* y *mediata*, es decir, por medio de los funcionarios o empleados del Estado" (Derecho Administrativo, tomo 3º, páginas 386, nota 1, y 433, nota 76, quinta edición). Villegas Basavilbaso dice: "En los casos de afectación de un bien al servicio público, el uso es indirecto o mediato, aunque el beneficiario pueda utilizarlo *uti singuli* o *uti universi*. En el servicio público de la defensa militar, las fortalezas son de *uti universi:* en el servicio público de ferrocarriles, las cosas destinadas al transporte de pasajeros son de *uti singuli*" (tomo 4º, página 182). Spota expresa que "son bienes públicos los destinados al uso directo (*uti singuli*) de los habitantes o al uso indirecto de éstos (*uti universi*), etc." ("Tratado de Derecho Civil", El Objeto del Derecho, página 456).

(633) Refiriéndose a dicha clasificación, Trotabas dice que es la más simple y comprensiva. ("Manuel de droit public et administratif", páginas 140-141).

(634) Otto Mayer involucra y asimila la clasificación de los usos de que es susceptible el dominio público, con los medios o formas de adquirir derechos sobre el mismo. "Los derechos de uso sobre la cosa pública -dice- se presentan, según su diverso fundamento jurídico, bajo tres formas diferentes. Nosotros distinguiremos: el uso de todos, el permiso especial y la concesión" (tomo 3º, página 183). El permiso y la concesión no son tipos de uso; son "medios" de adquirir derechos "especiales" de uso.
D´Alessio divide estos usos en "ordinarios" y "excepcionales". Los primeros son los pertenecientes a cualquier miembro de la colectividad, por el hecho mismo de pertenecer a ella o de encontrarse en determinadas condiciones de hecho; los subdivide en dos especies: a) uso ordinario difuso de la colectividad, que es el que efectúan los ciudadanos por el hecho de integrar la colectividad; b) uso ordinario perteneciente a personas que se encuentran en especiales posiciones, independientemente de la voluntad de la Administración Pública; sería el caso de uso sólo permitido a personas que reúnen ciertos

requisitos, como el haber pagado una tasa, tener determinada edad, etc. Uso "excepcional" sería aquel que, si bien no se conforma con el destino de la cosa, en cambio no contrasta con tal destino; este uso sólo corresponde a determinados sujetos, no a la colectividad (tomo 2º, números 378 y 380). La subclasificación del uso "común" introducida por D´Alessio la juzgo improcedente, pues, hallándose dicho uso supeditado al poder de policía del Estado, va de suyo que éste, por vía de reglamentación, puede establecer los requisitos que los habitantes han de cumplir o reunir para ejercitar esa prerrogativa. La posibilidad de que se requiera el cumplimiento o la existencia de ciertos requisitos para ejercitar usos comunes sobre los bienes públicos, pertenece al régimen habitual o normal de ese tipo de usos. Todo uso "común", cualquiera de sus especies, puede ser objeto de reglamentación en su ejercicio, sin que ello autorice a subclasificarlo, como lo hace D´Alessio, pues esto equivaldría a hablar de usos comunes reglamentados y usos comunes no reglamentados, clasificación desprovista de interés científico.
Guicciardi adopta una clasificación tripartita: uso común, uso especial y uso excepcional. Uso común es el que, ajustándose al destino general del bien, es potencialmente igual para cada individuo, independientemente de un permiso de la autoridad y de cualquier acto administrativo especial. Uso especial es el que, acomodándose también al destino de la cosa, implica una facultad atribuida a determinado sujeto por un acto especial. El uso excepcional tiene como nota característica la de exceder al destino normal del bien; debe constituirse a favor de determinado sujeto por un acto especial ("Il Demanio", páginas 264-265). Lo que Guicciardi acepta como uso "excepcional" no es otra cosa que un uso "especial" dentro de la clasificación que adopto en el texto. No hay una verdadera razón jurídica que justifique esta clasificación tripartita. Para convencerse de esto bastará advertir que Guicciardi considera uso "excepcional" la derivación de agua pública mediante concesión (páginas 265-266). Esto constituye un error. En las zonas cuya naturaleza física requiera la práctica de la irrigación, la derivación de agua para este fin, máxime mediante concesión, entra en el destino normal del respectivo curso de agua, el que, precisamente para servir -entre otros- a los intereses de la agricultura, habrá sido puesto fuera del comercio privado e incluido en el dominio público: así también lo ha entendido nuestro codificador doctor Dalmacio Vélez Sarsfield (véase la nota al artículo 2340 , inciso 3º, del Código Civil). Lo que no debe confundirse es el uso "especial" con el uso "ilegal", carácter que revestiría el uso que desvirtúe y desnaturalice abierta y manifiestamente el destino para el cual la cosa fue puesta fuera del comercio: en tal caso estaríamos frente a un acto viciado.

(635) Entre nosotros, la ley nacional de vialidad nº 13504, de 1948, artículo 14 , inciso 11, establece un peaje sobre cada "vehículo que transita por puentes o túneles, cuyo costo de construcción exceda los cinco millones de pesos". El peaje es lícito en tanto se lo establezca como contribución para solventar los gastos de conservación o de construcción de la respectiva obra; pero si fuese establecido a raíz de la circulación o del tránsito interprovincial o al exterior, sería írrito: violaría los artículos 10 y 11 de la Constitución Nacional. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado reiteradamente sobre esta cuestión.

(636) Mayer, tomo 3º, páginas 213-214.

(637) Mayer, tomo 3º, páginas 244 y 268-269.

(638) Para el llamado *"dominio público pagante"*, véase el número 1717, texto y nota 165.

(639) El poder de policía está principalmente concedido a las provincias, y sólo por excepción al Estado Federal (ver Linares Quintana: "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", tomo 3º, nº 1850). John Marschall, en "Brown c/Maryland", habló por primera vez del *"poder de policía"*, sosteniendo que el mismo constituye el poder remanente que los Estados conservaron al sancionar la Constitución (ver Alberto B. Bianchi, "Control de Constitucionalidad", página 75, Buenos Aires, 1992.

(640) Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 184-187.

(641) Bibiloni: "Anteproyecto", tomo 3º, página 28.

(642) "Reforma del Código Civil", artículo 117 .

(643) A. T. de Freitas: "Código Civil. Proyecto", traducción Pons, tomo 3º, Buenos Aires, 1901, página 1416.

(644) Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 228-229. Lo cierto es que el empleo del vocablo "concesión" en el artículo 2642 del Código Civil traduce una falla técnica que justificaría la exclusión del mismo al reformarse el Código (ver lo que dije en mi "Estudio crítico y de legislación comparada del anteproyecto del doctor Bibiloni en materia de derecho de aguas", nº 18, y en mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", página 115, nota).

(645) Véase mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 393. Además, Jansse, nº 318.

(646) Marienhoff, obra y lugar citados en la nota precedente.

(647) Esa forma de utilizar los cursos de agua no constituye "flotación" en el sentido legal, y menos aun "navegación"; pero sí representa un "uso común" de la respectiva dependencia del dominio público. Véase mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 236. El arrastre de troncos sueltos aprovechando la fuerza de la corriente de un curso de agua, llamado "arreo de madera" o "flotación salvaje", y que los franceses denominan flotación o "b–ches perdues", no es frecuente en nuestro país, ya que en éste generalmente se utilizan las "jangadas", donde los troncos van unidos entre sí; no obstante, he tenido oportunidad de observar que ese arrastre de troncos sueltos se practica en Ushuaia, Tierra del Fuego, en el río "Olivia", a través de cuyo curso es dable advertir la existencia de recintos de alambre, verdaderos "corrales" -que justifican la expresión "arreo de madera"-, donde se detienen y almacenan los troncos a medida que descienden el curso del río para llegar a destino.

(648) Alfredo Mazza: "La teorica delle acque pubbliche", páginas 232-233, nº 104; "Dei diritti sulle acque", páginas 508-509.

(649) El "estacionamiento momentáneo" integra y complementa la facultad de locomoción o tránsito. Es un corolario del derecho de transitar. Véase el número 1811.
En materia de estacionamiento corresponde distinguir el "privativo" o temporario del

"común" o momentáneo. El estacionamiento "privativo" constituye un uso "especial" del dominio público, que entonces se rige por los principios aplicables a esta última especie de uso (Villegas Basavilbaso, tomo 4º, nº 426; Hauriou: "Précis, etc.", páginas 857-858; Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", página 778). Sobre lo atinente al "permiso" de estacionamiento y a la *noción* de "derecho de estacionamiento", véase más adelante, nº 1814.

(650) Se trata de enterramientos de personas que generalmente carecen de parientes o de quienes se interesen por ellas. No son "individuales", sino que en un mismo osario se les da sepultura a numerosos cadáveres: de ahí el nombre de "fosa común". A medida que la capacidad de tales fosas se completa, las mismas se clausuran. Dentro de esas fosas, generalmente no es posible ubicar con precisión el lugar donde fue enterrado un determinado cadáver: de ahí lo "anónimo" de ese tipo de enterramientos. El reglamento sobre cementerios, del 1 de septiembre de 1868, para la ciudad de Buenos Aires, habla ya de *"osario general"* o *"fosa común"* (artículos 1º, 11 y 30). Ver Carette, Attwell Ocantos y Requena, tomo 2º, páginas 298 y 299.

(651) Caetano, página 582.

(652) Ver más adelante, nota 24; además: Jansse, números 318 y 339; Forsthoff, páginas 500-501.

(653) Guicciardi: "Il Demanio", páginas 314-316.

(654) La facultad de ejercitar usos comunes por parte del público, puede resultar vulnerada en forma general o en forma particular. En ambos supuestos la prerrogativa o potestad agraviada continuará conservando la misma naturaleza anterior al acto o hecho agraviante. La naturaleza de las atribuciones individuales no depende de la índole del agravio que las afecte o menoscabe, ni sufre alteración por esa causa.

(655) Mayer, tomo 3º, página 188. El uso común pertenece al *"público"*: el individuo lo ejercita en nombre del público y a título de miembro de la sociedad (cita de Mayer, tomo 3º, página 189). El uso común -dice Trotabas- constituye la hipótesis del uso del dominio por *"el público"* ("Manuel de droit public et administratif", página 141). Refiriéndose a las aguas públicas, expresa Pacelli que el sujeto del uso de ellas es el "pueblo" (página 183). "El uso común -dice Laubadère- es el ejercido por el público colectivamente, anónimamente" ("Traité, etcétera", página 774). En cuanto a la noción de *"colectividad"* referida al "uso" de los bienes públicos, véase precedentemente nº 1705, además: Mayer, tomo 3º, página 189.

(656) Estos derechos especiales de uso se adquieren por cualquiera de los medios que la ciencia jurídica reconoce: permiso, concesión y prescripción. En tal orden de ideas, con referencia a las aguas públicas, Pacelli dijo que el público usuario está representado por la categoría de los concesionarios (página 243).

(657) Zanobini, tomo 4º, páginas 25-26; Guicciardi: "Il Demanio", páginas 268-271; Alessi, páginas 389-390.

(658) Zanobini, lugar citado.

(659) Zanobini, tomo 4º, página 26.

(661) Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 196-198.

(662) Refiriéndose a este tipo de usos, dice Jèze: "El destino mismo de la cosa pública implica que los individuos tienen el poder de hacer ciertas cosas"... "El destino de la cosa pública implica esos poderes; no es pues necesario, ni útil, que un texto los enumere expresamente" ("Du *droit* des individus de se servir des dépendances du domaine public conformément a leur destination", en "Revue de droit public et de la science politique en France et … l´étranger", Paris, 1910, página 703).

(663) Marienhoff: "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 394; Mayer, tomo 3º, páginas 186, 188 y 192; Alfredo Mazza: "Dei diritti sulle acque", página 509. Siendo el uso común una prerrogativa perteneciente al hombre en su condición de tal, Jèze pudo decir: "Los particulares no pueden renunciar de una manera general, al poder de servirse de las cosas públicas. Todo lo que pueden hacer es abstenerse de usarlas. Esto es tan evidente que no hay por qué insistir" (trabajo citado en la nota precedente, páginas 699-700).

(664) Ver Trotabas: "Manuel de droit public et administratif", páginas 54-67. La "libertad individual", prerrogativa expresamente consagrada en la Constitución, se vincula al ejercicio del uso común sobre los bienes públicos en todo lo atinente a la locomoción o facultad de transitar o trasladarse. El derecho a la "vida", derecho implícito y de mayor jerarquía -que no requiere reconocimiento expreso- se vincula al ejercicio del uso común en todo lo relacionado con la utilización de las aguas públicas para beber y apagar la sed, y con la utilización del aire -contenido en el espacio aéreo- para respirar. Para lo referente al "derecho de la sed" (*droit de la soif*, véase mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 27, y para lo referente a la utilización del aire para respirar, véase la presente obra, nº 1917. Para lo atinente al derecho a la "vida", considerado como libertad constitucional, véase a Linares Quintana: "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", tomo 3º, página 519 y siguientes. "La vida es para el derecho y la libertad -dice Alejandro Groizard y Gómez de la Serna- lo que para los cuerpos el espacio, lo que para los hechos el tiempo" ("El Código Penal de 1870 concordado y comentado", tomo 1º, página 254).

(665) Aparte de lo expresado en el texto, es oportuno recordar que Renato Alessi, hablando de la teoría que explica la naturaleza jurídica del uso común considerándola como facultad integrante de la esfera de libertad, hace notar que esa concepción, a causa de lo esencialmente negativo del derecho de libertad, resulta inidónea para aclarar lo atinente a la naturaleza jurídica del uso común (página 389). Refiriéndose a la noción de libertad, escribe Trotabas: "Los derechos individuales aparecen pues en primer lugar, y como mínimo, bajo un aspecto negativo: protegen al individuo antes que atribuirle una competencia positiva" ("Manuel de droit public et administratif", página 54).

(666) Guicciardi: "Il Demanio", página 284.

(667) Guicciardi: "Il Demanio", páginas 288-291, 293, 296-297.

(668) Alessi, páginas 390-392.

(669) Guicciardi: "Il Demanio", páginas 305-306, 307-308 y 310.

(670) En el sentido del texto: Alessi, páginas 390-392; Fleiner, página 142; Sandulli, páginas 68 y 302; Silvestri, página 7. En nuestro país, 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", de lo cual lógicamente infiérese que para dicho tratadista el uso común constituye un "interés simple" (tomo 4º, páginas 197, 202 y 205). En sentido concordante: Ranelletti: "Concetto, natura e limiti del demanio pubblico", en "Giurisprudenza Italiana", 1897, página 360; Jèze, quien manifiesta que el uso común "no constituye un poder exclusivo". ..."Es un poder *legal y reglamentario*, y no un *derecho subjetivo"*. ..."Es el poder de libertad individual, `lato sensu´, ejercido sobre las cosas públicas" ("Du *droit* des individus de se servir des dépendances du domaine public conformément a leur destination", en "Revue du droit public et de la science politique en France et … l´étranger", Paris, 1910, páginas 698, 699 y 700); Enneccerus, Kipp y Wolff: "Derecho de Cosas", tomo 1º, página 617; Jansse: página 214.

(671) En sentido concordante: Forsthoff, página 500.

(672) Rolland, página 473.

(673) Mayer, tomo 3º, páginas 196-197; Caetano, página 582; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 200-201.

(674) Ranelletti: "Concetto, natura e limiti del demanio publico", en "Giurisprudenza Italiana", 1897, página 369.

(675) Jèze: "Du *droit* des individus de se servir des dépendances du domaine public conformément a leur destination", en "Revue du droit public et de la science politique en France et … l´étranger", Paris, 1910, páginas 705-706.

(676) Es lo que se denomina "clausura provisoria de los caminos". De ello me ocuparé al hacer referencia particular a los caminos: número 1879.

(677) Jèze, trabajo citado precedentemente, página 700.

(678) Jèze, trabajo citado, página 699.

(679) Proudhon, tomo 1º, números 369-370, páginas 509-512; Huc, tomo 4º, números 53 y 54.

(680) Proudhon, tomo 1º, páginas 510-512.

(681) Berthélemy, página 492; Duguit: "Traité de droit constitutionnel", tomo 3º, página 373; Baudry Lacantinerie et Chauveau: "Des Biens", páginas 518-519.

(682) Baudry Lacantinerie et Chauveau: "Des Biens", página 519.

(683) Baudry Lacantinerie et Chauveau, obra y lugar citado en la nota anterior.

(684) Véase a Berçaitz: "Teoría general de los contratos administrativos", página 223. Asimismo: Sayagués Laso: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, nº 361.

(685) Duguit: "Traité de droit constitucionnel", tomo 3º, página 373; Fleiner, página 303; Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", nº 1474, página 760, y nº 1514, páginas 779-780. Además: Berthélemy, página 492; Jansse, números 355-356, páginas 220-221. Con referencia específica a los ribereños con cursos de agua: Marienhoff: "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 413, página 730; Lafaille: "Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales", tomo 2º, Buenos Aires, 1944, nº 899, páginas 79-80.

(686) Laubadère, obra citada en la nota anterior, página 779.

(687) Jèze: "Du *droit* des individus de se servir des dépendances du domaine public conformément a leur destination", en "Revue du droit public et de la science politique en France et … l´étranger", Paris, 1910, páginas 701-702.

(688) Jèze: "Nature juridique de *droit* des riverains sur les dépendances du domaine public (rivage de la mer)", en "Revue du droit public et de la science politique en France et … l´étranger", Paris, 1922, páginas 90-91. La afirmación hecha por Jèze es interesante, en cuanto se refiere a la naturaleza del derecho de los referidos colindantes; pero debo llamar la atención del lector en cuanto dicho jurista dice que "las dependencias del dominio público no son otra cosa que el elemento esencial del funcionamiento de un servicio público también esencial". Esto no es exacto, pues no siempre el dominio público es el elemento de funcionamiento de un servicio público. Al respecto, véase lo que dije en el nº 1695, letra a.

(689) Zanobini, tomo 4º, página 27; Jansse, nº 356, página 221. Véanse, asimismo, los números 1853 y 1855 de la presente obra.

(690) Jèze: "Du *droit* des individus de se servir des dépendance du domaine public conformément a leur destination", en "Revue du droit public et de la science politique en France et … l´étranger", Paris, 1910, páginas 701-702; Jèze: "Nature juridique de *droit* des riverains sur les dépendances du domaine public (rivage de la mer)", en "Revue du droit public, etc.", Paris, 1922, páginas 90-91; Bibiloni, tomo 3º, páginas 33-34; Jansse, números 361-362; Enneccerus, Kipp y Wolff: "Parte General", tomo 1º, página 603; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 379; Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", nº 1514, página 780; Alessi: "La responsabilitá della pubblica amministrazione", página 446, nota 10.

(691) Fleiner, página 303.

(692) Mayer, tomo 3º, página 223.

(693) Bibiloni, tomo 3º, página 32.

(694) En el sentido del texto, son de gran interés las siguientes 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" (páginas 236-237). En sentido concordante, o sea aplicando a supuestos de esta índole los "principios" de la expropiación, véase a Dalmiro A. Alsina Atienza: "La alteración de los niveles en las calles urbanas. Acción expropiatoria: sus condiciones, prescripción (siempre decenal) y defensas que pueden oponérsele", en "Jurisprudencia Argentina", 1942-IV, sección doctrinaria, página 57 y siguientes.

(695) Para el derecho francés, véase a Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", nº 1514, página 780, y Jansse, nº 360, página 223. Para el derecho italiano: Zanobini, tomo 4º, página 38.

(696) Bibiloni, tomo 3º, páginas 32-33.

(697) Ver Laubadère, páginas 779-780.

(698) Véanse los autores citados en la precedente nota 59.

(699) Sobre cambio de nivel, véase: Alsina Atienza, trabajo citado en la nota 63 *in fine;* Diez: "Dominio Público", páginas 360-363; Argentino G. Barraquero: "Cambio de nivel de calle pública", en "Cuestiones Jurídicas", página 245 y siguientes, Buenos Aires, 1944; Vitta, tomo 1º, páginas 220-221.

(700) Puede verse a Jansse, nº 353, página 220.

(701) 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 la 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. 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, sobre la base de 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 antigua 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.
Como ya lo expresé en otra oportunidad, demás estará decir que la concesión de *uso* del dominio público, otorgada para prestar sobre la base de 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 (véase mi trabajo "Caducidad y Revocación de la Concesión de Servicios Públicos", página 23).

(702) El estacionamiento momentáneo o accidental constituye un uso "común". Véase precedentemente, texto y nota 18.

(703) Ver la precedente nota 19. Los enterramientos o inhumaciones constituyen un uso "especial" del dominio público. Con estas utilizaciones no se satisfacen, ciertamente, necesidades físicas indispensables para la vida misma -rasgo propio del uso "común"-, sino altas y 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.

(704) El carácter de uso "especial" que reviste esta forma de utilización del dominio público, fue considerado en diversos pronunciamientos judiciales: "Jurisprudencia Argentina", 1942-II, página 889; 1942-IV, página 649. Puede verse a Ignacio Winizki: "Transferencia de terreno destinado a ochava y exoneración de derechos de voladizo", en "Revista de Derecho y Administración Municipal", números 199-200, septiembre-octubre 1946, páginas 725 y siguientes.

(705) Robert Pelloux, página 131.

(706) Mayer, tomo 3º, página 228. Para la diferencia entre "concesión", "permiso" y "licencia", véase mi publicación "Los privilegios en el derecho público (`exclusividad´, `monopolio´, `exención impositiva´)", en "El Derecho", 1º de julio de 1995, y en "Revista de Derecho Administrativo", año 6, septiembre-diciembre, 1994, nº 17.

(707) "Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is, qui

concessit patitur" (Digesto, Libro 43, Título 26, Ley 1). "Es precario lo que al que lo pide con ruegos se le concede para que lo use en tanto que lo consiente el que se lo concedió". La versión española corresponde a la obra de Ildefonso L. García del Corral: "Cuerpo del Derecho Civil Romano, a doble texto", traducido al castellano del latino publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbr□ggen, tomo 3º, páginas 465-466, Barcelona, 1897. Adviértase que en la Ley 2, del Libro y Título citados, se dice que el que concede el precario puede recobrar la cosa *"tan pronto como le plugiere extinguir el precario"*.

(708) Además, véase la referencia que al respecto hacen Carlos M. Grecco y Guillermo A. Muñoz, en su obra "La precariedad en los permisos, autorización, licencia y concesiones", página 1, Buenos Aires, 1992.

(709) Así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Dijo el tribunal: cuando las *"concesiones"* de uso revisten carácter de precariedad se equiparan en sus efectos y en su duración a los *permisos* de uso (Fallos, tomo 165, página 413, *in re* "Dondero, Risso y Tubio c/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios"). Sin embargo, no siempre los teóricos del derecho siguieron ese criterio, pues hubo quien sostuvo que la *concesión* de uso era *"precaria"*. Tal fue la opinión del profesor francés Maurice Hauriou, quien para sostener tal criterio se valía de tres argumentos: la posibilidad de que la concesión sea *revocada;* el carácter *temporario* de la misma y que las concesiones son *rescatables* en cualquier momento por el Estado. Ninguno de esos argumentos es adecuado para el objeto que se los invoca, y así lo expliqué e hice notar en este mismo tomo 5º de este "Tratado", número 1823, página 421 y siguientes y página 571 y siguientes. Acerca de este tema, ver la obra de Jesús González Pérez, Julio Toledo Jáudenes y Carlos Arrieta Álvarez, "Comentarios a la ley de aguas", página 300, Madrid, 1987.

(710) Lo unilateral o bilateral del permiso, en su formación, depende del valor que se le atribuya o reconozca a la voluntad individual en la *formación* o *nacimiento* del respectivo acto. En ello tiene amplio margen la apreciación personal del intérprete. Sobre este fundamental aspecto de la cuestión, véase lo que expuse en el tomo 2º, de esta obra, al referirme a la *"estructura"* del acto administrativo (números 383 a 386). En la nota (a) del número 383 *in fine*, he citado la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación donde ésta reconoce la existencia de actos administrativos *"bilaterales"*, sobre la base de las mismas consideraciones expuestas por mí. Dicha sentencia fue publicada en Fallos, tomo 296, página 672 y siguientes. Véase las notas 69 a 74 del número 385 del expresado tomo 2º de esta obra.

(711) Para la naturaleza jurídica de dicho canon, véase mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 425, páginas 587-589, Buenos Aires, 1971, edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, como así el tomo 6º de este "Tratado", nº 2349.

(712) En sentido concordante: Léon Duguit: "Traité de droit constitutionnel", tomo 3º, troisième édition, página 376, Paris, 1930; Lucien Jansse: "Les traits principaux du régime des biens du domaine public", página 295, Paris, 1938.

(713) Dice Duguit: "El permiso no contiene elemento alguno contractual" (op. y loc. cit.). Corroborando esto, recuérdese que el *"permiso"* es *"precario"*, estrictamente tal, y que aun

en el supuesto de que se le hubiere otorgado por un plazo o término determinado, *incluso pendiente dicho plazo* la Administración Pública puede extinguir o ponerle fin al permiso, con todas las consecuencias propias de la precariedad. Nada de esto es propio del contrato.

(714) Actualmente se denomina y considera *"tolerancia"* a dicha atribución o facultad precaria. Es una acertada calificación, dado el origen y contenido de la respectiva atribución o facultad.

(715) La antigua piedad, bondad o gracia, resultantes de *"ruegos"* (ver texto del Digesto, transcripto en la precedente nota 76), que caracterizaron al precario primigenio, con el tiempo se transformaron y convirtieron en un acto de *"tolerancia"*. Esta sería un *"resultado"* de aquéllas. La "tolerancia" se manifiesta y aparece, así, como una síntesis del concepto de piedad, gracia y bondad. Ideal o intelectualmente, la *tolerancia* ya implica un acto más definido, de mayor envergadura o consistencia que la mera gracia, piedad o bondad. Diríase que la "tolerancia" ya contiene cierto matiz jurídico que la va ubicando, como *"figura iuris"*, en el ámbito del derecho.

(716) Por derecho subjetivo debe entenderse, en términos generales, el "poder atribuido por el ordenamiento jurídico a una voluntad, para la satisfacción de intereses humanos" (Giorgio Jallinek: "Sistema dei diritti pubblici subbiettivi", traducción italiana del alemán, página 49, Milano, 1912). Roger Bonnard concreta tal noción diciendo que el derecho subjetivo está esencialmente constituido por un poder de exigir, condicionado por la existencia de una obligación jurídica que pesa sobre un sujeto pasivo y por el hecho de que esta obligación fue establecida en interés del sujeto activo (Roger Bonnard: "Le contr“le juridictionnel de l´administration", nº 14, página 204, Paris, 1934).
Con sencillez, Ernst Forsthoff entiende por derecho subjetivo "el derecho de poder exigir algo del Estado o de poder hacer algo frente a él" ("Tratado de Derecho Administrativo", páginas 364-365, traducción del alemán, Madrid, 1958).

(717) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 145, página 327, *in re* "Bourdie c/ Municipalidad de la Capital".

(718) Otto Mayer: "Le droit administratif allemand", tomo 3º, página 240, traducción del alemán, Paris, 1905.

(719) En tal sentido: Lucien Jansse, op. cit., página 294, quien menciona en su apoyo jurisprudencia del Consejo de Estado francés.

(720) Mayer, op. cit., tomo 3º, página 241.

(721) Mayer, op. cit., tomo 3º, páginas 227-228, 238-239-240, 242 y 243.

(722) García Oviedo: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 132, Madrid, 1943.

(723) Villegas Basavilbaso: "Derecho Administrativo", tomo 4º, página 218, en nota, Buenos Aires, 1952.

(724) Véase el artículo 18 del decreto-ley 19549/72, sobre procedimiento administrativo nacional, que autoriza la revocación de oficio del acto administrativo cuando el derecho se

hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario.
El artículo 2285 del Código Civil, referente al comodato, establece que si el préstamo fuese *precario*, el comodante puede pedir la restitución de la cosa cuando quisiere. Sobre esto véase a Raymundo M. Salvat: "Tratado de Derecho Civil Argentino", Contratos, tomo 2º, número 2554, página 492, Buenos Aires, 1946.

(725) Rigaud, números 38 y 39; Waline, páginas 450-451; Trotabas: "Manuel de droit public et administratif", páginas 141-142; además: Hauriou: "Précis, etc.", páginas 858-859.

(726) Waline, página 450.

(727) En igual sentido: Rolland, página 482; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 217-218.

(728) Ver Laubadère: "Traité élémentaire, etc.", nº 1513, página 778.

(729) En general, la *"inexistencia"* de plazo es una nota vinculada a la noción de *"precariedad"*. Nuestro Código Civil, por ejemplo, en su artículo 2285 , referente al comodato *sin plazo*, establece que la situación del comodatario es la de ocupante *"precario"*, con sus correlativas consecuencias (a).
(a) Téngase presente que, como lo advierte Raymundo M. Salvat, cuando el artículo 2285 del Código Civil habla de *"precario"*, esta palabra ha sido empleada para significar solamente que el contrato no tiene un plazo o término de duración, por lo que el préstamo precario de que habla dicho artículo no debe ser confundido con el precario del derecho romano (Salvat: "Tratado de Derecho Civil Argentino", Contratos, tomo 2º, número 2554, página 492, Buenos Aires, 1946).

(730) Así, se ha considerado que la revocación o extinción del permiso de uso del dominio público es improcedente cuando ello tienda a favorecer a otra persona; tampoco procede si la extinción del permiso se la subordinare a condiciones ilegales. También se ha considerado que la Administración Pública no puede revocar o retirar el permiso sino en interés del dominio público; verbigracia, para impedir que el ejercicio del permiso obstaculice la circulación en ese ámbito público, alterando el régimen de la dominicalidad. Del mismo modo, la extinción o retiro del permiso sería improcedente cuando ello tuviese en vista un interés fiscal. Véase: Léon Duguit: "Traité de droit constitutionnel", troisième édition, tomo 3º, página 376, Paris, 1930. Por consiguiente, si bien es de la esencia de los permisos de uso su posible "revocación" o extinción en cualquier momento, esto no ha de ser "ad nutum", ni "ad libitum", sino expresando una "causa" o "motivo" jurídico, lo cual no resulta de las fórmulas doctrinarias mencionadas, cuyo significado no condice con tales requerimientos (véase la nota 100, donde se aclara cuál es el significado de dichas expresiones latinas).

(731) Esas expresiones hoy están castellanizadas, y según el diccionario oficial de la lengua española significan lo siguiente:
"Ad nutum": a voluntad; sin dar razón; sin expresión de causa.
"Ad libitum": a voluntad; a gusto. En sentido concordante: Roque Bárcia en su afamado "Primer diccionario general etimológico de la lengua española", tomo 1º, página 136, Madrid, 1881, quien, además, después de decir que se trata de una expresión puramente

latina, afirma que *"ad libitum"* quiere decir literalmente: "según mi antojo; a medida de mi buen parecer".

(732) Cuadra advertir que ya a principios de este siglo, Francesco Pacelli, en su excelente libro "Le acque pubbliche", cuya *segunda* edición apareció en 1918, refiriéndose a las *"concesiones"* de uso de aguas públicas, sostenía que su revocación no podía efectuarse *"ad nutum"* por la Administración Pública, porque la revocación no quedaba librada al arbitrio de la misma, sino que para ello se requería una causa atendible, de las cuales daba ejemplos (página 239, Torino, 1918). Si bien Pacelli se refería a las *"concesiones"*, su opinión es trascendente porque excluye la mera aplicación de la fórmula *"ad nutum"*, exigiendo la procedencia de una causa justa. Lo importante de tal criterio es que, para revocar un acto, ya no se consideraba suficiente invocar la fórmula *"ad nutum":* se requería la existencia de una situación encuadrada en la juridicidad. En "general" -y en sentido concordante- respecto de la aplicación del criterio basado en la fórmula *"ad libitum"*, véase: Raffaele Resta: "La revoca degli atti amministrativi", páginas 121-122, Milano, 1939.

(733) El derecho romano consideraba esa norma como un precepto o principio capital ("Instituta", libro 1º, título 1º, párrafo 3; Digesto, libro 1º, título 1º, ley 10), y nuestra legislación -Código Civil, artículo 953 - supedita a ese principio la validez de todo acto jurídico, lo que vale tanto para el derecho privado como para el público.

(734) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 31, página 273 y siguientes, especialmente página 282, considerando 3º, *in re* "Los saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros contra la Provincia de Buenos Aires sobre indemnización de daños y perjuicios", sentencia del 14 de mayo de 1887.

(735) "Proyecto de Código de Aguas para la Provincia de Mendoza", edición oficial, Mendoza, 1940.

(736) Véase mi publicación "Legislación de Aguas. La cláusula *sin perjuicio de terceros* en las concesiones de uso de agua pública", edición Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1942, como así el nº 1830 de la presente obra.

(737) Sobre esto véase: Gustavo Vignocchi: "La natura giurídica dell´autorizzazione amministrativa", páginas 117-119, Padova, 1944.

(738) Tal es la opinión de los profesores Marcel Waline: "Manuel élémentaire de droit administratif", página 452, Paris, 1946, y André de Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", páginas 786-787, Paris, 1953.

(739) Lucien Jansse, op. cit., página 296, y jurisprudencia de la Corte de Casación de Francia ahí citada. Sin embargo, esta solución es susceptible de ser objetada a raíz de que el Estado, como tal, es una *"unidad jurídica"*, por lo que no sería atendible la distinción entre entidad pública directamente encargada de la custodia del respectivo bien dominical y la entidad pública no encargada de esa custodia. Siempre se trataría del *"Estado"*.

(740) Este último *"criterio"* fue seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso donde un *"concesionario"* accionó por despojo contra una Municipalidad que, sin

ser concedente, había ejercido actos de violencia contra bienes de aquél (Fallos, tomo 93, páginas 344-346, *in re* "Ferrocarril de Buenos Aires y Rosario c/ Municipalidad de San Pedro").

(741) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 145, páginas 307, 327 y 329. Asimismo: Mayer, tomo 3º, página 248.

(742) Blondeau, página 4.

(743) Código de Minería, artículo 10; Joaquín V. González: "Legislación de Minas", nº 408; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 231. Cano considera que "las concesiones mineras no son de Derecho Administrativo" (Guillermo J. Cano: "Contribución al estudio de la reforma constitucional: federalismo, minas y aguas", en "Jurisprudencia Argentina", 1957-II, página 75, sección doctrinaria).

(744) En sentido concordante se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien dijo al respecto: "En Derecho Administrativo no se conocen las *concesiones* o las *licencias* sobre propiedades sometidas al derecho común, como sería el caso de la tierra pública, cuando leyes generales y permanentes han autorizado su enajenación poniéndolas dentro del comercio. Las *licencias* y las *concesiones* sólo se conciben respecto de los bienes del dominio público del Estado" (Fallos, tomo 143, páginas 90 y 95).

(745) En igual sentido: Bielsa, en el prólogo a mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", páginas 15-16.

(746) Mayer, tomo 3º, página 250.

(747) Aceptando lo que al respecto escribí en otra publicación, Villegas Basavilbaso comparte la afirmación que hago en el texto (tomo 4º, página 213).

(748) En sentido concordante: Duguit: "Traité de droit constitutionnel", tomo 3º, página 376, quien manifiesta que el "permiso" se otorga sin establecer término alguno de duración.

(749) De ello me ocuparé más adelante, al referirme a la naturaleza jurídica y caracteres de la concesión (números 1822-1825).

(750) En idéntico sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien, refiriéndose a las playas del mar, dijo: "Admítese, sin embargo, por excepción, que la Administración Pública conceda permisos de uso especial respecto de aquéllas, por medio de autorizaciones que llevan implícita la condición de su revocabilidad, o por obra de concesiones que cuando revisten carácter de precariedad se equiparan en sus efectos y duración a los primeros" (Fallos, tomo 165, página 413).

(751) En sentido concordante: Mayer, tomo 3º, página 252.

(752) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 155, páginas 12 y 29.

(753) Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 149, página 223.

(754) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 149, página 224.

(755) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 149, página 220.

(756) Mayer, tomo 3º, páginas 252-253.

(757) En ese orden de ideas, la Suprema Corte de Salta declaró que, de acuerdo con la Constitución y al Código de Aguas ahí vigentes, la Administración no está obligada a conceder, fatalmente, a quien solicite, una concesión de uso especial ("Jurisprudencia Argentina", 1953-III, páginas 330 y 334). La actual ley de aguas de España, vigente desde el 1º de enero de 1986, establece que el otorgamiento de concesiones de uso especial es *discrecional* (art. 57, párrafo 4).

(758) Refiriéndose a este punto, escribe Laubadère: "El régimen consiste en el *poder discrecional* de la Administración para autorizar o prohibir la utilización anormal (no conforme con el destino del bien, pero compatible con él), en la *obligación* para los agentes públicos de permitir la utilización normal, sin perjuicio del poder reglamentario por razones de policía" ("Les concessions dans les cimetières", en "Revue du droit public et de la science politique en France et … l´étranger", página 613, Paris, 1936). D´Alessio entiende que el otorgamiento de una concesión de uso *excepcional* pertenece las facultades discrecionales de la Administración (tomo 2º, páginas 75, 89 y 90).

(759) Batbie, tomo 7º, nº 255, página 240.

(760) Código Rural de Santa Fe, artículo 460 y 461; Ley de Aguas de Prusia, artículo 47, inciso 1º.

(761) Holtz, Kreutz y Schlegelberger, página 48; Castello, páginas 249-250.

(762) Gay de Montellá: "Teoría y Práctica de la Legislación de Aguas", páginas 247 y 252; Sarría: "Teoría del Recurso Contencioso-Administrativo", páginas 74-75 y 78-79.

(763) Acerca de la actividad "reglada" y de la actividad "discrecional", véase el tomo 2º, número 454 y siguientes.

(764) Véanse los precedentes números 1695, 1802 -nota 70-, 1805, 1816 y 1817, donde, respectivamente, hice ver la diferencia que hay: a) entre "dominio público" y "servicio público"; b) entre "uso del dominio público" y "servicio público"; c) entre concesión de "uso" y concesiones de "servicio público" y de "obra pública".

(765) Adolphe Chauveau, página 79, texto y nota; Cirilo Franquet y Bertrán, tomo 1º, página 323; Pacelli, página 240; Gay de Montellá: "Teoría y Práctica de la Legislación de Aguas", páginas 247 y 248; Duguit: "Traité de droit constitutionnel", tomo 3º, página 376; Lafaille: "Tratado de los derechos reales", tomo 2º, página 101, texto y nota, Buenos Aires, 1944; Ghigliani: "En torno a las concesiones de ocupación de bienes del dominio público", en "La Ley", 29 de julio de 1945, página 2; Waline, página 453; Trotabas: "Manuel de droit public et administratif", página 142; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 225 y 237 y siguientes; Berçaitz, páginas 5, 6 y 7; Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", números 1520 y 1527-28, y "Traité théorique et pratique des contrats

administratifs", tomo 1º, páginas 46-50; Spota: "Tratado de Derecho Civil", El Objeto del Derecho, página 652; Argañarás, página 114; Silvestri: "Il riscatto, etc.", páginas 31 y 33.

(766) Acerca de la distinción entre *"acto administrativo en sentido estricto"* y *"acto administrativo negocio jurídico",* véase precedentemente número 1809, nota 80.

(767) La jurisprudencia se hizo eco de esa situación. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, respecto a una concesión de uso de playa sobre el Río de la Plata, declaró inadmisible la pretensión de exigir el pago de un canon de monto mayor al establecido originariamente (Fallos, tomo 186, páginas 49-53). La Cámara Civil 1ª de la Capital, con relación a una concesión de sepultura, declaró improcedente el cobro municipal de una suma mayor que la establecida en un principio ("Jurisprudencia Argentina", tomo 53, páginas 319 y 320). Exactamente lo mismo se resolvió en Francia; ver a Laubadère: "Les concessions dans les cimetières", en "Revue du droit public et de la science politique en France et … l´étranger", página 618, Paris, 1936, quien cita un fallo de la Corte de Rennes, del 29 de enero de 1906, y otro del Consejo de Estado, del 18 de enero de 1929, según los cuales la Administración Pública no puede pretender el pago de un canon mayor que el establecido en su origen.

(768) En materia de concesiones de uso, el beneficio que recibe el Estado es, frecuentemente, *indirecto,* a través y como consecuencia del beneficio directo que recibe el concesionario. En tal orden de ideas, revisten interés las siguientes palabras de Barckhausen: "En materia de dominio público, por ejemplo, el gobierno puede acordar a los particulares facultades especiales, en el interés directo o indirecto de la sociedad civil: directo, cuando la colectividad misma recibe de ese privilegio una ventaja inmediata; *indirecto,* cuando uno de los miembros del Estado aprovecha en su persona o en sus bienes, sin que los otros se perjudiquen. Lo que no sirve al enjambre no sirve a la abeja; pero lo que sirve a la abeja sirve frecuentemente al enjambre". "Estas consideraciones justifican la práctica de concesiones administrativas, a las cuales los tribunales han demostrado algunas veces una hostilidad bien contraria a los verdaderos intereses de la Nación" (H. Barckhausen: "Étude sur la théorie générale du domaine public", en "Revue du droit public et de la science politique en France et … l´étranger", páginas 60-61, Paris, 1903). Y luego, particularizándose con la concesión de agua, dice el autor citado: la concesión de agua pública que alguien obtenga para sus fines particulares, beneficiará posiblemente a la colectividad, pero indirectamente (Barckhausen, obra citada, página 62).

(769) Jèze: "Les contrats administratifs", página 214, y "Principios generales del Derecho Administrativo", tomo 3º, página 515.

(770) En sentido concordante: Waline, página 453.

(771) Ver Laubadère: "Traité théorique et pratique des contrats administratifs", tomo 1º, páginas 46-50. Sobre la naturaleza *publicística* de la concesión de uso, véase, además: Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 237; Silvestri: "Il riscatto, etc.", página 33.

(772) En idéntico sentido, y con cita de mis trabajos: Jesús González Pérez, Julio Toledo Jáudenes y Carlos Arrieta Álvarez, "Comentarios a la ley de aguas", página 300, Madrid, 1987.

(773) En el sentido del texto: Bullrich: "Principios generales de Derecho Administrativo", página 226; Ghigliani, trabajo citado, página 2, nota 8. En idéntico sentido se pronuncia Louis Rigaud, para quien, en los límites de su contenido, el derecho del usuario del dominio público no es precario respecto a la Administración. La precariedad -dice- sólo debe entendérsela en el sentido de que la Administración puede revocar el derecho del usuario o desafectar la dependencia del dominio público; pero en tanto no se produzcan válidamente los actos de revocación o desafectación, esa precariedad no existe (páginas 306-307; ver también página 291). Además, Mayer, tomo 3º, página 262.

(774) Véase mi "Caducidad y revocación de la concesión de servicios públicos", páginas 21-22 y 83-91. Asimismo, Mayer, tomo 3º, páginas 262-263. Además, véase mi trabajo "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado. Lo atinente a la revocación de actos o contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia", en "El Derecho", 22 de julio de 1985, capítulo IV y siguientes.

(775) Con todo acierto pudo decir Louis Trotabas que la situación del concesionario es más estable, porque la concesión, dado su carácter contractual, si bien quedando subordinada a la afectación y a la policía del dominio público, "no presenta más el carácter precario y revocable de los permisos" (página 142).

(776) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 143, páginas 90 y 96.

(777) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 165, página 413. No obstante, véase la confusa manifestación de la Corte Suprema en Fallos, tomo 295, pág. 1005 y siguientes, considerando 7º.

(778) Véase mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 423.

(779) Código de Aguas de Salta, artículo 44 y exposición de motivos al mismo.

(780) Sólo en casos excepcionales o extraordinarios se ha establecido la posibilidad del "rescate" tratándose de concesiones de uso del dominio público. Es lo ocurrido en Italia, cuyo Texto Único sobre Aguas Públicas e Instalaciones Eléctricas del 11 de diciembre de 1933, artículo 32, acepta la posibilidad del "rescate" tratándose de grandes derivaciones de agua que pueden involucrar relevantes intereses públicos. Véase: Vitta, tomo 1º, página 410; Gilardoni, tomo 2º, página 276; Zanobini, tomo 4º, páginas 75-76; Silvestri: "Il riscatto, etc.", página 106.

(781) Acertadamente dice Laubadère que el "rescate" es una medida administrativa de reorganización del servicio, destinada, por ejemplo, a sustituir la concesión por la prestación directa ("Traité élémentaire de droit administratif", página 602). En sentido concordante: Silvestri: "Il riscatto, etc.", página 55. Además, puede verse: Fraga, páginas 578-579; Berçaitz, páginas 345-46. Sobre "rescate", en general, véase: Jèze: "Principios generales del Derecho Administrativo", tomo 6º, página 368 y siguientes; Laubadère: "Traité théorique et pratique des contrats administratifs", tomo 3º, página 186 y siguientes; Resta: "La revoca, etc.", nº 54; Caetano, nº 274; Silvestri: "Il riscatto delle concessioni amministrative", Milano, 1956. Este último autor recuerda que, para la doctrina francesa, la posibilidad del rescate va sobreentendida, en tanto que para la doctrina italiana sólo procede

sobre la base del texto expreso de la ley o de la convención (página 53); en este sentido, ver también a Zanobini, tomo 4º, páginas 75-76. Sobre *"rescate"* de una concesión de servicio público, véase el tomo 3º A., números 819-820.

(782) En idéntico sentido: Cammeo: "Demanio", en "Il Digesto Italliano", tomo 9º, página 905, Torino, 1887-1898; Rafael García: "Fallos y Escritos Jurídicos", tomo 2º, página 510; Proyecto de Código de Aguas para Mendoza, nota al artículo 27; Silvestri: "Il riscatto delle concessioni amministrative", páginas 13-14, 46 y 47.

(783) Savatier: "Du droit civil au droit public", página 44.

(784) Puede verse: Bodda: "La nozione di causa giuridica della manifestazione di volont… nel diritto amministrativo", páginas 12-17 y 43-49; Resta: "La revoca degli atti amministrativi", páginas 94-98; Alessi: "Diritto Amministrativo", páginas 243-246.

(785) Véase mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 421; Mayer, tomo 3º, páginas 247, 256-257, y tomo 1º, páginas 146 y 159; Fleiner, página 306; D´Alessio, tomo 2º, números 383 y 436; García Oviedo, tomo 1º, página 132; Vitta, tomo 1º, página 221; Diez: "Dominio Público", página 388; Ghigliani: "En torno a las concesiones de ocupación de bienes del dominio público", en "La Ley", 29 de julio de 1945, páginas 2 y 3; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 224-225 y 244-250; Proyecto de Código de Aguas para Mendoza, artículo 21; Código de Aguas de Salta, artículo 24 y exposición de motivos al mismo (página 79 de la edición oficial): Código de Aguas de Jujuy, artículo 12; Álvarez Gendín: "El dominio público", página 61.
Algunos autores italianos pretenden incluir el derecho emanado de una concesión de uso sobre el dominio público, en una categoría especial, intermedia entre el "interés legítimo" y el "derecho subjetivo": el *"diritto affievolito",* o derecho *debilitado,* cuya protección surgiría en forma inmediata de la *norma* jurídica, y que, en ese orden de ideas, puede hacerse valer no sólo respecto a terceros, sino incluso respecto a la Administración Pública (véase a Arnaldo de Valles: "Elementi di diritto amministrativo", nº 272). Esta distinción, basada en una inexacta vinculación del expresado derecho de uso con el *"interés público",* no es acogida por la generalidad de la doctrina, que, por el contrario, considera al derecho emanado de una concesión de uso como un *"derecho subjetivo"* (derecho perfecto). En cuanto a que la concesión se otorga en el interés *privado* o *particular* del concesionario, y no en "interés público", véase el precedente número 1825.

(786) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 145, páginas 307-308 y 327-328; tomo 158, páginas 269 y 278-279; tomo 176, página 382; tomo 186, páginas 52-53.

(787) Juan F. Linares: "Cosa juzgada administrativa", páginas 149-150.

(788) Mayer, tomo 3º, página 255; Presutti, tomo 1º, página 225; Fleiner, página 306; D´Alessio, tomo 2º, nº 383; Diez: "Dominio Público", página 388; García Oviedo, tomo 1º, página 132; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 224-225, 237 y 244; Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", nº 1535; Silvestri: "Il riscatto, etc.", página 33.

(789) Laubadère: "Traité théorique et pratique des contrats administratifs", tomo 1º, páginas

46-50.

(790) Dice Cammeo: "Derecho subjetivo público es todo interés originado en una relación de derecho público frente al Estado y tutelado por normas de derecho público". "Este criterio que, así expresado, aparece como puramente formal, responde en cambio a un criterio substancial". "El derecho nacido de la concesión es un derecho subjetivo público" ("Demanio", en "Il Digesto Italiano", tomo 9º, página 912).

(791) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 145, páginas 307-308 y 327-328.

(792) Guicciardi: "Il Demanio", páginas 350-353; Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 3º, página 430, quinta edición.

(793) Robert Le Balle: "De la nature du droit du concessionaire de sépulture", páginas 108-109, Paris, 1924; Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 3º, página 430, quinta edición.

(794) Mayer, tomo 3º, página 257; Fleiner, página 306; Jansse, páginas 133 y 294; Zanobini, tomo 4º, página 72; Ghigliani: "En torno a las concesiones de ocupación de bienes del dominio público", en "La Ley", 29 de julio de 1945, página 3, número 7; Forsthoff, página 509.

(795) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 145, página 331.

(796) Más adelante, al ocuparme de la *"prescripción"* como medio de adquirir el derecho de uso especial sobre dependencias del dominio público, me referiré a los requisitos que han de cumplirse para que dicha prescripción sea procedente.

(797) En sentido idéntico al que indico en el texto: Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 436.

(798) Conforme con lo que expreso en el texto, y que ya había sido adelantado por mí en otra publicación: Lafaille: "Tratado de los Derechos Reales", tomo 2º, página 101, texto y nota.

(799) Código Rural de Santa Fe, artículo 465.

(800) En tal sentido: Pacelli, páginas 252-253 y 293, nota 3; Vitale, página 362; Castello, páginas 253-254 y 427; Bibiloni, tomo 3º, página 29; Lazo-Preuss, páginas 159-160; Gilardoni, tomo 2º, página 246, nº 868; Garbarini Islas, página 246.

(801) André de Laubadère: "Les concessions dans les cimetières", en "Revue du droit public et de la science politique en France et … l´étranger", página 622, Paris, 1936.

(802) La "concesión de uso sobre bienes del dominio público" constituye uno de los tantos *"contratos administrativos",* cuyo régimen jurídico difiere substancialmente de los contratos de derecho privado, pues la Administración Pública tiene y conserva prerrogativas especiales. Véase el tomo 3º A, números 697 y siguientes, y números 737 y

747.

(803) Entre otros textos, véanse: Código de Aguas de Salta, del año 1946, artículo 44, y exposición de motivos al mismo, donde el legislador aceptó mis conclusiones; Código de Aguas de Chile, del año 1951, artículo 23, que establece que "las mercedes podrán ser perpetuas o temporales".

(804) Con todo acierto pudo decir el camarista doctor Grandoli, en uno de sus votos: "Las concesiones para sepulturas tienen carácter perpetuo porque, precisamente, es la perpetuidad lo esencial de las inhumaciones" ("Jurisprudencia Argentina", 1942-III, página 680).

(805) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 30, página 447, considerando 4º.

(806) Esto último ocurrió en Mendoza, cuya ley nº 430, artículo 4º , establecía que toda concesión de aprovechamiento de agua lleva la obligación de donar a la Provincia cinco hectáreas de tierra por cada quinientas hectáreas sobre las cuales se acuerde la concesión.

(807) Gilardoni, tomo 1º, páginas 385-386; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 220; Mouchet: "Ocupación del dominio público municipal con instalaciones de las empresas ferroviarias", en "Revista de Derecho y Administración Municipal", noviembre-diciembre 1946, páginas 845 y siguientes; Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 3º, páginas 420 y 429 (quinta edición), y "El uso especial del dominio público y su retribución con tasas", en "Anuario del Instituto de Derecho Público", tomo V, abril de 1944, Rosario, páginas 433-434.

(808) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 150, página 142; "Jurisprudencia Argentina", tomo 29, páginas 68-73; tomo 36, página 1301; tomo 38, página 116; tomo 54, páginas 939 y 944.

(809) Ranelletti: "Concetto, natura e limiti del demanio pubblico", en "Giurisprudenza Italiana", página 121, Torino, 1898; Bielsa: "El uso especial del dominio público y su retribución con tasas", en "Anuario del Instituto de Derecho Público", tomo V, abril de 1944, Rosario, página 433 y siguientes.

(810) Pacelli, página 244.

(811) Cammeo: "Demanio", en "Il Digesto Italiano", tomo 9º, página 909; Baldi, página 163; Marracino e Conte, página 193; Vitale, página 316; Gilardoni, tomo 1º, página 386.

(812) Lo expresado en el texto ya lo sostuve en otra oportunidad ("Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", página 764). Posteriormente, Manuel María Diez, en su obra "El acto administrativo", expresó una opinión coincidente. Refiriéndose a las cláusulas accesorias del acto administrativo, menciona la condición, el plazo y el *"modo"*. Dice que éste consiste en un desembolso exigido a la persona a cuyo favor se dicta el acto. Da como ejemplo de esto al canon en las concesiones de uso (página 178).

(813) No debe confundirse el importe que se exige por el mero derecho de *uso* del agua,

con lo que se cobre por el servicio de administración de las obras de riego y de poner el agua a disposición del usuario en el linde de su heredad. En derecho de aguas, esta última prestación denomínase *"prorrata"* y su naturaleza es la de una "tasa". A veces, bajo la denominación de "canon" se designa una suma que comprende al canon propiamente dicho y a la prorrata, sea ello porque quien usa del agua deba abonar una sola y única cuota que incluya ambas prestaciones, o por otra causa. Pero entonces es tarea del jurista hacer el análisis correspondiente para deslindar conceptos. Así se explica que la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya dicho que el canon de riego "participa de los caracteres propios de una contribución destinada a retribuir los beneficios de determinada obra pública" (Fallos, tomo 150, página 142); y que otros tribunales hayan dicho que ese canon no es otra cosa que una "contribución destinada a retribuir los beneficios recibidos por los servicios prestados por la Compañía de Irrigación" ("Jurisprudencia Argentina", tomo 36, página 1301, y tomo 38, página 116). Véase mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", páginas 765-766.

(814) En el sentido indicado, véase precedentemente, nº 1822, texto y nota 138. Un autor italiano, Luigi Gabbioli, sostiene que el adquirente del derecho de uso de agua pública por prescripción, está exento de la obligación de pagar el "canon" (página 55), lo que, en su esencia, concuerda con lo que digo en el texto. Más adelante, al referirme a la adquisición del derecho de uso sobre el dominio público por prescripción, volveré a ocuparme de lo atinente a la obligación de abonar en tales casos un canon por el derecho de uso así adquirido.

(815) Acerca de la compensación de créditos contra el Estado, puede verse lo que escribe Bielsa: "Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo", página 75. El carácter de recurso de naturaleza "financiero administrativa" resulta más nítido si se considera el canon existente en las concesiones perpetuas de uso de una dependencia dominical, en cuyo caso el Estado tiene una base sólida para contar con el producido del canon.

(816) Véase mi trabajo "Legislación de Aguas. La cláusula *sin perjuicio de terceros* en las concesiones de uso del agua pública", Buenos Aires, 1942.

(817) Son muchas las controversias en cuya solución la cláusula "sin perjuicio de terceros" -y principios correlativos- pudo tener una influencia decisiva. Entre otros casos, puede verse: Rafael García: "Fallos y escritos jurídicos", tomo 2º, página 507 y siguientes y tomo 3º, página 445 y siguientes.

(818) "Iuris praecepta sunt haec: honest vivere, *alterum non laedere,* suum cuique tribuere" ("Instituta", libro 1º, párrafo 3; Digesto, libro 1º, título 1º, ley 10), lo que vertido al español significa: "Los preceptos del derecho son éstos: vivir honestamente, no causar daño a otro, y dar a cada uno lo suyo" (García del Corral, tomo 1º, páginas 5 y 199). En sentido concordante: Digesto, libro 50, título 17, ley 206.

(819) Una ley romana, después de consignar que los emperadores Antonino y Vero contestaron, por rescripto, que convenía que el agua de un río público se dividiera a proporción de las posesiones para regar los campos, a no ser que alguien mostrare que por derecho propio se le había dado más, decía: "Asimismo respondieron por rescripto, que

solamente se permitía que se condujese el agua, si se hiciera esto *sin perjuicio de tercero"* (Digesto, libro 8º, título 3º, ley 17, y García del Corral, tomo 1º, página 547, Además: Digesto, libro 43, título 8º, ley 2, párrafo 16).

(820) En España, ya la legislación foral contenía normas que pueden invocarse como antecedente de la cláusula en cuestión. El libro 4º, título 6º, del Fuero Viejo de Castilla consagraba el derecho de los antiguos dueños de molinos accionados por la fuerza hidráulica, a no ser dañados por los más recientes (Cirilo Franquet y Bertrán, tomo 2º, páginas 7 a 9; Marcelo Martínez Alcubilla, tomo 1º, página 96). Las leyes 38 y 39 del libro 3º de los Fueros del Reino de Valencia -francamente inspiradas en la referida ley 17, título 3º, libro 8º del Digesto- establecían el principio de que las aguas de un río público debían distribuirse "sin perjuicio de terceros" (Cirilo Franquet y Bertrán, tomo 2º, páginas 46-47); igual cosa disponía la ley 30 del libro 3º de los Fueros de la Ciudad de Tortosa (Cirilo Franquet y Bertrán, tomo 2º, página 222). La Partida 3ª, título 32, ley 18, disponía que la instalación de nuevos molinos accionados por el agua, debía ser hecha en forma tal que ello no le ocasionase daños a los molinos ya existentes; además, puede verse la ley 13 de esa Partida y título.

(821) Véase mi "Legislación de Aguas. La cláusula *sin perjuicio de terceros* en las concesiones de uso del agua pública", páginas 26-29.

(822) En análogo sentido: Gerónimo Cortés: "Vistas Fiscales", tomo 3º, páginas 490 y 569; Rafael García: "Fallos y escritos jurídicos", tomo 2º, página 512; Luis Linares: "Derechos de Agua", página 88; Pacelli, páginas 253-354; Proyecto de Código de Aguas para la Provincia de Buenos Aires, página XXXIX y nota al artículo 33. Si bien refiriéndose a los ríos no navegables ni flotables -que en Francia tienen un régimen jurídico especial-, Picard sostiene igual conclusión (tomo 1º, páginas 426-427). Los redactores del mencionado Proyecto de Código de Aguas para la Provincia de Buenos Aires no incluyeron expresamente en el mismo la referida cláusula, por considerar que ésta va implícita en toda concesión. En cambio, estimando que, cuando se redacta una ley, conviene incluir en ella todos aquellos principios de importancia fundamental en la materia, aunque se trate de conceptos que puedan considerarse implícitos en ciencia jurídica, los redactores del Proyecto de Código de Aguas para Mendoza incluimos expresamente en el mismo la cláusula de referencia (artículo 30 y nota).

(823) D´Alessio, tomo 2º, página 91, nota 1.

(824) Gilardoni, tomo 2º, página 234. En sentido concordante se expide Gerónimo Cortés, quien, refiriéndose a dicha cláusula dijo así: "Tiene seguramente por objeto poner a salvo *cualquier* derecho adquirido que pudiese resultar en oposición"; etc. ("Vistas Fiscales", tomo 3º, página 569).

(825) En materia de aguas, la cláusula "sin perjuicio de terceros" traduce la idea de un derecho de "preferencia" o "prioridad" para el uso del líquido, basado en el orden cronológico de las concesiones, criterio aceptado por los diversos expositores (Daviel, tomo 1º, páginas 383-385, números 381 y 383; Rafael García, tomo 3º, página 445 y siguientes; Luis Claro Solar, tomo 9º, páginas 197-198), si bien éstos, al formular tal declaración, no siempre hacen las salvedades correspondientes fijando el alcance de ese principio. En lo

que atañe a dicha preferencia, los efectos de la expresada cláusula no son "absolutos", sino "relativos" (en sentido concordante: Barros Errázuriz, tomo 1º, páginas 518 y siguiente; Héctor Claro Salas, páginas 43 a 45; Lazo Preuss, páginas 272-273; Lira Urquieta y de la Maza, páginas 87 a 89); ella comienza a actuar recién cuando las concesiones otorgadas sobrepasan los derechos que pueden servirse con el caudal ordinario del respectivo curso de agua, dato éste revelado por el *"aforo"* de dicho curso; de modo que el solo y simple hecho de la prioridad en la fecha del otorgamiento de una concesión, no apareja, por sí, preferencia alguna para su titular.

Cuando las concesiones otorgadas no excedan de lo que el río puede abastecer con su caudal ordinario, la mera escasez del agua en ciertas épocas periódicas, de suerte que las concesiones existentes no puedan servirse en su integridad, no hace funcionar la cláusula "sin perjuicio de terceros"; tal hipótesis halla solución aplicando los principios sobre "turnos", "rateos", "tandas" o "mitas", y la restricción que entonces sufran los usuarios no constituye el "perjuicio" a que se refiere la ley. Menos aún funcionará dicha cláusula por el hecho de que, a raíz de la disminución del agua, las concesiones "eventuales" no alcancen a ser servidas, pues es de la esencia de ellas que sólo puedan abastecerse en épocas de abundancia del líquido (épocas de creces), por lo que entonces tal falta de dotación de aguas no constituirá "perjuicio" jurídico.

Cuando sobre un río se hayan otorgado concesiones que, de acuerdo con el "aforo" existente, excedan lo que dicho curso de agua pueda abastecer con su caudal ordinario, entra en funcionamiento la cláusula "sin perjuicio de terceros". Las concesiones otorgadas después de lo que podía atenderse con el caudal ordinario del río, deben quedar sin dotación alguna de agua, pues resultan otorgadas *"con"* perjuicio de terceros.

Para todo lo atinente a la cláusula de referencia en materia de aguas, véase mi "Legislación de Aguas. La cláusula *sin perjuicio de terceros* en las concesiones de uso del agua pública", Buenos Aires, 1942, edición Valerio Abeledo.

(826) Gustavo La Iglesia refiere un caso de esa índole resuelto por el Consejo de Estado de España (páginas 246-247).

(827) El artículo 2645 del Código Civil, en su actual redacción, remite al Derecho Administrativo lo referente a la construcción de represas de agua de los ríos o arroyos. Con relación a la anterior redacción de aquel texto, véase a Henoch D. Aguiar, tomo 3º, páginas 383-384.

(828) Así lo resolvió la jurisprudencia española, según cita de Gay de Montellá: "Teoría y Práctica de la Legislación de Aguas", página 251.

(829) En ese orden de ideas, los redactores del Proyecto de Código de Aguas para Mendoza dijimos lo siguiente: "Así, con relación a un mismo curso de agua, no será legalmente admisible el otorgamiento de concesiones *permanentes* cuando, por no haberse practicado aún el aforo provisorio de los ríos, haya concesiones anteriores otorgadas con carácter *eventual"* (nota al artículo 30, página 62 de la edición oficial). Es que de la diferenciación jurídica de las concesiones en "permanentes" y "eventuales", derivan profundas consecuencias de orden material: una concesión con derecho de agua "permanente" le atribuye al inmueble un valor muy superior al que le atribuiría una concesión con derecho de agua "eventual". Además, compárese: D´Alessio, tomo 2º, páginas 90-91, texto y notas.

(830) Refiriéndose a la nulidad de los actos administrativos, con la cual vincúlase la cláusula "sin perjuicio de terceros", ya que uno de los efectos de ésta puede ser la nulidad del respectivo acto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo: "Esos actos admnistrativos, por serlo, tienen en su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la actividad administrativa y, por consiguiente, toda invocación de nulidad contra ellos debe necesariamente ser alegada y probada en juicio" (Fallos, tomo 190, página 154, *in re* "S.A. Ganadera Los Lagos c/ Nación Argentina"). Son de interés las siguientes palabras del doctor Gerónimo Cortés: "Pretende el contrario que la calidad de, *sin perjuicio,* que lleva la concesión de mis representados, la hace hipotética, y que de consiguiente antes de realizarse, necesitan éstos comprobar que pudo hacerse sin perjudicar derechos de terceros. Original ocurrencia! Sin desconocer el doctor Páez que los Ducasse tengan un derecho legítimo de agua, ni que se encuentren en posesión de la que emplean en su molino, quiere que se acredite que esa agua existe: desde que el molino anda, debe existir pues, a menos que se sostenga que se mueve a vapor o que es de viento". ... "Mas, como todo título revestido de las formas externas y emanado de autoridad competente, se presume y debe ser tenido por válido; alegándose para anularlo derechos adquiridos o perjuicio de tercero, no es el tenedor del título, sino el que excepciona estas cosas contra su validez, quien debe probar" ("Vistas Fiscales", tomo 3º, páginas 489-490).

(831) Refiriéndose a esta cuestión, el doctor Gerónimo Cortés, al refutar a la parte contraria en un escrito forense, dijo: "mas esta cláusula lo que significa es, sin perjuicio de un derecho *adquirido* y *legítimo*; de ninguna suerte que deba respetarse también una posesión meramente interina y puramente de hecho, que no se apoye en título alguno *legal,* del cual se haya originado" ("Vistas Fiscales", tomo 1º, página 464).

(832) Para lo atinente a los "efectos" de la expresada cláusula, con particular referencia a la concesión de uso de aguas públicas, véase mi "Legislación de Aguas. La cláusula *sin perjuicio de terceros* en las concesiones de uso del agua pública", páginas 41-47. Para lo relacionado con los *"efectos"* de los contratos administrativos -a cuya categoría pertenece la "concesión de uso"- y respecto a quiénes han de considerarse *"terceros"* en dichos contratos, véase el tomo 3º A., nº 712.

(833) En total concordancia con lo dicho en el texto: Demolombe, tomo XI, nº 193; nota del doctor Dalmacio Vélez Sarsfield al artículo 2619 del Código Civil; Perriquet, páginas 392-393; Rafael García, tomo 2º, páginas 533-534, y tomo 3º, páginas 461-462; Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 190, páginas 155-156, *in re* "S.A. Ganadera Los Lagos c/ Nación Argentina".

(834) Véase: Mayer, tomo 3º, página 261.

(835) Resta: "La revoca degli atti amministrativi", páginas 63-69; Baldi Papini: "L´annullamento d´ufficio degli atti amministrativi invalidi", páginas 56-64; Ranelletti: "Teoria degli atti amministrativi speciali", páginas 129-133; Aparicio Méndez: "Notas para un estudio sobre los caracteres de la revocación", página 23; Diez: "El acto administrativo", página 237-239.

(836) En igual sentido, véanse mi "Caducidad y revocación de la concesión de servicios públicos", páginas 53-64; Baldi Papini: "L´annullamento etc.", página 95; Fiorini: "Teoría

de la justicia administrativa", páginas 101-102; Diez: "El acto administrativo", páginas 240-241. Para lo relacionado con la *"anulación"* del *acto* administrativo y del *contrato* administrativo, véanse, respectivamente, el tomo 2º, número 530 y siguientes, y el tomo 3º A., números 812 y 814.

(837) Como quedó dicho en el nº 1828, la concesión de uso no sólo puede ser "temporaria", sino también *"perpetua",* sin que esto importe agravio a principio jurídico alguno.

(838) En igual sentido: Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 267.

(839) Resta: "La revoca degli atti amministrativi", página 145: Berthélemy, página 718; Zanobini, tomo 4º, página 74; Bullrich: "Nociones de Derecho Administrativo", tomo 1º, página 309; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 451; Devis Echandía: "El régimen de las aguas en derecho colombiano", página 304; Alejandro E. Ghigliani: "En torno a las concesiones de ocupación de bienes del dominio público", en el diario "La Ley", 29 de julio de 1945, página 2.

(840) El indebido uso promiscuo de los términos *caducidad* y *revocación* no sólo se observa en fallos judiciales, sino también en textos legales, obras de doctrina, conferencias de abogados, etcétera. Es posible que algunas de esas fallas respondan a inadvertencia; pero lo cierto es que analizado el punto con criterio técnico, la deficiencia terminológica es evidente. En tal sentido, véase lo que escribe Resta: "La revoca, etc.", páginas 144-145. En más de una oportunidad la Corte Suprema de Justicia de la Nación calificó como "caducidad" lo que en el caso era "revocación" (Fallos, tomo 114, página 126; tomo 201, página 443 y siguientes; tomo 204, página 626). La Cámara Federal de La Plata, en un caso de "revocación", habla indistintamente de caducidad y de revocación ("Jurisprudencia Argentina", tomo 68, página 280 y siguientes). Etcétera.
La Cuarta Conferencia Nacional de Abogados, reunida en Tucumán, refiriéndose a la concesión de servicio público, confundió caducidad con revocación, pues, al referirse a la procedencia de aquélla, habló de "caducidad por motivos de interés público", siendo que el "interés público" no es causal de caducidad, sino de revocación ("Jurisprudencia Argentina", tomo 61, sección doctrinaria, página 94). Así lo hice resaltar en otra publicación. Uno de los redactores de aquel despacho sobre concesiones de servicios públicos, doctor Benjamín Villegas Basavilbaso, con espíritu científico reconoció ese error de la Comisión de que formó parte (tomo 4º, página 274, nota 35, de su obra).

(841) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 124, página 188; tomo 183, páginas 134-135; tomo 224, páginas 536 y 539.

(842) Véase la derogada ley nacional nº 4167, artículo 10 . Además: Ley de Aguas de Catamarca, de 1896, artículo 28; Código Rural de Santa Fe, artículo 476; Código de Aguas de Salta, artículos 45 y 46; Código de Aguas de Jujuy, artículo 50. Leyes extranjeras: Ley de Aguas de Bolivia, artículo 200; Ley de Aguas de España, artículo 158, y Código Civil español, artículo 411; Texto Único de las disposiciones legales sobre aguas e instalaciones eléctricas de Italia, del año 1933, artículo 55: Código Rural del Paraguay, artículo 360; Código de Aguas del Perú, artículo 167; Ley Federal de Suiza sobre utilización de las fuerzas hidráulicas, del 22 de diciembre de 1916, artículo 65; Código de Aguas de Chile, artículos 275 y 280. La mencionada ley de Catamarca de 1896, fue derogada en 1973.

(843) Proyecto de Código de Aguas para Buenos Aires, artículos 82, párrafo quinto, y 92; Proyecto de Código de Aguas para Mendoza, artículos 25, 75 y 76.

(844) Bielsa, en el prólogo a mi obra "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", páginas 17 y 18. Posteriormente dicho autor insistió en su opinión: "Derecho Administrativo", tomo 3º, página 431 (quinta edición). Berçaitz, en la primera edición de su obra "Teoría general de los contratos administrativos", nº 187, página 347, sustentó un criterio similar al de Bielsa; pero en la segunda edición de su importante obra, cambió correctamente de opinión (página 559 y siguientes).

(845) Aparicio Méndez: "Notas para un estudio sobre los caracteres de la revocación", página 33; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 263-265; Sayagués Laso: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 2º, página 78, nota 1. Igual opinión tiene Resta, para quien la *revocación* y la *caducidad* son institutos netamente diferenciados entre sí ("La revoca, etc.", página 146). En sentido concordante: Gabino Fraga, páginas 304-305.

(846) Aparicio Méndez, obra y lugar citados.

(847) Resta, obra citada, página 145.

(848) Cuarta Conferencia Nacional de Abogados, en "Jurisprudencia Argentina", tomo 61, sección doctrinaria, página 91; Resta: "La revoca, etc.", página 145; Zanobini, tomo 4º, página 74; Aparicio Méndez, "Notas, etc.", páginas 35-36.

(849) Cuarta Conferencia Nacional de Abogados, en "Jurisprudencia Argentina", tomo 61, sección doctrinaria, página 91; Aparicio Méndez: "Notas, etc.", página 35.

(850) Entre otros, véanse los fallos registrados en los tomos 145, páginas 328 y 329; 164, páginas 192 y 193; 183, página 134, etc.

(851) La conclusión que doy en el texto ya la expuse en otra publicación, habiendo sido compartida por Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 268. Además, véase el Proyecto de Código de Aguas para la provincia de Buenos Aires, artículo 82, párrafo quinto.

(852) En igual sentido: Pacelli, página 371; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 268; Sayagués Laso: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, página 527. Además: Pareja, tomo 1º, páginas 415, 416 y 422; Cuarta Conferencia Nacional de Abogados, "Jurisprudencia Argentina", tomo 61, sección doctrina, página 94; Brandao Cavalcanti, tomo 4º, páginas 451 y 452. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el considerando de uno de sus fallos, también subordina el incumplimiento, como causal de caducidad, a la "gravedad" del mismo (tomo 183, páginas 134-135).

(853) Mayer, tomo 4º, página 180; Fernández de Velasco: "Los contratos administrativos", página 202; Berthélemy, página 718; Cuarta Conferencia Nacional de Abogados, en "Jurisprudencia Argentina", tomo 61, sección doctrinaria, página 94; Pareja, tomo 1º, páginas 416, 422 y 423; Ghigliani: "En torno a las concesiones de ocupación de bienes del dominio público" en diario "La Ley", 29 de julio de 1945, página 2; Zanobini, tomo 4º, página 74; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 628; Sayagués Laso: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1, página 527; Código de Aguas de Jujuy, artículo 50. Además:

Proyectos de Código de Aguas para Buenos Aires, artículo 93, y para Mendoza, artículo 77.

(854) La Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversas oportunidades se pronunció en cuestiones de esta índole. En asuntos llevados a su conocimiento, so pretexto de que en la esfera administrativa habíase desconocido la garantía del artículo 18 de la Constitución, el Tribunal en unos casos hizo lugar a la queja, declarando que efectivamente se había desconocido dicha garantía; en otros casos desestimó la queja porque de lo actuado resultaba que esa garantía había sido respetada. Fallos, tomo 193, página 408 y siguientes; tomo 198, página 78 y siguientes; tomo 125, página 168 y siguientes, especialmente página 185, considerando 8º; tomo 138, página 257; tomo 211, páginas 807 y 1056 ; tomo 212, página 456 . Ver, además, tomo 233, página 74 , donde el Tribunal declaró que "la garantía de la defensa en juicio es también imperativa para los *cuerpos jurisdiccionales* administrativos".

(855) Lentini considera la muerte y la quiebra como causales de caducidad (tomo 1º, página 601). Análogo criterio sustenta Pareja, para el cual, si las causas que darán lugar a la caducidad fueron previstas en la concesión, la Administración Pública podrá declarar la caducidad, debiendo recurrir a la justicia cuando dichas causas no hayan sido previstas; pero hace una excepción para los supuestos de muerte o quiebra del concesionario, en cuyos casos -aunque esas causales no hayan sido establecidas- admite que la Administración declare directamente la caducidad (tomo 1º, páginas 421 y 422).

(856) En igual sentido: Fernández de Velasco: "Los contratos administrativos", páginas 200-201. Además, en sentido concordante, véase la ley nacional de obras públicas, nº 13064, artículo 49 . Por cierto, el autor citado diferencia debidamente la "rescisión" de la "caducidad" (página 197). Aparicio Méndez considera que la muerte del concesionario determina el decaimiento del acto, por constituir una cláusula *resolutoria implícita* ("Notas, etc.", página 14, texto y nota).

(857) Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 299.

(858) Fernández de Velasco: "Los contratos administrativos", página 201; ley nacional de obras públicas, nº 13064, artículo 49 .

(859) Sobre esto último, ver Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 222, y tomo 4º, página 298.

(860) Considero que proceden equivocadamente los autores que, al tratar este punto, no distinguen entre quiebra casual, culpable y dolosa. Por lo demás, la "rescisión" no siempre requiere el consentimiento de las partes: además de rescisión automática o de pleno derecho, también la hay dispuesta por una de las partes (ver ley nacional de obras públicas, nº 13064, artículo 50 , preámbulo y parte final). Ver nota 223. Asimismo es errónea la opinión según la cual las concesiones de *uso* se otorgan "intuitu personae"; dichas concesiones sólo excepcionalmente se otorgan en ese carácter. Ver lo que expongo en el texto.

(861) Conforme con lo expresado en el texto: Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 267. Además: Mayer, tomo 3º, página 261; Fraga, páginas 304-305. En contra: Aparicio

Méndez, para quien la caducidad se impone por aplicación de una potestad inalienable de la Administración ("Notas, etc.", páginas 34-35). Como "pena", dice, no podría reconocérsele carácter convencional o bilateral, salvo que se la considere una cláusula penal (página 35). Por de pronto, como lo expreso en el texto y como también lo expresé en el trabajo mío a que hace referencia el profesor Méndez, adviértase que la caducidad *también puede proceder por causales no previstas o pactadas, sea en forma expresa o en forma implícita,* lo cual tiene importancia decisiva en lo atinente a la autoridad facultada para declararla. Y si bien no puede hablarse de carácter convencional acerca de las penas del derecho *criminal,* no siempre será así respecto a las *penas administrativas,* cuyo carácter es distinto al de aquéllas. No obstante esto, la cuestión planteada por Méndez puede zanjarse reservando la designación de *pena administrativa*, "stricto sensu", para la caducidad no pactada en forma alguna, y la de *sanción convencional* para la pactada expresa o implícitamente.

(862) Compárese: Bielsa, en el prólogo a mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", página 17.

(863) Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 446 y nota 124, Buenos Aires, 1947; Bielsa, en "Investigación a la Compañía Hidro-Eléctrica de Tucumán S.A.", páginas 87 y 89-90; Bielsa: "El Estado de Necesidad, etc.", página 91; Pareja, tomo 1º, página 421; Ghigliani, en "La Ley", 30 de julio de 1945, página 3, nota; Alberto G. Spota: "La caducidad de la concesión de servicios públicos", en "Jurisprudencia Argentina", 1946-III, páginas 780-781; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 269-270.

(864) Resta: "La revoca degli atti amministrativi", página 186; Ranelletti: "Teoria degli atti amministrativi speciali", nº 113, página 128. En igual sentido: Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 183, página 127.

(865) Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 447, Buenos Aires, 1947; Bielsa, en "Investigación a la Compañía Hidro Eléctrica de Tucumán S.A.", páginas 87 y 89-90; Bielsa: "El Estado de Necesidad, etc.", página 91; Pareja, tomo 1º, páginas 421-422; Ghigliani, en "La Ley", 30 de julio de 1945, página 3, nota; Spota, trabajo y lugar citados en la nota 230; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 269-270. En un caso de locación de tierras fiscales, es decir donde el Estado había actuado dentro del derecho privado, la Cámara Federal de La Plata declaró que si la Administración, de acuerdo con el contrato, no se había reservado expresamente la atribución de declarar "per se" la caducidad, ello debía gestionarse ante el Poder Judicial ("Jurisprudencia Argentina", tomo 50, página 795).

(866) Presutti, tomo 1º, páginas 382-383.

(867) Fallos, tomo 204, página 642.

(868) Alberto G. Spota: "La caducidad de la concesión de servicios públicos", en "Jurisprudencia Argentina", 1946-III, páginas 764 y 780-781; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 269-270.

(869) Bielsa, en "Investigaciones a la Compañía Hidro Eléctrica de Tucumán, S.A.", página 89.

(870) Tales conclusiones ya las expuse en otra oportunidad, y ellas fueron expresamente compartidas por Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 270, nota 24. Ver nº 1835.

(871) Bielsa, en "Investigación a la Compañía Hidro Eléctrica de Tucumán, S.A.", página 91.

(872) Tal argumento también lo expuse en otra publicación, y fue asimismo compartido por Villegas Basavilbaso, tomo 4º página 270.

(873) Ver Cermesoni: "Contratos Comerciales", páginas 371-375; Rivarola: "Tratado de Derecho Comercial Argentino", tomo 3º, nº 680, páginas 39 y siguientes.

(874) Suprema Corte de Tucumán, en "Jurisprudencia Argentina", 1957-II, páginas 480-482.

(875) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 141, páginas 211-212. En igual sentido: Cuarta Conferencia Nacional de Abogados, en "Jurisprudencia Argentina", tomo 61, sección doctrinaria, página 116. El fallo de referencia fue dictado con motivo de una concesión de "servicio público"; pero al respecto debe advertirse que, en lo pertinente, ese tipo de concesiones se rige por *"principios"* similares a los que rigen la concesión de *"uso"* de las dependencias del dominio público. Ver nº 1821.

(876) Puede verse: Mayer, tomo 4º, páginas 178-179 y 181: Cuarta Conferencia Nacional de Abogados, lugar indicado en la nota precedente; Proyectos de Código de Aguas para la Provincia de Buenos Aires, artículos 93 y 88.

(877) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 141, página 212.

(878) Véase a Mayer, tomo 4º, página 181. Pero esa indemnización será procedente si ello es lo que exige el concesionario, quien podría optar entre el pago del valor de los bienes o la devolución de éstos en especie. La propiedad privada del concesionario sobre los bienes que afectó al servicio público o al uso público, no cede por el solo hecho de la caducidad de la concesión; para que ello ocurra es necesario cumplir con el procedimiento expropiatorio que la Constitución establece. En general, sobre el alcance de la resolución de los jueces acerca de actos ilícitos o ilegítimos procedentes de la Administración, véase más adelante, donde me ocupo de la protección jurídica del usuario.

(879) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 201, página 445. Este fallo reviste positivo interés, no sólo por el principio que sienta, sino también por las modalidades que el caso presentó y que fueron contempladas en la resolución del Tribunal. En sentido concordante: Fallos, tomo 204, página 626 y siguientes, en especial páginas 651-652. Por tratarse de soluciones que tienen una aplicación general, véase lo que expongo en el tomo 3º B., número 1181 y siguientes, al referirme a la situación de los bienes del concesionario de servicio público al extinguirse la concesión.

(880) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 201, páginas 435 y siguientes.

(881) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 141, páginas 208 y siguientes.

(882) *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* (Digesto, libro L, título XVII, párrafo 203). Para la versión española: Ildefonso L. García del Corral, "Cuerpo del Derecho Civil Romano", tomo 3º, página 961.

(883) Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 446, Buenos Aires, 1947; Spota: "La caducidad de la concesión de servicios públicos", en "Jurisprudencia Argentina", 1946-III, página 772; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 273.

(884) Resta: "La revoca, etc.", nº 81, página 232.

(885) Resta, obra citada en la nota anterior, página 182.

(886) En general, para la correlación entre las razones de "oportunidad" y el "interés público", puede verse a Fraga, páginas 304 y 310.

(887) Presutti, tomo 1º, páginas 195 y 381. Entre nosotros, Juan Francisco Linares se encuentra en una posición similar a la de Presutti, pues, para admitir la revocación administrativa de la concesión por razones de "oportunidad", hace distingos basados en que la concesión tenga o no plazo cierto, en que exista o no una ley que autorice la revocación y en que el acto revocatorio sea anterior o posterior al vencimiento del plazo de la concesión ("Cosa juzgada administrativa, etc.", páginas 127-128). La única distinción que cabe efectuar respecto a una revocación dispuesta por la Administración, es si la concesión fue otorgada por acto administrativo o directamente por ley. De esto me ocuparé más adelante, al referirme a la autoridad competente para disponer la revocación de una concesión.

(888) La conclusión que sostengo en el texto, que ya fue sostenida por mí en otra oportunidad, es compartida por Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 275.

(889) Cammeo: "Demanio", en "Il Digesto Italiano", tomo 9º, página 913, Torino, 1887-1898; Merkl, página 277; De Valles: "I servizi pubblici", en "Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano", de V. E. Orlando, tomo 6º, página 579.

(890) Conforme con mi criterio: Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 275.

(891) La falta de concordancia con el régimen legal actual -de fecha posterior al otorgamiento de la concesión-, no es suficiente para reputar *ilegítimo* al acto, si éste nació en armonía con el régimen legal vigente en el momento de su emanación. Véase a Fraga, página 309, quien dice que "el acto legítimo en su origen no puede convertirse más tarde en ilegítimo, puesto que una ley posterior no puede cambiar los elementos legales de un acto que cumplió con todos los requeridos por la ley que rigió su formación". En igual sentido: Jèze: "Los principios generales del Derecho Administrativo", página 118 y siguientes de la edición Reus, Madrid, 1928, y tomo 1º, página 124 y siguientes, de la edición Depalma, Buenos Aires, 1948. Véase el tomo 2º, número 517.

(892) Mayer, tomo 3º, página 264; Proyecto de Código de Aguas para Buenos Aires, artículo 94, párrafo primero. Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 275-276, comparte la afirmación que hago en el texto, ya expuesta por mí en otra publicación.

(893) En igual sentido: Juan Francisco Linares: "Cosa juzgada administrativa, etc.", página

127; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 275. En sentido concordante se había expedido Cammeo a fines del siglo pasado, expresándose así: "Una revocación para constituir un monopolio, para cobrar un canon más alto, para favorecer a otro concesionario, *no debe jamás considerarse justificada*" ("Il Demanio", en "Il Digesto Italiano", tomo 9º, página 913).

(894) No obstante, puede verse lo ya dicho sobre ese punto en el nº 1832.

(895) En igual sentido: Fraga, página 308; Ghigliani, trabajo citado, en "La Ley", 29 de julio de 1945, página 2.

(896) Cammeo, que escribió a fines del siglo pasado, ya vinculaba la *revocación* con los principios que rigen en materia *expropiatoria*. Dijo así: "Aquellas concesiones para las cuales la revocación no ha sido contemplada, no pueden revocarse en caso alguno, sin indemnización *como por expropiación*. Así para las concesiones de agua, etc." ("Demanio", en "Il Digesto Italiano", tomo 9º, página 914). Además, véase: Cuarta Conferencia Nacional de Abogados, en "Jurisprudencia Argentina", tomo 61, sección doctrinaria, páginas 91 y 102; Sarría: "Teoría del recurso contencioso-administrativo", páginas 56 y 60; De Valles: "I servizi pubblici", en "Primo Trattato, etc.", tomo 6º, páginas 580 y 511; Ghigliani, trabajo citado, en "La Ley", 29 de julio de 1945, páginas 2 y 5; Fleiner, páginas 236-237; Alessi: "La responsabilitá della pubblica amministrazione", páginas 227-229; Manuel María Diez: "El acto administrativo", página 256, texto y nota.

(897) Son débiles las razones dadas por Otto Mayer. Sostiene que la legislación ordinaria sobre expropiación no es aplicable en materia de revocación, debido a que sólo considera la supresión de la propiedad inmobiliaria de derecho civil (tomo 4º, páginas 182-183). Este argumento, que no es precisamente "jurídico", sino basado en la mera interpretación de una "ley", sería inaceptable en nuestro derecho, ante el cual son susceptibles de expropiación todos y cualesquier derechos, no sólo el de propiedad sobre inmuebles.

(898) La Constitución de Portugal, en su artículo 49, párrafo 1º, establece que los derechos de uso sobre el dominio público, adquiridos por los particulares, pueden ser objeto de expropiación por causa de interés público y mediante justa indemnización. Igual conclusión sostienen numerosas legislaciones en materia de aguas, como también algunos proyectos sobre dicha materia; véase: Ley de Aguas de España, artículo 161; Ley de Aguas de Bolivia, artículo 205; Código de Aguas del Perú, artículo 170; Ley General de Aguas de Mendoza, artículo 117; Código de Aguas de Salta, artículo 25; Proyecto de Código de Aguas para Mendoza, artículo 23. Respecto a la expropiabilidad del derecho que la concesión de servicios públicos crea para el concesionario, véase: A. Walter Villegas, páginas 83-84; Seabra Fagundes: "Da desarpropriação no direito brasileiro", nº 37, páginas 42-43; Fernando García Olano: "Acerca de la expropiación de empresas de servicio público", en "Revista de Derecho y Administración Municipal", nº 188, páginas 910 y siguientes, y en particular páginas 929-930, Buenos Aires, 1945.

(899) Acerca del fundamento de la "expropiación", véase el tomo IV, nº 1285, especialmente punto e).

(900) Véanse mis trabajos "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado. Lo

atinente a la revocación de actos o contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia", en "El Derecho", 22 de julio de 1985, especialmente capítulos IV y V, y "Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", en "La Ley", 17 de julio de 1991.

(901) Caetano, nº 136; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 275 y 276; Diez: "El acto administrativo", página 248.

(902) Ello es así en mérito a las siguientes razones:
a) Porque al otorgar tales concesiones, el Poder Legislativo habría ejercido facultades propias expresamente reconocidas por la respectiva Constitución.
b) Porque toda concesión otorgada por el Poder Legislativo en mérito a lo expresamente autorizado por la Constitución, constituye una "ley formal", con las consecuencias que de ello derivan acerca de su vigencia y derogación. Véase lo que al respecto escribe Gabino Fraga, números 23, 24 y 27.
c) Porque las leyes, aun tratándose de las llamadas leyes contratos, sólo pueden derogarse por otras leyes. Al respecto resultan interesantes las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 183, página 116 y siguientes. En este fallo, que en realidad contempló un supuesto de caducidad y no precisamente de revocación, el Tribunal declaró que una concesión -de servicio público, en la especie- otorgada por ley, no podía ser dejada sin efecto por decreto del P.E., sino mediante otra ley (página 135).
d) Porque, salvo atribución expresa, no se concibe que el poder administrador deje sin efecto un acto del Poder Legislativo: ello afectaría el principio de separación de los poderes.
Las conclusiones que anteceden, que ya expuse en otra publicación, fueron compartidas por Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 275 y 276.

(903) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 114, página 126. Como el principio que sentó la Corte Suprema en este fallo es citado con frecuencia por los autores, cabe advertir: 1º, que contrariamente a lo que resulta de sus términos literales, no se refiere a "caducidad" de las concesiones, sino a su "revocación", como se comprueba por la circunstancia de que ahí se habla de "motivos de utilidad general", que si bien pueden servir de base para una revocación por razones de "oportunidad", no constituyen fundamento para la "caducidad" de la concesión: 2º, que si bien se refiere a "revocación" de concesiones, debe entendérselo circunscripto a revocación por razones de "oportunidad".

(904) Fraga, números 135 y 136. Lo extraño en la opinión de este autor es que la facultad de "anular" la concesión se la atribuye a la Administración Pública, excluyendo ello el Poder Judicial. En cambio, la casi totalidad de la doctrina, y la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia Nacional, acepta que la facultad de "anular", *stricto sensu,* es función jurisdiccional y no administrativa.

(905) La Corte Suprema de Justicia de la Nación pudo decir que la "certidumbre" del derecho es de "interés público" (Fallos, tomo 175, página 374; tomo 185, página 184). En la actualidad, el problema considerado en el texto está expresamente contemplado y resuelto por el decreto-ley nº 19549/72, sobre procedimiento administrativo nacional, artículo 17, cuyo texto he transcripto en el precedente número 1832.

(906) Véase: Gabino Fraga, páginas 301 y 312; además: Ranelletti: "Teoria degli atti amministrativi speciali", página 128, nº 113.

(907) En igual sentido: Vincenzo M. Romanelli: "L´anullamento degli atti amministrativi", páginas 314-315, Milano, 1939.

(908) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 190, páginas 150-151.

(909) Véase: Juan F. Linares: "Cosa juzgada admnistrativa", páginas 29-30 y 42. Para acto administrativo "aparente", véase el tomo 2º, nº 478. Para "vías de hecho", véase el tomo 2º, nº 376.

(910) Si el acto administrativo apareja la presunción de "legitimidad", cabe advertir que, por análogo motivo, una concesión de uso del dominio público goza de igual presunción, ya que, en su esencia, toda concesión de uso del dominio público es un acto administrativo.

(911) En el primero de esos casos la Corte dijo: "Que sería atentatorio al orden establecido en la Carta Fundamental *en cuanto consagra la división de los poderes del Estado,* admitir que el Poder Ejecutivo general o local, se atribuya facultades judiciales para aniquilar por sí y ante sí derechos legítimos, o *aparentemente legítimos en virtud de su título,* pues como lo ha dicho esta Corte, en uno de sus primeros fallos, siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del Gobierno en tres grandes departamentos, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas haría desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos y destruiría la base de nuestra forma de gobierno" (Fallos, tomo 164, página 191).
En el segundo de esos casos, el Tribunal dijo: "Que las constancias del juicio administrativo patentizan que se han llenado, *por lo menos aparentemente,* todos los requisitos de la ley nº 4167 para hacer la venta definitiva del campo" (Fallos, tomo 185, páginas 181-182).

(912) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 164, página 140 ; tomo 175, página 368 ; tomo 182, página 267 ; tomo 185, página 177 ; tomo 190, página 142.

(913) Corte Suprema de Justicia Nacional, Fallos, tomo 115, páginas 189 y siguientes y 211-212.

(914) Corte Suprema de Justicia Nacional, Fallos, tomo 175, página 371.

(915) Corte Suprema de Justicia Nacional, Fallos, tomo 175, página 379.

(916) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 182, página 269.

(917) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 185, página 184.

(918) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 185, páginas 185-186.

(919) Fiorini: "Teoría de la justicia administrativa", páginas 101-102. En idéntico sentido:

Caetano, páginas 249-250; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 287-290; Diez: "El acto administrativo", páginas 251-252. Además: García Oviedo, tomo 1º, página 123; Brandao Cavalcanti, tomo 2º, páginas 291-292; "Jurisprudencia Argentina", tomo 3, página 858. Recuérdese el actual artículo 17 del decreto-ley nº 19549/72, sobre procedimiento administrativo nacional, ya citado.

(920) Ciertamente, resulta contrario a toda noción de justicia que, como ha ocurrido en nuestro país ("Jurisprudencia Argentina", tomo 68, página 344), se le reconozca facultades a la Administración para revocar una concesión -de servicio público, en ese caso-, por sí y ante sí, después de seis años de estar ella en ejercicio y sin reparar en la cuantía de los intereses privados en juego, alegando que dicho acto fue otorgado sobre la base de irregularidades o errores. Semejante proceder de la Administración carece de seriedad. El jurista debe hacerse eco de ello y arbitrar los medios para impedir su repetición. Si resulta fácilmente comprensible la "caducidad" administrativa de una concesión cuando el incumplimiento del concesionario afecte, por ejemplo, condiciones esenciales relacionadas con el uso de las dependencias dominicales, resulta en cambio inconcebible la "revocación" (administrativa, desde luego) de una concesión en las condiciones referidas. Es oportuno recordar las siguientes palabras de Berthélemy, transcriptas por Ramón Badenes Gasset: "No hay dos maneras de entender la buena fe: no hay una buena fe civil y otra administrativa. Los principios eternos enunciados en el Código Civil en cuanto a la manera de interpretar las convenciones no son reglas arbitrarias; se busca vanamente en los preceptos de este cuerpo legal cuál puede dejar de aplicarse a la interpretación de los contratos administrativos. Todas las fórmulas especiales de lealtad necesaria que deben presidir los acuerdos humanos se imponen fuertemente, lo mismo en el Derecho Administrativo que en el derecho civil" ("El riesgo imprevisible", página 151).
En concordancia con lo expuesto, Juan F. Linares expresa que los actos administrativos que no adolezcan de "groseras" irregularidades son inmutables en vía administrativa, pues allí no pueden válidamente revocarse ni modificarse, pero sí son mutables en vía jurisdiccional por anulación o revocación dentro del término de dos años que establece para la prescripción el artículo 4030 del Código Civil ("Cosa juzgada administrativa", página 42. Ver también páginas 25 a 30, 127 y 149-150).
Precisamente, porque después de haber transcurrido veinte años de ejercicio del derecho pertinente, la Administración Pública, en lugar de recurrir para ello a la autoridad judicial, alegando la existencia de errores, revocó por sí misma un decreto que le había reconocido derechos subjetivos al interesado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el conocido caso "Elena Carman de Cantón c/ la Nación", dejó sin efecto el expresado decreto de revocación (Fallos, tomo 175, páginas 369-380).

(921) Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 4º, páginas 436-439, y nota 8 bis, Buenos Aires, 1947. En sentido concordante: Alfonso E. Poccard: "Facultad del P.E.N. para decretar la caducidad de las concesiones de tierras públicas ya escrituradas y la cancelación de las inscripciones de dominio", en "Jurisprudencia Argentina", tomo 47, sección doctrinaria, página 22 y siguientes.

(922) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 175, páginas 375-376. Puede verse el estudio de Bielsa: "La revocación de decretos sobre jubilaciones y pensiones irregulares. Esos decretos no constituyen cosa juzgada", publicado al pie de este fallo en

"Jurisprudencia Argentina", tomo 55, páginas 378-379, donde insiste en su modo de pensar.

(923) Villegas Basavilbaso ha compartido expresamente la opinión que doy en el texto (tomo 4º, página 289).

(924) Cámara Federal de La Plata, en "Jurisprudencia Argentina", tomo 25, página 885; Cámara Federal de Cuyo, en "Jurisprudencia Argentina", tomo 68, página 344.

(925) Véase todo lo que he escrito sobre *"revocación"*, tomo 2º, número 507 y siguientes, y téngase presente el actual artículo 17 del decreto-ley nº 19549/72.

(926) Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 282, Buenos Aires, 1947; Caetano, página 251; Lentini, tomo 1º, página 214, números 12 y 13. Ver Fernández de Velasco: "El acto administrativo", página 267.

(927) Romanelli: "L´annullamento degli atti amministrativi", páginas 315-316.

(928) Pacelli, páginas 367-368; D´Alessio, tomo 2º, página 78; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 278; De Valles: "I servizi pubblici", en "Primo trattato, etc.", página 581; Cuarta Conferencia Nacional de Abogados, "Régimen de concesiones de servicios públicos", en "Jurisprudencia Argentina", tomo 61, sección doctrinaria, páginas 91, 94, 102-103 y 115-116; Ghigliani, trabajo citado, en "La Ley", 29 de julio de 1945, páginas 2 y 3; Código de Aguas de Brasil, artículo 167; Proyecto de Código de Aguas para la Provincia de Buenos Aires, artículo 94, párrafo primero; Bielsa; "Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 265 y 450, Buenos Aires, 1947. Además, puede verse: Mayer, tomo 4º, páginas 182-183, y Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 175, página 374.
En Francia, no solamente ante un menoscabo del derecho del concesionario derivado de una expresa revocación de la concesión, sino también ante lesiones de otro origen al derecho del concesionario, el Consejo de Estado condenó reiteradamente a la Administración Pública a indemnizar al titular de la concesión. Véase: Maurice Hauriou: "La jurisprudence administrative", tomo 3º, página 522 y siguientes. Si bien Hauriou, al comentar dichas decisiones, expresa su discrepancia con ellas, tal discrepancia no se refiere precisamente al "principio" expuesto, sino a que, en su opinión, en esas especies los "hechos" no justificaban la solución a que llegó el Tribunal.

(929) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 174, páginas 185-186. En el nº 1826 me ocupé de la naturaleza jurídica del derecho emergente de una concesión de uso sobre el dominio público, y sostuve que tal derecho constituye una "propiedad" del concesionario.

(930) De Valles "I servizi pubblici", en "Primo trattato, etc.", páginas 579 y 582-583.

(931) Véase el tomo IV, números 1633 y 1636.

(932) Para todo lo expresado en el texto, téngase presente mi publicación "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad lícita", en "La Ley", 15 de noviembre de 1993.

(933) En sentido concordante al del texto, pueden recordarse las siguientes palabras de la

Corte Suprema de Justicia de la Nación: "Las vehementes y reiteradas invocaciones que los actores hacen a esta Corte de la injusticia que según ellos pretenden agravia a los seculares pobladores indígenas, heróicos defensores de la patria, honestos factores de su progreso, con la desposesión de sus tierras, hogares y bienes, no es indiferente a las ideas y sentimientos del Tribunal, pero no está en el radio de sus facultades, marcado por la Constitución y las leyes, ponerle remedio; pues, a diferencia de la Suprema Corte Federal de Estados Unidos que, según la sección II del artículo 3 de la Constitución extiende su jurisdicción `a todos los casos en derecho y equidad´ conforme al `common law´ a la tradición inglesa (Story: tomo II, páginas 321 a 323; Lambert: `Le gouvernement des juges, etc.´, página 16 y siguientes), el Poder Judicial Argentino carece de potestad y competencia en casos de pura equidad; salvo la que pueda entrar como elemento interpretativo, no de contraposición legal, en sus pronunciamientos (art. 100 de la Constitución Nacional)" (Fallos, tomo 155, página 317).

(934) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 111, páginas 371-372, y tomo 111, página 418, considerando 16.

(935) Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 441, Buenos Aires, 1947.

(936) Véase lo dicho en el nº 1839, texto y notas 263, 264 y 265.

(937) En el sentido del texto, son interesantes las siguientes palabras del profesor Fritz 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 persona 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" ("Instituciones de Derecho Administrativo", páginas 236-237).

(938) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 145, páginas 327, 328 y 329.

(939) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 158, páginas 278-279, y tomo 183, páginas 133-134.

(940) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 164, páginas 192-193.

(941) Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 20 de septiembre de 1984, dictada en el juicio "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A. c/ Dirección Nacional de Vialidad" , publicada en "El Derecho", tomo 111, página 551, y mi artículo "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado. Lo atinente a la revocación de actos o contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o

conveniencia", en "El Derecho", 22 de julio de 1985 (tomo 114). Véase el tomo 4º, nº 1647 bis, páginas 683-686.

(942) Villegas Basavilbaso comparte mi criterio (tomo 4º, página 291, nota 73).

(943) Mayer, tomo 3º, páginas 261-262; D´Alessio, tomo 2º, páginas 77-78; Zanobini, tomo 4º, página 74; Villegas Basavilbaso, tomo 4 º, página 293.

(944) Mayer, tomo 3º, páginas 261-262; Mazza: "Dei diritti sulle acque", página 571; Marracino e Conte, página 102; Pacelli, página 355; Vitale, página 317; D´Alessio, tomo 2º, páginas 77-78; Zanobini, tomo 4º, página 74; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 292-293.

(945) Mayer, tomo 3º, página 265. En el mismo sentido: D´Alessio, tomo 2º, páginas 78-79.

(946) Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 295-297.

(947) Mayer, tomo 3º, páginas 262 y 265; D´Alessio, tomo 2º, nº 385 *in fine*, página 79.

(948) Sobre este punto véase lo que expuse en el nº 1826, texto y nota 163, donde hago ver por qué razón, no obstante que el derecho emergente de una concesión de uso es *"real"* y no "personal", el Estado puede *desplazar* a un nuevo cementerio los derechos de sepultura otorgados en un cementerio que luego se desafecta. A pesar de que el concesionario tiene un derecho real administrativo -dice Laubadère-, en el caso de traslado de la dependencia del dominio público o de desafectación de ella, no puede pretender que se le mantenga en el uso y goce de la cosa misma, *"in eadem loco"*. Sólo tiene un derecho de preferencia para que, en el nuevo emplazamiento de la dependencia pública (cementerio, por ejemplo), se le dé una ubicación similar a la que ya tenía, y esto se hace al solo efecto de acordarle una compensación ("Les concessions dans les cimetières", en "Revue du droit public et de la science politique en France et … l´étranger", página 622, Paris, 1936). Además, véase Jansse, nº 390, página 241; Waline, página 455; Sarría: "Derecho Administrativo", página 287.

(949) Véase a D´Alessio, tomo 2º, página 78.

(950) Sobre el *"rescate"* como medio extintivo de las concesiones de uso sobre dependencias del dominio público, véase lo que expuse en el nº 1823, texto y notas 150 y 151.

(951) Pacelli, página 355; Marracino e Conte, nº 28, página 104.

(952) Puede aceptarse la misma clasificación que los constitucionalistas hacen de los contratos, los cuales serían "ejecutivos" y "ejecutados" (Cooley: "Principios generales de derecho constitucional en los Estados Unidos de América", página 292).

(953) Arturo Alessandri Besa: "La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno", página 38.

(954) Arturo Alessandri Besa, páginas 38 a 42.

(955) Refiriéndose a la *revocación por ilegitimidad,* dice Sayagués Laso: "Cuando el contrato ha sido *definitivamente cumplido,* el pronunciamiento de la Administración sólo es ejecutable en la medida en que los hechos consumados pueden ser revisados y mediante una *acción judicial* contra el particular contratante" ("Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, nº 395, página 576). Con relación a concesiones de tierras *definitivamente cumplidas,* la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que para *"anularlas"*, cuando se compruebe que para obtenerlas se ha procedido con dolo, simulación o error en perjuicio de los intereses fiscales, o contrariando los propósitos fundamentales de la ley, el Estado debe recurrir para ello a la *justicia* (Fallos, tomo 185, páginas 185-186).

(956) En igual sentido: Mayer, tomo 3º, páginas 257-258; Silvestri: "Il riscatto, etc.", página 164; Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 145, páginas 330-331. En esta oportunidad, la Corte Suprema dijo que no habiéndosela limitado o restringido en el acto de la concesión, la facultad de transferirla, transmitirla o enajenarla, es lisa y llana.

(957) Cammeo: "Demanio", en "Il Digesto Italiano", tomo 9º, página 915, Torino, 1887-1898.

(958) Carvalho de Mendonça, página 303; Rigaud, páginas 303-304. El primero de estos autores, si bien rechaza la prescripción como medio adquisitivo del derecho de uso, acepta, en cambio, la procedencia de tal medio cuando se trata de *prescripción inmemorial:* tal razonamiento es inconcebible, por cuanto la prescripción ordinaria y la prescripción inmemorial tienen, en su esencia, la misma base jurídica.

(959) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 145, páginas 307 y 327.

(960) Véanse mis trabajos, "Estudio crítico y de legislación comparada del anteproyecto del doctor Bibiloni en materia de derecho de aguas", página 41, y "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 427.

(961) Arturo Acuña Anzorena: "Imprescriptibilidad de los bienes públicos", en "Jurisprudencia Argentina", tomo 71, páginas 362-363, nota; Lafaille: "Tratado de los Derechos Reales", tomo 2º, páginas 101 y 102, Buenos Aires, 1944; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 229-230; Manuel María Diez: "El acto administrativo", páginas 62-63. Además, véase, de este último autor, "Dominio Público", página 366; asimismo, Alberto G. Spota: "Tratado de Derecho de Aguas", tomo 2º, página 926.

(962) Cammeo: "Demanio", en "Il Digesto Italiano", tomo 9º, página 917, Torino, 1887-1898; Fernández de Velasco: "Resumen de Derecho Administrativo, etc.", tomo 2º, páginas 318-319. Este último autor sostiene que el aprovechamiento o la utilización de las cosas públicas no puede ganarse por prescripción, *salvo excepción legal*. D´Alessio no acepta la posibilidad de la prescripción de referencia, pues estima que la Administración Pública tiene la "facultad" de conceder a quien juzgue oportuno el derecho de uso (tomo 2º, páginas 74-75). En postura similar se encuentra Santi Romano, quien rechaza esa prescripción, porque se trata -dice- de derechos cuya adquisición debe fundarse en un título de derecho público (páginas 202-203). Cabe advertir, entonces, que aun para

dichos autores, cuando medie una ley que *autorice* la prescripción, será jurídicamente posible adquirir por esa vía el expresado derecho de uso.

(963) Ley de Aguas de España, artículo 149, norma que rige no sólo para el período anterior a la ley, sino también para el posterior a la misma (Ros Biosca, páginas 145-146); similar disposición contiene el Código Civil español (artículo 409). Igual criterio impera en la legislación de diversos Estados notoriamente inspirados en la ley española: Ley de Aguas de Bolivia, artículo 191; Código Civil de Cuba, artículo 409, inciso 2º; Código de Aguas del Perú, artículo 160 (a).
(a) La actual ley de aguas de España, en vigencia desde el 1º de enero de 1986, derogó la vieja ley del 31 de junio de 1879, y en su artículo 50, segundo párrafo, establece que no puede adquirirse por prescripción el derecho de uso privativo del agua.

(964) Ley de Aguas de Catamarca de 1896, artículo 23, que decía así: "El que hubiese disfrutado de un aprovechamiento de aguas por el término de veinte años, sin que le haya sido disputado ante la autoridad competente, no se le interrumpirá en este goce y uso, con excepción del caso en que se pruebe mejor derecho ante la justicia ordinaria". Este concepto aparece reiterado en la Ley de Aguas de dicha provincia, del año 1900, cuyo artículo 31 dice así: "El uso y la propiedad del agua se prescriben conforme a las disposiciones del Código Civil". Este último texto, en cuanto autoriza la adquisición del "uso" por prescripción lo hallo incuestionable; pero, en cambio, adolece de dos fallas: a) en cuanto autoriza que la "propiedad" del agua se adquiera por prescripción; b) en cuanto establece que la prescripción de referencia se efectúa "conforme a las disposiciones del Código Civil", pues ya hice ver que todo esto se rige exclusivamente por normas de derecho *público*, ya que las aguas dominicales -como todas las cosas de esta índole- sólo son susceptibles de una comercialidad de derecho público. Las mencionadas leyes de Catamarca fueron derogadas y reemplazadas por la Ley de Aguas del 22 de mayo de 1973.

(965) Cammeo: "Demanio", en "Il Digesto Italiano", tomo 9º, página 917, Torino, 1887-1898; Gabbioli, página 55; Gay de Montellá: "Derecho Hidráulico Español", páginas 206-207; Gay de Montellá: "Teoría y Práctica de la Legislación de Aguas", páginas 236-237 y 242; Vitale, página 324 y, además, páginas 319-320; Fernández de Velasco: "Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración", tomo 2º, páginas 318-319; Zanobini, tomo 4º, página 29. Además, véase: Luis Claro Solar, tomo 9º, páginas 200 y 495; Garrido Falla: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 2º, páginas 452-453, Madrid, 1982.

(966) Antonino Vitale: "Il regime delle acque nel diritto pubblico e privato italiano", página 324.

(967) Entre otras obras, dicha exposición de motivos puede verse en las siguientes: Cirilo Franquet y Bertrán, tomo 1º, página 409, y Gustavo La Iglesia, páginas 103-104.

(968) Cammeo: "Demanio", en "Il Digesto Italiano", tomo 9º, página 917, Torino, 1887-1898; Gabbioli, nº 31, página 55; Pacelli, números 252 y 257; Vitale, página 325; Gay de Montellá: "Derecho Hidráulico Español", página 206; Gay de Montellá: "Teoría y Práctica de la Legislación de Aguas", página 236; Código de Aguas de Brasil, artículo 47, párrafo único; Proyecto de Código de Aguas para la Provincia de Buenos Aires, artículo 29,

párrafo 4º.

(969) Tanto más si se tiene en cuenta que si bien, cuando la legislación lo permite, es posible adquirir un derecho de uso por prescripción, ésta no acuerda mayores derechos que los que pudieran derivarse de una concesión (Cammeo: "Demanio", etc. página 917).

(970) Giorgio Jellinek: "Sistema dei diritti pubblici subbietivi", página 49; Enneccerus, Kipp y Wolff: "Derecho Civil", Parte General, tomo 1º, párrafo 65, páginas 287-293; Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga: "Curso de Derecho Civil", tomo 1º, páginas 318-320; Busso: "Código Civil Anotado", tomo 1º, página 245; Raúl Mugaburu: "Esquemas sobre la sistemática del derecho", páginas 225-232.

(971) Roger Bonnard: "Le contr“le juridictionnel de l´administration", nº 14 y página 204.

(972) Jellinek, página 49. En sentido concordante: Lentini, tomo 1º, página 156. D´Alessio considera que para que pueda hablarse de derecho subjetivo se requiere el concurso simultáneo de los siguientes elementos: a) un interés individualizado; b) que no sea protegido ocasionalmente; c) que tal protección sea completa (tomo 1º, página 170). Además: Vitta, tomo 1º, página 117.

(973) Di Pisa: "Le dottrine pi— recenti intorno ai diritti pubblici subbiettivi", página 37.

(974) Bonnard: "Le contr“le, etc.", página 205.

(975) Guicciardi: "La giustizia amministrativa", páginas 34-38; Sandulli: "Manuale di diritto amministrativo", números 33 y 34. Ver, además: Vitta, tomo 1º, páginas 117-118; Di Pisa, nº 8.

(976) Santi Romano, páginas 151-154.

(977) Zanobini, tomo 1º, páginas 175-176. Pero, aun dentro de este orden de ideas, véase un criterio diverso en Presutti, para quien el interés "legítimo" existe "cuando la norma jurídica que lo protege acuerda a la Administración Pública una facultad discrecional" (tomo 1º, página 122). Otra variante conceptual de lo que ha de considerarse "interés legítimo" puede vérsela en Renato Alessi, para quien "interés legítimo" será todo interés individual que coincida con un interés público tutelado por normas jurídicas de las que pueda prevalerse el titular para recurrir a los órganos de la jurisdicción administrativa, de modo que de su lesión pueda surgir un interés protegido a la eliminación del acto ilegítimo lesivo ("Diritto Amministrativo", página 446).

(978) D´Alessio, tomo 1º, números 106 y 109; tomo 2º, nº 379.

(979) Arnaldo De Valles: "Elementi di diritto amministrativo", nº 271.

(980) Lentini, tomo 1º, páginas 159-160. En sentido concordante: De Valles: "Elementi, etc.", nº 272.

(981) Guicciardi: "La giustizia amministrativa", páginas 31-32.

(982) Guicciardi: "La giustizia, etc.", páginas 34-35. Puede verse, además: De Valles: "Elementi, etc.", nº 271; Vitta, tomo 1º, páginas 118-119; Bonnard: "Le contr“le, etc.", página 204; Di Pissa, página 37.

(983) Guicciardi: "La giustizia, etc.", páginas 35-36.

(984) Guicciardi: "La giustizia, etc.", páginas 36-37.

(985) Guicciardi: "La giustizia, etc.", páginas 37-38. Véase, además: De Valles: "Elementi, etc.", nº 271; Vitta, tomo 1º, páginas 117-118; Bonnard: "Le contr“le, etc.", páginas 204-205; Di Pissa, páginas 36-45.

(986) El recurso por "exceso de poder" ante el Consejo de Estado, existente en el sistema francés -también en el italiano-, tiende a la protección del interés "legítimo", no del interés "simple"; por eso los tratadistas franceses, al analizar los requisitos a reunir para la procedencia de tal recurso, han estudiado los elementos que caracterizan al interés "legítimo", que presentan como un interés "directo" y "personal". Entre otros, véase: Hauriou: "Précis", página 424; Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", nº 635; Rolland, nº 389; Trotabas: "Manuel de droit public et administratif", página 174.

(987) Guicciardi: "La giustizia, etc.", página 38. Además: Vitta, tomo 1º, página 117. Si bien en el presente trabajo sólo y particularmente me refiero a las prerrogativas del individuo con respecto al "uso del dominio público", y de ningún modo a sus derechos patrimoniales privados -aun cuando éstos resulten lesionados por actos del Estado-, conviene tener en cuenta la opinión de Renato Alessi, quien, invocando un texto expreso de la actual Constitución italiana -artículo 113-, sostiene que el titular de un "interés legítimo" también está protegido en forma "directa" por el ordenamiento jurídico ("Diritto Amministrativo", páginas 443 y 446).

(988) Véase Bonnard: "Le contr“le, etc.", página 168 y números 84 y 97; Berthélemy, páginas 1118-1120; Rolland, páginas 337-340; Trotabas: "Manuel, etc.", página 174; Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", páginas 365-368; Hauriou: "Précis", páginas 424-425; Guicciardi: "La giustizia, etc.", páginas 37-38; Di Pisa, páginas 41, 44-45, 152. Asimismo, puede verse: Fiorini: "Teoría de la justicia administrativa", páginas 118-123.

(989) Véase Bonnard: "Le contr“le, etc.", nº 97; Hauriou: "Précis", página 426. Además: Berthélemy, página 1118; Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", páginas 365-366; Trotabas: "Manuel, etc.", páginas 173-174; Rolland, página 338; Guicciardi: "La giustizia, etc.", página 35; Vitta, tomo 1º, páginas 118-119.

(990) Véase: Fleiner, páginas 114-115 y nota 23.

(991) Ranelletti: "Concetto, natura e limiti del demanio pubblico", en "Giurisprudenza Italiana", 1897, página 360; Jèze: "Du *droit* des individus de se servir des dépendances du domaine public conformément a leur destination", en "Revue du droit public et de la science politique en France et … l´étranger", Paris, 1910, páginas 706-707; Mayer, tomo 3º, páginas 183-184; Holtz, Kreutz y Schlegelberger: "Das Preussische Wassergesetz" ("La

Ley de Agua de Prusia"), página 33; Wieland, tomo 1º, página 194; Fleiner, página 302; Enneccerus, Kipp y Wolff: "Derecho de Cosas", tomo 1º, página 617; Jansse, páginas 210-211; Zanobini, tomo 4º, páginas 26-27; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 197, 202 y 205.

(992) Manuel Peña: "Atribuciones de los gobiernos de provincia en materia de aguas públicas", en "Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba", tomo 1º, página 374, Córdoba, 1913. El trabajo del doctor Peña, si bien se publicó en 1913, fue escrito en 1902 (página 389).

(993) Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 16, página 264. En relación con dicha sentencia debe recordarse la siguiente observación que formulé en otra oportunidad: si bien en ese fallo se habla de uso "común", el caso no versaba sobre un uso de tal índole, sino sobre un uso "especial" (irrigación), aunque basado en una simple tolerancia de la Administración (no mediaba un "derecho perfecto", de uso adquirido sobre la base de una concesión o de la prescripción). Empero, no habiendo existido un "derecho perfecto", la doctrina indicada en el texto resulta igualmente exacta (Marienhoff: "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", página 706, nota 12).

(994) Marienhoff: "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", páginas 706-707; Mayer, tomo 3º, páginas 191-192; Fleiner, página 302; Manuel Peña, trabajo citado en la nota 354, página 374; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 205-206.

(995) Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 205-206. Guicciardi, conforme a su teoría, cuyo análisis crítico realicé en el nº 1794, funda tal acción en la circunstancia de que, en estos casos, el usuario tiene un "derecho subjetivo" ("Il Demanio", página 310), criterio que la casi totalidad de la doctrina rechaza, ya que, como lo hice ver, en la especie no existe tal "derecho subjetivo", sino un mero "interés simple". Ciertamente, para fundar la expresada acción de daños y perjuicios basta con el principio de derecho invocado en el texto.

(996) En sentido concordante con el del texto: Mayer, tomo 3º, páginas 222-223; Alessi: "La responsabilit… della pubblica amministrazione", páginas 445-447. Para la noción de "daño resarcible": Henoch D. Aguiar: "Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley", tomo 4º, páginas 72-76.

(997) Para la noción de *"terceros"* en su vinculación con la tutela jurídica de los usuarios del dominio público, véase lo que digo más adelante respecto de las acciones del "permisionario" y del "concesionario" contra actos o hechos de *terceros* (números 1857 y 1867).

(998) En concordancia con lo dicho en el texto, Villegas Basavilbaso se expresa así: "En la protección jurídica de las *utilizaciones comunes* son improcedentes los interdictos posesorios" (tomo 4º, página 205).

(999) Waline, página 451; Bullrich: "Principios, etc.", página 225; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 221-222; León Duguit: "Traité de droit constitutionnel", tomo 3º, páginas 376-377.

(1000) Waline, página 452; Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", páginas 786-787.

(1001) Mayer, tomo 3º, página 241; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 223.

(1002) Mayer, tomo 3º, página 241; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 223.

(1003) Jansse, página 296; Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", página 786.

(1004) Jansse, página 296, y jurisprudencia de la Corte de Casación ahí citada.

(1005) Este "criterio" fue seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso donde un "concesionario" accionó por despojo contra una Municipalidad que, sin ser concedente, había ejercido actos de violencia contra bienes de aquél (Fallos, tomo 93, páginas 344-346, *in re*, "Ferrocarril de Buenos Aires y Rosario c/ Municipalidad de San Pedro").

(1006) En sentido concordante: Mayer, tomo 3º, páginas 168 y 259-260; Argañarás, página 116. Acertadamente dijo Francesco Pacelli que la Administración activa, en el examen del recurso del administrado, conoce tanto respecto de "intereses" como de "derechos", con esta diferencia: acerca de los primeros conoce definitivamente; respecto de los segundos dejando a salvo el control jurisdiccional (página 385).

(1007) Sarría: "Teoría del recurso contencioso-administrativo", página 7 y siguientes; Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 4º, página 439-445, Buenos Aires, 1947; Fraga, páginas 816-820; Brandao Cavalcanti, tomo 6º, páginas 162-166.

(1008) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 164, páginas 186-187. Además, véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 19 de julio de 1959, Fallos, tomo 244, páginas 252-255, *in re*, "Hassanie Mohamed M. c/ Provincia de Chubut".

(1009) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 122, página 255.

(1010) Cámara Federal de Cuyo, en "Jurisprudencia Argentina", tomo 68, páginas 346-347.

(1011) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 195, página 383.

(1012) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 205, página 365 .

(1013) Acerca del "mandado de segurança", véase: Miguel Seabra Fagundes: "O controle dos atos administrativos pelo poder judiciario", página 215 y siguientes.

(1014) Eugène Desgranges: "Essai sur la notion de voie de fait en droit administratif français", páginas 277 y 284. Para *"vías de hecho administrativas"*, véase el tomo 2º, nº 376, cuarta edición.

(1015) Sobre esta materia puede verse: Spota: "Medidas Cautelares", páginas 53 y 64 a 72; Podetti: "Tratado de las medidas cautelares", nº 116. Además: Emilio Bonaudi: "Della

sospensione degli atti amministrativi"; Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 4º, páginas 386-391, Buenos Aires, 1947.

(1016) Véase a Renato Alessi: "La responsabilit… della pubblica amministrazione", números 7 y 8, páginas 450 y 451.

(1017) Seabra Fagundes: "O controle dos atos administrativos pelo poder judiciario", páginas 139-140.

(1018) Ver Alessi: "La responsabilit… della pubblica amministrazione", nº 8, página 451.

(1019) Hauriou: "Précis", página 1025; Spota: "La caducidad de la concesión de servicios públicos", en "Jurisprudencia Argentina", 1946-III, páginas 780 y 781; Linares: "Cosa juzgada administrativa", páginas 67-68, 71-72 y 134-135; Fiorini: "Teoría de la justicia administrativa", página 271; Jesús González Pérez: "La sentencia administrativa. Su impugnación y efectos", página 199. Además: véase "Código de Procedimientos de lo Contencioso-administrativo de la Provincia de Buenos Aires", artículo 5º, y "Jurisprudencia Argentina", tomo 3º, páginas 857-858.

(1020) Fallos, tomo 148, página 117; tomo 158, página 331; tomo 190, páginas 151 y 158, y tomo 201, página 448. Véase, además, Fallos, tomo 185, página 160, donde el Tribunal hizo una interesante declaración de orden general, y tomo 241, página 384 y siguientes.

(1021) Bielsa: "Ideas generales sobre lo contencioso-administrativo", páginas 51-52, y "Derecho Administrativo", tomo 4º, página 329, Buenos Aires, 1947; Pareja, tomo 1º, página 422. Compárese: Sarría: "Teoría del recurso contencioso-administrativo", páginas 153-154.

(1022) Fallos, tomo 204, páginas 644-645. Véase la crítica de Spota a dicho fallo, en "Jurisprudencia Argentina", 1946-III, páginas 780-781.

(1023) Constitución Nacional, artículos 100 y 101; leyes federales números 27 y 48 , y decreto-ley nº 1285/58 .

(1024) "Es un hecho evidente -dice Villegas Basavilbaso- que la justicia administrativa tiende a adquirir una fisonomía propia y a constituir una rama de la justicia, que comprende una materia especial, con un derecho propio y también un procedimiento especial, *sin que el discutido dogma de la separación de los poderes* -postulado político- pueda oponerse al contralor jurisdiccional de la actividad administrativa. Los argumentos en que se basa esta opinión son politicohistóricos y ese contralor es materia propia de la justicia administrativa" (tomo 1º, páginas 58-59).

(1025) Fiorini, página 202. "La teoría de la separación de los poderes -dice con inteligencia este autor- tiene una finalidad práctica que no puede nunca crear la división en la unidad jurídica del orden estatal. En nuestro país, así como el recurso extraordinario no rompe la separación de poderes al declarar inconstitucional la disposición de una ley, en la misma forma la justicia administrativa al estudiar la ilegalidad de un acto administrativo por medio de una sentencia, no rompe ni la división de los poderes ni hace confusión de actividades funcionales" (página 191). Véase, además, página 207.

(1026) Refiriéndose a esta cuestión, dice Fiorini: "Una falsa concepción sobre la división de poderes, invisiblemente se ha levantado contra una interpretación audaz y justa" (página 269). Y en otra publicación dijo dicho jurista: "El discutido y siempre mal definido principio político de la separación de poderes se esgrime, en estos casos, como una excepción fundamental para impedir la *actio* jurisdiccional" ("El acto administrativo y el poder judicial", en "Revista de Derecho y Administración Municipal", nº 175, septiembre 1944, página 784).

(1027) En ese orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en términos categóricos y elocuentes. En cierta ocasión expresó que el respeto al principio de separación de los poderes quedaba salvado, si la intervención del Tribunal no se operaba de oficio, sino a petición de parte (Fallos, tomo 190, páginas 155-156). En otro caso, donde se demandó a la Provincia de Corrientes, con motivo de un decreto del Poder Ejecutivo que lesionó derechos de la parte actora, el Tribunal dijo lo siguiente, que tiene valor de "principio": "lo que los particulares invocan como derecho propio debe tener un juez que no sea la autoridad ejecutora de los actos cuestionados" (Fallos, tomo 201, página 448).

(1028) Véase lo que escribe Bielsa: "El Estado de Necesidad, etc.", página 94.

(1029) Es curioso que Bielsa, que no admite la anulación del acto en caso de caducidad ilegítima, la admita en el supuesto de rescisión ("Ideas generales sobre lo contencioso-administrativo", página 52).

(1030) Son varios los juristas que insisten en el sentido que indico en el texto.
"El orden jurídico lleva implícita la obligación de ser respetado tanto por el beneficiario como por el titular de las normas"... "En el Estado moderno sería ilógico concebir que la Administración actúe arbitraria e ilegalmente y el particular no pueda enjuiciarla en el ajuste jurídico. No hay ni puede existir argumento lógico que lo justifique" (Fiorini: "Teoría de la justicia administrativa", páginas 187 y 188).
"En lo que atañe a la procedencia o no de la causal de caducidad, el órgano jurisdiccional -no mediando pacto en contrario- no puede limitar sus atribuciones a entender sólo en el aspecto resarcitorio de la cuestión. Pobrísimo es el resultado de una doctrina jurisprudencial que conduce a la omnipotencia del poder público, so pretexto que el administrado hallará pleno resarcimiento en el supuesto de arbitraria configuración de la causal de caducidad por parte de la Administración. Ya ha hecho su época el medieval aforismo del "Fiscus semper solvens". Creer que el concesionario es un funcionario público "por delegación" y de ahí deducir que la Administración puede declarar la caducidad, siendo esta declaración no susceptible de recursos jurisdiccionales, es olvidar que media un contrato, con obligaciones y deberes para ambas partes y que el concesionario no obra en nombre de la Administración, como el funcionario, sino en nombre propio y en el propio interés". "...Nunca nos cansaremos de repetir que el derecho establecido por el Estado, no sólo rige para nosotros, para los que formamos parte de la colectividad jurídicamente organizada, sino para esta última, es decir, para el Estado mismo. Que él se incline respetuoso ante el Derecho!" (Spota: "La caducidad de la concesión de servicios públicos", en "Jurisprudencia Argentina", 1946-III, página 781).

(1031) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 204, páginas 644-645.

(1032) "La *justicia*, dice Merkl, al realizar el orden jurídico, sirve a los intereses públicos, y la realización de los intereses públicos por parte de la *administración*, no excluye que ello se lleve a cabo por medio del orden jurídico" ("Teoría general del derecho administrativo", página 37).

(1033) En sentido concordante, acerca de la posible pluralidad de pretensiones en la demanda contencioso-administrativa, véase a Jesús González Pérez: "Derecho Procesal Administrativo", tomo 2º, páginas 316, 429 a 439.

(1034) Véase a Fleiner, página 29.

(1035) Normas similares se encuentran en los Códigos Contenciosos-Administrativos de las provincias.

(1036) Si se tratare de una nulidad absoluta, la acción es imprescriptible (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 190, página 142 y siguientes). Respecto de la prescripción de la nulidad absoluta en la reforma al Código Civil efectuada en 1968, véase: Llambías: "Estudio de la reforma del Código Civil. Ley 17711 ", página 82 y siguientes; Borda: "La reforma de 1968 al Código Civil", páginas 164-165, y ley 17940 .

(1037) En los respectivos parágrafos anteriores de esta obra, hice referencia a los requisitos que han de observarse para que la caducidad y la revocación de las concesiones se tengan por válidas. Asimismo hice ver los requisitos que deben observarse para que la desafectación de las dependencias dominicales sea jurídicamente eficaz.

(1038) Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 202, página 200 ; Cámara Civil 2ª de la Capital, en "Jurisprudencia Argentina", 1946-I, página 291. También se admitió dicho interdicto en favor de concesionarios de servicios públicos, contra el concedente: Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 201, página 432 ; tomo 204, página 496 .

(1039) Lafaille: "Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales", tomo 1º, nº 361, letra b), Buenos Aires, 1943; Salvat: "Tratado de Derecho Civil Argentino", Derechos Reales, tomo 1º, nº 437, Buenos Aires, 1927; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 253-254; Diez: "Dominio Público", página 415; Laurent, tomo 7º, nº 255; Caetano, página 590; Código de Aguas de Brasil, artículo 60, párrafo 3º.

(1040) Ya en otra oportunidad me manifesté a favor de esas acciones posesorias deducidas por el concesionario contra el concedente; ver mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", páginas 767-768, idea que expresamente compartió el doctor Fernando Legón en un trabajo erudito ("Tratado de los Derechos Reales en el Código y en la Reforma", tomo 4º, página 128, Buenos Aires, 1941). En igual sentido: Luis Claro Solar, tomo 9º, nº 1824; Louis Rigaud, páginas 305 a 307; Argañarás, página 116. Véase, además: D´Alessio, obra citada, tomo 2º, página 79, nº 386. Spota acepta la procedencia de tales acciones posesorias contra el concedente, cuando se las promueve como consecuencia de actos administrativos ilegítimos ("Tratado de Derecho Civil", El Objeto del Derecho, páginas 637-638).

(1041) "Jurisprudencia Argentina", tomo 48, página 790; tomo 53, página 176.

(1042) En sentido concordante: Pacelli, nº 379; Manes, página 279. En nuestro país, Fernando Legón, advirtiendo la cuestión planteada en el texto, se expidió en términos en un todo concordantes a los que dejo expresados. Dijo así: "Las acciones posesorias se conceden, hoy, a favor de los concesionarios de los bienes públicos. No es, pues, la cosa la que configura la protección, es el *derecho* que se cierne sobre ella" ("Tratado de los Derechos Reales en el Código y en la Reforma", tomo 4º, páginas 107-108).

(1043) En el caso "Bourdie c/ Municipalidad de la Capital", la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo: "Los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien del dominio público (derecho a una sepultura), ...se encuentran tan protegidos por las garantías consagradas en los artículos 14 y 17 de la Constitución, como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio" (Fallos, tomo 145, páginas 308 y 327). Esto corrobora lo dicho en el texto acerca de los medios jurídicos de que dispone el concesionario para la defensa de su derecho.

(1044) Precisamente, cuando en forma excepcional la Corte de Casación de Roma admitió la procedencia de acciones posesorias promovidas por el concesionario contra el propio concedente, dijo que ellas procedían respecto de actos en que la "violencia" y el "abuso" eran *"evidentes"*, porque tales actos carecían de los caracteres propios de una resolución emitida en ejercicio del poder público y de la facultad discrecional del órgano administrativo (véase: Pacelli, páginas 444-445; Manes, página 280; Pietro Cogliolo: "Scritti varii di diritto privato", tomo 1º, página 536, Torino, 1925). Acerca de la jurisdicción ante la cual corresponde impugnar las *"vías de hecho administrativas"*, véase el tomo 2º, nº 376, cuarta edición.

(1045) Véase mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", página 768 y siguientes. Con referencia a la jurisdicción "judicial", ahí analizo lo atinente al fuero -federal u ordinario- donde han de substanciarse esas acciones. Si bien el Estado, al dar lugar a la acción de despojo o a las posesorias, habrá actuado al *margen* de las normas administrativas que rigen su conducta, el "derecho" que en tales casos defiende el concesionario es de origen administrativo o local, lo que evidentemente influye en el "fuero" ante el cual deben deducirse las acciones.

(1046) Maurice Hauriou: "Précis, etc.", páginas 862-863.

(1047) Hauriou: "Précis, etc.", páginas 863-864.

(1048) "Pero fuera de la doctrina del derecho civil aún hay derecho; existen relaciones jurídicas y actos jurídicos que el derecho civil ignora. Es la esfera del derecho público a la cual pertenece la propiedad pública. Oponemos, pues, a la primera proposición la segunda, que forma su complemento necesario: *la propiedad pública está sometida al derecho público*. Es en la esfera del derecho público que estas cosas están en el comercio. Ellas pueden ser enajenadas conforme a las reglas del derecho público; ellas sufren cargas de todas clases en beneficio de terceros, y de restricciones que les son inherentes. Todo esto corresponde a diferentes instituciones que se vinculan a la propiedad privada; naturalmente, hay que guardarse bien de confundirlas" (Mayer, tomo 3º, página 154).

(1049) Mayer, tomo 3º, páginas 248 y 256.

(1050) Mayer, tomo 1º, página 146.

(1051) Mayer, tomo 3º, páginas 248, 251, 255 y 266.

(1052) Ver precedentemente texto y nota 407; Hauriou: "Précis, etc.", páginas 862-864; Hauriou: "La jurisprudence administrative de 1892 … 1929", tomo 3º, páginas 270 a 288.

(1053) Louis Rigaud: "La théorie des droits réels administratifs", Paris, 1914. Puede verse: Jesús González Pérez: "Los derechos reales administrativos", Madrid, 1975.

(1054) Rigaud, página 291 y siguientes; Robert Pelloux, páginas 311-313; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 248-250; Sarría: "Teoría del recurso contencioso-administrativo", páginas 33-36; Caetano, página 189; Spota: "Tratado de Derecho Civil", El Objeto del Derecho, nº 1754, y "Tratado de Derecho de Aguas", tomo 2º, números 1156-1161; Diez: "Dominio Público", página 417 y siguientes; Jesús González Pérez y otros, en "Comentarios a la ley de aguas", página 300, quienes comparten mi opinión (Madrid, 1987).

(1055) Duguit: "Traité de droit constitutionnel", tomo 3º, páginas 384-385; Fraga, nº 306; Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", página 792; Ghigliani: "En torno a las concesiones de ocupación de bienes del dominio público", en "La Ley", 29 de julio de 1945, páginas 3 y 4.

(1056) En la legislación mexicana no tiene cabida la teoría de los derechos reales administrativos, pero ello debido a que el legislador, haciendo uso de sus facultades -que no siempre se ejercitan en consonancia con los postulados científicos-, ha establecido que las concesiones sobre bienes del dominio público no crean derechos reales (véase a Fraga, nº 119).

(1057) Rigaud, página 2.

(1058) Hay quienes relacionan la teoría de los derechos reales administrativos con el sujeto o titular del dominio público. Sostienen que el sujeto de estos bienes es el *"Estado"*, quien tiene sobre ellos un derecho de propiedad. En consecuencia, si bien el Estado es el titular del "dominio" de tales bienes, los concesionarios, mediante la concesión otorgada por el Estado, pueden adquirir sobre la respectiva dependencia del dominio público un derecho de uso y goce de naturaleza "real".
Sin embargo, precedentemente he sostenido que el titular del dominio público no es el Estado, sino el *"pueblo"*, si bien representado por el Estado (ver nº 1704). No obstante tal posición en lo atinente al sujeto del derecho sobre el dominio público, también yo comparto la opinión sobre la existencia de derechos reales administrativos a favor de los titulares de concesiones de uso. Esto en nada contradice mi posición acerca del sujeto del derecho sobre el dominio público, pues cuando sostengo que el *"pueblo"* es el titular de dichos bienes públicos cuyo uso les pertenece a *todos* los habitantes, me he referido únicamente 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. Los usos "comunes" *integran* el

contenido del derecho perteneciente al *"pueblo"* sobre el dominio público. Pero dichos usos "comunes", dada su naturaleza, *nada tienen que ver con la teoría de los derechos reales administrativos*. En cambio, la facultad de ejercitar 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". En otras palabras: el contenido del derecho de propiedad que al pueblo le corresponde sobre el dominio público, en su ejercicio se limita a los usos "comunes": los usos "especiales" o "privativos" no integran ese derecho. El régimen jurídico del dominio público es distinto al del dominio privado. Como acertadamente advirtió Otto Mayer, si bien en el dominio público existen diversas instituciones que se vinculan a la propiedad privada, *hay que guardarse bien de confundirlas* (tomo 3º, página 154).

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 del derecho administrativo. En tal virtud, el pueblo, como titular del dominio público, puede utilizar libremente los bienes que lo constituyan, en tanto se trate de realizar usos "comunes" o "generales". Cuando se trata de efectuar usos "especiales", "privativos" o "diferenciales", los habitantes del país -integrantes del pueblo- *no pueden utilizar los bienes públicos sin autorización especial del Estado* (ver números 1705 y 1804). Este uso "especial" excede del que les corresponde a los habitantes en su calidad de titulares del dominio público: para ejercitarlo necesitan autorización especial de la Administración, custodia de dichos bienes: pero una vez legalmente obtenido, el respectivo derecho tiene carácter "real", con todas sus consecuencias. El derecho "real" del concesionario de uso sobre el dominio público aparece, así, conferido al *"individuo"* en particular por el Estado, representante del *"pueblo"* titular del dominio público.

(1059) Hauriou: "Précis, etc.", página 863; Hauriou: "La jurisprudence administrative, etc.", tomo 3º, página 280.

(1060) Ver número 1823.

(1061) Hauriou: "Précis, etc.", páginas 863-864; Hauriou: "La jurisprudence administrative, etc.", tomo 3º, páginas 274-275, 279 y 280.

(1062) Ver Hauriou: "La jurisprudence administrative, etc.", tomo 3º, páginas 271-281.

(1063) Sobre la naturaleza "real" del derecho emergente de una concesión de uso, véase mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", página 741; Rigaud, páginas 250 y 291 y siguientes; Eugène Huber: "Code Civil Suisse. Exposé des motifs de l´avant-projet du Département fédéral de Justice et Police", páginas 679-680; Luis Claro Solar, tomo 9º, páginas 494-495; Zanobini, tomo 4º, página 72; Pelloux, páginas 311-313; Caetano, página 189; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 249-250; Diez: "Dominio Público", páginas 417-418; Sarría: "Teoría del recurso, etc.", páginas 33-36; Corte Suprema de Chile, fallo citado por Guillermo Varas C.: "Derecho Administrativo", páginas 189-190, y por Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, tomo 2º, página 214; Spota: "Tratado de Derecho Civil", El Objeto del Derecho, nº 1754.

(1064) Mayer, tomo 3º, página 248.

(1065) Sobre esto último: Carlo Arnó: "Corso di Diritto Romano. Il Possesso", página 210.

(1066) Puede verse: F. Mackeldey: "Elementos del Derecho Romano", página 133; además: Lafaille: "Curso de Derecho Civil", Derechos Reales, tomo 1º, nº 147, Buenos Aires, 1929; Salvat: "Tratado de Derecho Civil Argentino", Derechos Reales, tomo 1º, números 24 y 195.

(1067) R. von Ihering: "L´esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement", tomo 3º, página 131.

(1068) R. von Ihering: "Possession. Théorie simplifiée et mise … la portée de tout le monde" (1890), en "Oeuvres Choisies", tomo 2º, páginas 261 y 262.

(1069) Arnó, página 267; Albertario: "Corso di diritto romano, Possesso e quasi possesso", página 189; P. van Wetter: "Pandectes, etc.", tomo 1º, páginas 508-509.

(1070) Enneccerus, Kipp y Wolff: "Derecho de Cosas", tomo 1º, página 123.

(1071) F. Mackeldey, página 133; M. Ortolan: "Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano", tomo 1º, página 367; J. P. Molitor: "Cours de droit romain approfondi. La possession", tomo 3º, páginas 31 y 32; M. J. Cornil: "Droit Romain. Traité élémentaire des droits réels et des obligations", páginas 57-58; Ihering, trabajo citado en "Oeuvres Choisies", tomo 2º, página 254; Enneccerus, Kipp y Wolff, tomo 1º, página 122; Van Wetter, tomo 1º, páginas 427 y 508-509.

(1072) Arnó, páginas 266-267; Albertario, páginas 188-189 y 248.

(1073) Partida 3ª, título 30, ley 1. Al respecto, véase: Felipe Sánchez Román, tomo 3º, páginas 412-413, nº 11; Claro Solar, tomo 7º, página 452; Fernando Legón, tomo 3º, páginas 38-39.

(1074) Véase "Código de Derecho Canónico y Legislación Complementaria", texto latino y versión castellana con jurisprudencia y comentarios, por Lorenzo Miguélez Domínguez, Sabino Alonso Morán y Marcelino Cabreros de Anta, Madrid, 1952; Ihering, en "Oeuvres Choisies", tomo 2º, página 261. El citado Código de Derecho Canónico, promulgado en 1917, hoy está reemplazado por el que se promulgó en 1983.

(1075) Claro Solar, tomo 7º, nº 813.

(1076) Clovis Bevilaqua, tomo 3º, página 10.

(1077) Enneccerus, Kipp y Wolff, tomo 1º, páginas 122-123; Wieland, tomo 2º, página 364.

(1078) Lafaille, "Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales", tomo 1º, números 110 y 190, Buenos Aires, 1943, y "Curso de Derecho Civil" (Derechos Reales), tomo 1º, páginas 117-118, Buenos Aires, 1929; Salvat: "Tratado de Derecho Civil Argentino", Derechos Reales, tomo 1º, números 24 y 195; Legón, tomo 3º, páginas 41-42.

(1079) Bibiloni: "Anteproyecto", tomo 3º, página 74.

(1080) "Reforma del Código Civil", artículo 1405 , tomo 2º, página 571.

(1081) Lafaille: "Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales", tomo 1º, páginas 174-175, Buenos Aires, 1943. Además, véase Legón, tomo 3º, páginas 43-44.

(1082) Molitor, tomo 3º, página 32; Ihering, en "Oeuvres Choisies", tomo 2º, página 261; Enneccerus, Kipp y Wolff, tomo 1º, páginas 122-123; Arnó, página 267; Huc, tomo 14, nº 343, página 429; Lafaille: "Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales", tomo 1º, nº 190, Buenos Aires, 1943; Salvat: "Tratado de Derecho Civil Argentino", Derechos Reales, tomo 1º, nº 197; Legón, tomo 3º, página 39.

(1083) Aubry et Rau, tomo 2º, páginas 70-71, párrafo 178; Molitor, tomo 3º, página 32; Baudry Lacantinerie et Tissier: "De la Prescription", nº 200; Bevilaqua, tomo 3º, página 10; Arnó, páginas 268-269; Lafaille: "Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales", tomo 1º, nº 190, Buenos Aires, 1943; Legón, tomo 3º, página 39.

(1084) Mackeldey, página 136; Ihering, en "Oeuvres Choisies", tomo 2º, página 261; Cornil, página 58; Ortolan, tomo 1º, página 367; Baudry Lacantinerie et Tissier: "De la Prescription", números 195-196; Arnó, página 210; Enneccerus, Kipp y Wolff, tomo 1º, página 123.

(1085) En el derecho romano, para adquirir la "quasi possessio" requeríase el *ejercicio* de la servidumbre, perdiéndosela cuando se la dejaba de ejercitar (véase Mackeldey, página 140).

(1086) Respecto del derecho nacido de una concesión de uso de aguas públicas, véase mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 421 y páginas 773-774.

(1087) Véase mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", página 767; además: Pacelli, página 441; Manes, página 279. Asimismo: Mayer, tomo 1º, página 146, y tomo 3º, páginas 251 y 255; Claro Solar, tomo 9º, páginas 494-495.

(1088) En sentido análogo, Francesco Pacelli, nº 386, páginas 449-450.

(1089) Pacelli, nº 386, página 450.

(1090) Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 93, páginas 344-346, *in re* "Ferrocarril de Buenos Aires y Rosario c/Municipalidad de San Pedro".

(1091) Conforme: Mayer, tomo 3º, páginas 258-259.

(1092) El actual Código Civil de Italia, del año 1942, expresamente les confiere a los concesionarios de uso del dominio público el ejercicio de acciones posesorias contra terceros (artículo 1145).
Nuestros tribunales tuvieron oportunidad de pronunciarse sobre esta materia. Si bien años atrás, quizá por una deficiente información acerca de los principios aplicables, se negó la procedencia de esas acciones ("Jurisprudencia Argentina", tomo 13, página 346), actualmente, con mejor conocimiento de la cosas, se admitió el ejercicio de dichos

remedios legales ("Jurisprudencia Argentina", 1953-I, página 317).
En un apéndice a sus "Vistas Fiscales", Jerónimo Cortés publica largos escritos correspondientes a un intrincado pleito tramitado en la provincia de Córdoba que, en síntesis, no es otra cosa que una acción posesoria de obra nueva deducida por un concesionario contra otro concesionario (Jerónimo Cortés: "Vistas Fiscales", tomo 3º, página 463 y siguientes, especialmente páginas 469 y 503).

(1093) Louis Rigaud, página 306.

(1094) Puede verse la jurisprudencia del Consejo de Estado francés citada por Maurice Hauriou, en su obra "La jurisprudence administrative de 1892 … 1929", tomo 3º, página 277. Se trataba de daños causados por el Estado a concesionarios de uso del dominio público, con motivo de trabajos públicos ajenos a la respectiva dependencia del dominio público, por lo que, de acuerdo con el concepto amplio de "tercero", el Estado había actuado en esos casos como "tercero". Las concesiones tenían por objeto el uso de las vías públicas urbanas para el transporte de pasajeros en ómnibus y en tranvías. Los trabajos que determinaron los daños, en unos casos se referían a la construcción de transportes subterráneos; en otros casos se relacionaban con la Exposición de 1900.

(1095) Pacelli, nº 386; Manes, página 281; Código de Aguas de Brasil, artículo 60, párrafo 4º.

(1096) Pietro Cogliolo, tomo 1º, páginas 536-537; Pacelli, nº 386; Manes, página 281.

(1097) Tomás Jofré: "Manual de Procedimiento Civil y Penal", tomo 4º, página 120.

(1098) "Los caminos abiertos por sólo tolerancia del propietario, pueden ser clausurados por éste" (Suprema Corte de Buenos Aires, en "Jurisprudencia Argentina", tomo 5, página 477). "El hecho de ser transitado por el público un terreno, no basta para que éste sea considerado como un bien del dominio público" (Cámara Civil 1ª de La Plata, en "Jurisprudencia Argentina", tomo 18, página 1308).

(1099) En igual sentido: Caetano, página 579.

(1100) En el sentido del texto: Bonnard: "Précis de Droit Public", páginas 226-227; Hauriou: "Précis, etc.", página 834.

(1101) Véase mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", números 218-219.

(1102) Hauriou: "Précis, etc.", páginas 834 y 840; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 381, nota 23.

(1103) Así lo declaró una antigua sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al confirmar el fallo de primera instancia (considerandos 18 y 22), según el cual el propietario que, infringiendo las ordenanzas municipales, edifica sin haber pedido antes la delineación, no tiene derecho de quejarse por la demolición de lo edificado (Fallos, tomo 23, páginas 316, 323-325). Para lo relacionado con la línea de edificación, puede verse a Marcelo Furitano: "La licenza edilizia", Milano, 1960.

(1104) En el sentido del texto: Hauriou: "La jurisprudence administrative, etc.", tomo 3º, página 244 y siguientes, donde se transcribe un fallo del Consejo de Estado francés. Ver ahí la opinión de Hauriou, páginas 251-252. Asimismo, véase a Legón: "Tratado integral de la expropiación pública", página 62.

(1105) Ver nº 1770 de la presente obra; y Villegas Basavilbaso, tomo 6º, páginas 467-472. Además: compárese Bielsa, tomo 3º, páginas 435-436, Buenos Aires, 1947. En sentido concordante al del texto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo la declaración siguiente: "No toda restricción o perturbación al ejercicio de los derechos inherentes al dominio da nacimiento a una acción por expropiación; y las acciones e interdictos posesorios, las acciones negatoria y reivindicatoria, así como las acciones por daños y perjuicios son medios eficaces que la ley pone al alcance del agraviado para obtener del Estado respeto y desagravio (conf. artículos 2470 , 2478 , 2479, 2482 , 2490 , 2495 , 2758 , 2800 y concordantes del Código Civil). No se puede, en cambio, obligar a expropiar sin ley, como queda demostrado en el anterior considerando" (Fallos, tomo 191, página 437). Lo que antecede es sin perjuicio de lo que las leyes de expropiación dispongan acerca del derecho del expropiado a exigir la expropiación de *"sobrantes"*.

(1106) Véase lo expuesto en el nº 1770.

(1107) Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 382-383. En sentido concordante: Bielsa, tomo 2º, páginas 466-467, y tomo 4º, páginas 169-170, Buenos Aires, 1947.

(1108) En plena concordancia con lo dicho en el texto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dijo así: "Las medidas municipales negatorias de líneas de edificación, en cuanto puedan importar impedimento al legítimo ejercicio de los derechos inherentes al dominio, han de encontrar en la legislación común, seguramente, los medios de reparo o indemnización que los preceptos preindicados u otros concordantes establecen; pero mientras el Congreso Nacional no ponga en ejercicio su facultad privativa de declarar la utilidad pública de los terrenos de la actora y autorizar la expropiación, ni la Municipalidad ni la justicia pueden hacerlo" (Fallos, tomo 191, páginas 424 y 437-438). Además: compárese A. Walter Villegas: "Expropiación por causa de utilidad pública", páginas 207-208.

(1109) Bielsa, tomo 4º, página 169, Buenos Aires, 1947; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 384. Para demolición y reparación de edificios, puede verse: J. E. Cornu: "Permis de démolir et renouvellement du patrimoine immobilier", Paris, 1972.

(1110) Henoch D. Aguiar: "Hechos y actos jurídicos", tomo 3, páginas 342-343. Además: Digesto, libro 39, título 2º.

(1111) Entre otros fallos, véanse: Cámara Federal de la Capital, en "Jurisprudencia Argentina", tomo XI, página 974; Cámara Civil 1ª de la Capital, en "Jurisprudencia Argentina", tomo 41, página 325.

(1112) No obstante los términos del artículo 1132 del Código Civil, algunos autorizados autores, como Henoch D. Aguiar, opinan que el propietario de la heredad contigua al edificio que amenaza ruina, puede ocurrir a los tribunales de justicia para obtener medidas

preventivas que eviten la caída del edificio, que no sean de las prohibidas por dicho artículo; en tal orden de ideas, podría solicitar el *"apuntalamiento"* del edificio (tomo 3º, página 347). En igual sentido: Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 389. La reforma de 1968 al Código Civil agregó un párrafo al artículo 2499 , que altera la segunda parte del artículo 1132 .

(1113) Ver Hauriou: "Précis, etc.", página 849. Dentro de la "police de la voirie", se distinguen la "grande voirie" y la "petite voirie", que se refieren a distintas categorías o especies de vías públicas (Hauriou, páginas 851 y 855; además, puede verse: Courcelle et Brunsvick: "Législation de la voirie et du roulage", Paris, 1910).

(1114) En sentido concordante: Bullrich: "Principios", páginas 236-237; Bielsa, tomo 3º, páginas 451-452 (quinta edición); Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 372.

(1115) En sentido concordante: Bielsa, tomo 3º, página 452 (quinta edición).

(1116) En concordancia con lo expresado en el texto, el artículo 29 de la ley nacional de vialidad, nº 13504, dice así: "los caminos nacionales, así como sus ensanches y obras anexas, serán de propiedad exclusiva de la Nación, a cuyo efecto la Administración General de Vialidad Nacional obtendrá la transferencia de los terrenos necesarios. Este derecho de propiedad no afectará el poder de policía de las provincias y municipalidades dentro de sus respectivas jurisdicciones en tanto no sea incompatible con el ejercicio de facultades exclusivas o concurrentes de la Nación". Además: Bielsa, tomo 3º, páginas 401-402 y 435 (quinta edición); Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 372.

(1117) Bielsa, tomo 3º, página 401 (quinta edición).

(1118) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 148, páginas 113-114; tomo 150, páginas 166-168; tomo 184, página 153 y siguientes.

(1119) Véase el interesante fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 240, páginas 319-321, donde el Tribunal estudió el alcance del artículo 67 , inciso 27, de la Constitución Nacional. En uno de los considerandos de esa sentencia, dijo el Tribunal: "Si cada vez que la Nación adquiera inmuebles ubicados dentro de las provincias, a cualquier título, sea por compra, cesión o expropiación, para afectarlos a obras de utilidad nacional, pudiese ejercer sobre ellos una legislación absoluta, exclusiva y excluyente, haciendo extinguir toda potestad provincial, se habría convertido en una mera ficción la memorable afirmación del juez Chase, aplicable a nuestra forma federal: `La nación es una unión indestructible de Estados indestructibles´ (*in re:* "Texas v. White", 7 Wallace 700)" (página 320). Actualmente, téngase presente la abundante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, relacionada con la jurisdicción en los lugares adquiridos por la Nación conforme con el artículo 67 , inciso 27 de la Ley Suprema. En tal sentido, véase el tomo 4º, número 1541, sexta edición.

(1120) Bullrich: "Principios generales de derecho administrativo", página 237.

(1121) Véase a Fernández de Velasco: "Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas",

página 7.

(1122) Enrique Martínez Paz: "Introducción al derecho de la sucesión hereditaria", página 423.

(1123) Pedro Aberastury: "Los sepulcros en el anteproyecto de reformas, etc.", en "Revista Crítica de Jurisprudencia", tomo 2º, página 145.

(1124) André de Laubadère: "Les concessions dans les cimetières", en "Revue du droit public et de la science politique en France et … l´étranger", página 624, Paris, 1936.

(1125) En sentido concordante, dice Aberastury: "El derecho de sepultura se ejerce sobre un lugar del dominio público; el contenido de este derecho lo determina el acto de la concesión sometido a las normas del Derecho Administrativo que rigen las relaciones del Estado (la Municipalidad), titular del dominio público, con el concesionario. Las relaciones de éste con otros particulares, parientes o afines, se rigen por el derecho privado, pero estas relaciones no pueden extenderse fuera de los límites trazados por el Derecho Administrativo" (trabajo citado, página 145, nota 1). En igual sentido: Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 427. Asimismo: Abad Hernando, página 105 y siguientes.

(1126) En nuestro país, la desorientación acerca del régimen jurídico de los cementerios ha sido evidente. Véase el trabajo de Carlos Alberto Lazcano: "Régimen jurídico de los sepulcros en la Argentina", en "Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires", página 123 y siguientes, año II, Segunda Época, número 2, Buenos Aires, 1957.

(1127) Fernández de Velasco: "Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas", página 91.

(1128) Fernández de Velasco, obra y lugar citados.

(1129) Fernández de Velasco recuerda numerosas iglesias surgidas sobre la base de los respectivos sepulcros, como los de San Pedro y San Pablo que dieron lugar a las iglesias de su advocación (obra y lugar citados).

(1130) Cita de Argentino G. Barraquero, en "Cuestiones Jurídicas", página 104.

(1131) Ver Carette, Attwell Ocantos y Requena: "Diccionario de Legislación Nacional y Provincial", tomo 2º, páginas 297 y 301; Barraquero: "Cuestiones Jurídicas", páginas 105-106.

(1132) "La secularización de los cementerios ha despojado a éstos y a los sarcófagos allí instalados, de su carácter religioso, fundamento principal y originario para que se les tuviera fuera del comercio" (Lafaille: "Tratado de los Derechos Reales", tomo 2º, nº 1016, página 161, Buenos Aires, 1944).
"La materia de los cementerios y sepulcros presenta aspectos interesantes tanto en las soluciones romanas, inspiradas en principios religiosos que no son los nuestros, cuanto en las que presentara el derecho cristiano. Mas, para nuestro caso, cabe prescindir de estos antecedentes, ya que nos hallamos ante un cementerio secularizado y municipal" (Gastón F. Tobal, voto en el fallo transcripto en "Jurisprudencia Argentina", tomo 65, página 695).

"La paulatina secularización posterior del orden jurídico mantendrá el concepto del respeto debido a los restos humanos, aunque sin expresión explícita del fundamento de ese respeto y convertirá la noción religiosa de lugar `consagrado´ en una noción de derecho público. Los cementerios dejaron de ser lugares consagrados religiosamente para convertirse en tierras del dominio público destinadas a sepulturas de restos humanos" (considerando 7º del fallo del doctor Tomás D. Casares, inserto en "Jurisprudencia Argentina", tomo 71, página 222).

(1133) Van Wetter, tomo 1º, páginas 198, 201 y 203. Institutas, libro 2º, título 1º, leyes 7 y 9; Digesto, libro 1º, título 8º, leyes 1 y 6, párrafos 2 y 4; libro XI, título 7º, leyes 2 y 4; libro XI, título 8º, ley 4.

(1134) Partida 1ª, título 13, leyes 1 y 4; Partida 3ª, título 28, leyes 12 y 14; título 29, ley 6; Partida 5ª, título 5º, ley 15.

(1135) Recopilación de Leyes de Indias, libro 1º, título 18, leyes primera y última.

(1136) Código de Derecho Canónico, cánones 1154, 1205, 1209 y 1212, Código promulgado en 1917. En sentido concordante véanse los cánones 1240-1243, del Código promulgado en 1983.

(1137) Batbie, tomo 5º, nº 343, página 319; Ducrocq, tomo 6º, nº 2305, páginas 270-272; Journé, página 329; Guicciardi: "Il Demanio", páginas 153-154; Barraquero, en "Cuestiones Jurídicas", páginas 145 y 152.

(1138) Proudhon, tomo 1º, números 335 y 337, páginas 460-462; Aubry et Rau, tomo 2º, página 35; Mayer, tomo 3º, páginas 121-122 y 236; Marcadé, tomo 2º, página 400; Huc, tomo 4º, página 91; Hauriou: "Précis, etc.", página 826, texto y nota; Fernández de Velasco: "Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas", páginas 203-205; Laubadère: "Les concessions dans les cimetières", en "Revue du droit public et de la science politique en France et … l´étranger", páginas 612 y 620, Paris, 1936, y "Traité élémentaire de droit administratif", páginas 725 y 727; Santi Romano, página 181; Jansse, páginas 125-126; Waline, página 454; Rolland, página 482; Zanobini, tomo 4º, páginas 98-99; Caetano, página 206. El Código Civil de Italia, de 1942, expresamente incluye los cementerios en el dominio público (artículo 824).
En nuestro país, la generalidad de los autores, con excepción de Barraquero, incluye a los cementerios en el dominio público. Véanse: Bibiloni: "Anteproyecto", tomo 4º, páginas 19 y 20; Sarría: "Derecho Administrativo", página 286; Bullrich: "Principios", páginas 232-233; Diez: "Prescriptibilidad de los sepulcros", páginas 16-21; Lafaille: "Parte General", tomo 2º, página 77, y "Tratado de los Derechos Reales", tomo 2º, nº 1016, página 161, Buenos Aires, 1944; Legón, tomo 8º, página 147; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 400-401; Spota: "Tratado de Derecho Civil", El Objeto del Derecho, página 640; Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 3º, página 444, quinta edición; Abad Hernando, página 107. También la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según se expresará en el texto, considera a los cementerios como dependencias del dominio público.

(1139) Parallada, páginas 19 y 20.

(1140) En concordancia con lo que digo en el texto: Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 403, nota.

(1141) Fernández de Velasco: "Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas", página 200.

(1142) Fernández de Velasco, obra citada, página 205.

(1143) Fernández de Velasco, obra citada, página 205.

(1144) Considero equivocada la opinión de Bibiloni, cuando afirma que la ley vigente que rige el Derecho Administrativo de los cementerios -bienes del dominio público- es la ley 1ª, título 13, de la Partida 3ª, que puso fuera del comercio las tumbas ocupadas (tomo 4º, página 20). En sentido concordante al que expongo, véase a Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 398. La referencia a la Partida "3ª", constituye un error tipográfico, pues la ley 1ª, título 13 de ésta nada dice acerca de los cementerios. Se trata de esa ley y título, pero de la Partida 1ª. Esa legislación fue derogada en nuestro país por el artículo 22 del Código Civil. El régimen jurídico de los cementerios hay que determinarlo sobre la base de textos vigentes, no en mérito a normas caducas y sin imperio actual. Y adviértase que determinar qué cosas son "públicas" y cuáles "privadas" implica una cuestión *civil*, no una cuestión *administrativa* (ver nº 1727), lo que obliga a tener bien en cuenta lo dispuesto por el citado artículo 22 del Código Civil, tanto más si se admite que dicho artículo 22, como todos los integrantes de los Títulos Preliminares, vale como *principio general de derecho* y no solamente de derecho civil.

(1145) Dijo el Tribunal: "Desde luego, el derecho a la sepultura reconoce su origen en una concesión otorgada por la Municipalidad de la Capital a un particular, actuando la primera como administradora de un bien del *dominio público*, calidad ésta que indudablemente revisten los cementerios, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2340 , inciso 7º, y 2344 del Código Civil" (Fallos, tomo 145, páginas 308 y 329, *in re* "Bourdie c/Municipalidad de la Capital"). Idéntico pronunciamiento dictó la Corte Suprema en el juicio seguido por "Correa c/Municipalidad de la Capital" ("Jurisprudencia Argentina", tomo 18, página 819). Pero el carácter de *bienes públicos*, correspondiente a los cementerios, había sido declarado por el Tribunal muchos años atrás (Fallos, tomo 48, página 200).

(1146) Ver el artículo 12 del tratado de amistad, comercio y navegación con Gran Bretaña, aprobado por ley del 21 de septiembre de 1825, y artículo 13 del tratado de amistad, comercio y navegación con Alemania, aprobado por ley 154, del 29 de septiembre de 1857. Sobre antecedentes de cementerios pertenecientes a colectividades extranjeras, véase a Barraquero: "Cuestiones Jurídicas", páginas 106-107.

(1147) Pareja, refiriéndose a su país -Colombia- considera que los cementerios de propiedad de ciertas colectividades religiosas, establecidos sobre la base de concesiones, implican la existencia de concesiones de servicio público (tomo 1º, página 339).

(1148) En igual sentido: Zanobini, tomo 4º, página 99; Caetano, página 207; Pareja, tomo 1º, página 339; Bullrich: "Principios", página 233; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas

400 y 425.

(1149) Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 425. Téngase presente la ley nº 9094 , del año 1978, de la Provincia de Buenos Aires, y su reglamentación según ordenanza general nº 221/78, que autoriza la creación y funcionamiento de cementerios privados.

(1150) Además de ese tipo de cementerios, en la Patagonia es común la existencia de tumbas aisladas de indios.

(1151) Enneccerus, Kipp y Wolff: "Derecho Civil" (Parte General), tomo 1º, página 601.

(1152) En sentido concordante: reglamento sobre cementerios para la ciudad de Buenos Aires, del 1º de septiembre de 1868, artículo 1º, que puede verse en Carette, Attwell Ocantos y Requena: "Diccionario de Legislación Nacional y Provincial", tomo 2º, página 298.

(1153) Por excepción suele inhumarse en un mismo nicho a dos personas: esposo y esposa, madre e hijo. Pero aun así, los cadáveres se individualizan y determinan.

(1154) Salvat: "Tratado de Derecho Civil Argentino" (Derechos Reales), tomo 1º, nº 1436, página 751.

(1155) "Jurisprudencia Argentina", tomo 50, páginas 532 y 536; tomo 53, páginas 190 y 194; tomo 65, páginas 789 y 790.

(1156) Parallada, página 47.

(1157) Barraquero: "Cuestiones Jurídicas", páginas 110 y 152; Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 3º, página 444, quinta edición; Díaz de Guijarro: "La prescriptibilidad de los sepulcros", en "Jurisprudencia Argentina", tomo 65, página 699.

(1158) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 145, página 331, *in re*, "Bourdie c/Municipalidad de la Capital". Igual pronunciamiento dictó la Corte Suprema en el juicio "Correa c/Municipalidad de la Capital", publicado en "Jurisprudencia Argentina", tomo 18, página 820.

(1159) Barraquero: "Cuestiones Jurídicas", páginas 110 y 152.

(1160) Carette, Attwell Ocantos y Requena: "Diccionario de Legislación Nacional y Provincial", tomo 2º, páginas 295, 298 y 300.

(1161) Carette, Attwell Ocantos y Requena, tomo 2º, página 298.

(1162) Carette, Attwell Ocantos y Requena, tomo 2º, página 298.

(1163) "El derecho de sepultura -dice Aberastury- deriva de una concesión del poder público a un particular sobre una porción de su dominio público. La *materialidad* de este derecho se realiza (aunque no necesariamente, como es natural) con la construcción y utilización del *sepulcro* o monumento destinado a inhumaciones" (trabajo citado, en "Revista Crítica de Jurisprudencia", tomo 2º, página 146).

(1164) Laubadère: "Les concessions dans les cimetières", en "Revue du droit public et de la science politique en France et … l´étranger", página 613, Paris, 1936, y "Traité élémentaire de droit administratif", nº 1532, página 789; Rolland, página 483; Caetano, página 587; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 402, 420, 423, 426, 427 y 436; Spota: "Tratado de Derecho Civil", El Objeto del Derecho, página 641.

(1165) Zanobini, tomo 4º, página 99.

(1166) En igual sentido: Fernández de Velasco: "Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas", página 205; Sarría: "Derecho Administrativo", páginas 287 y 288; Diez: "Prescriptibilidad de los sepulcros", páginas 28, 47 y 48-49; Caetano, página 587; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 423, 426 y 427. Además: Robert Le Balle, quien, en este orden de ideas, afirma que "es imposible hablar de propiedad *civil* sobre el dominio público" ("De la nature du droit du concessionnaire de sépulture", página 108, Paris, 1924), concepto en el que también insiste Caetano (lugar indicado).

(1167) Fernández de Velasco: "Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas", página 205.

(1168) Siendo los sepulcros la expresión de un derecho de uso sobre el dominio público, y no constituyendo, por lo tanto, una propiedad regida por el derecho privado (civil), con acierto la Cámara Civil 1ª de la Capital Federal resolvió que "los títulos de sepultura no se inscriben en el Registro de la Propiedad" (ver cita de Aberastury, trabajo citado en "Revista Crítica de Jurisprudencia", tomo 2º, página 146, nota), como tampoco se inscriben en dicho Registro los títulos correspondientes a otras especies de concesiones de uso sobre bienes del dominio público.

(1169) Véase Robert Le Balle: "De la nature du droit du concessionnaire de sépulture", páginas 107 y 110, Paris, 1924.

(1170) Gastón F. Tobal, voto emitido en la reunión plenaria de las Cámaras Civiles de la Capital, transcripto en "Cuestiones Jurídicas", de Argentino G. Barraquero, página 158.

(1171) Luis de Gásperi: "Tratado de Derecho Hereditario", tomo 1º, páginas 76-77. En sentido concordante: véase el voto del Dr. Tezanos Pinto, emitido en la reunión plenaria de las Cámaras Civiles de la Capital, transcripto en "Cuestiones Jurídicas", de Argentino G. Barraquero, página 98.

(1172) A pesar de que el concesionario de sepultura tiene un derecho real administrativo, en el caso de "traslado" de la dependencia del dominio público o de "desafectación" de ella, no puede pretender que se lo mantenga en el uso y goce de la cosa misma, *"in eadem loco"*. Sólo tiene un derecho de preferencia para que, en el nuevo emplazamiento de la dependencia pública (cementerio, en el caso) se le dé una ubicación similar a la que ya tenía y esto se hace al solo efecto de acordarle una compensación (Laubadère: "Les concessions dans les cimetières", en "Revue de droit public, etc.", página 622, Paris, 1936). Ver el nº 1844, nota 311.

(1173) En igual sentido: Zanobini, tomo 4º, página 99. El titular de la sepultura, dice

Villegas Basavilbaso, puede "transmitir a terceros el sepulcro, por actos *inter vivos* o *mortis causa*, siempre que el acto de la concesión no lo prohíba, y en la forma o modo que las ordenanzas municipales reglamenten esa *transmisión"* (tomo 4º, página 428; además, página 429).

(1174) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 145, páginas 308 y 330-331 (*in re* "Bourdie c/Municipalidad de la Capital"). Igual pronunciamiento dictó el Tribunal en el juicio "Correa c/Municipalidad de la Capital", cuya sentencia puede verse en "Jurisprudencia Argentina", tomo 18, páginas 819-820. Véase el fallo de la Cámara Comercial de la Capital, registrado en "Jurisprudencia Argentina", tomo 3º, página 541, que declaró ineficaz la transferencia de un derecho de sepulcro, realizada no obstante estar prohibida en la concesión.

(1175) En ese sentido se pronunció la jurisprudencia francesa; ver Hauriou: "La jurisprudence administrative, etc.", tomo 3º, páginas 282-283.

(1176) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 145, página 330, *in re* "Bourdie c/Municipalidad de la Capital". Igual pronunciamiento dictó el Tribunal en el juicio "Correa c/Municipalidad de la Capital", cuyo fallo aparece registrado en "Jurisprudencia Argentina", tomo 18, página 819.

(1177) Digesto, libro XI, título VII, leyes 5 y 6. Para la versión española, véase a Ildefonso L. García del Corral, tomo 1º, página 663.

(1178) ¿Cuál es ese ámbito jurídico-legal? "Conceptuamos que es familia en derecho argentino el grupo de personas unidas por vínculos jurídicos, en la medida y extensión determinada por la ley, que surgen del matrimonio y de la filiación legítima, ilegítima y adoptiva" (Carlos H. Vidal Taquini: "El concepto y la naturaleza jurídica de la familia", en "La Ley", 8 de mayo de 1980). Acerca de distintas nociones conceptuales de *"familia"*, véase: Elías P. Guastavino: "Bien de Familia", tomo 1º, página 10 y siguientes; Juan Carlos Rébora: "La Familia", tomo 1º, página 29 y siguientes.

(1179) Tratándose de un sepulcro poseído en común, "ninguno de los condóminos, ni aun la mayoría de ellos, puede conceder permiso para depositar en el sepulcro los restos de terceros, aun cuando se trate de parientes afines de uno de los condóminos: el condómino que no está conforme puede exigir el retiro de tales restos. Se considera que el derecho al uso o goce del sepulcro, se restringe a los condóminos y personas inmediatas de la familia y que, por consiguiente, la autorización conferida a un tercero importa un acto de disposición material de la cosa común, contrario al principio del artículo 2680" (Salvat: "Tratado de Derecho Civil Argentino", Derechos Reales, tomo 1º, nº 1438, página 753, y fallo ahí citado). En igual sentido: Lafaille: "Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales", tomo 2º, nº 1146, letra b, página 269, Buenos Aires, 1944.

(1180) Lafaille: "Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales", tomo 2º, páginas 163, 164 y 269, Buenos Aires, 1944.

(1181) Salvat: "Tratado de Derecho Civil Argentino", Derechos Reales, tomo 1º, páginas 752-753; Aberastury, trabajo citado en "Revista Crítica de Jurisprudencia, tomo 2º, páginas

149-150; Fornieles: "Tratado de las Sucesiones", tomo 1º, nº 258; Lafaille: "Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales", tomo 2º, páginas 269-270, Buenos Aires, 1944; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 432-433.

(1182) Aberastury, trabajo citado en "Revista Crítica de Jurisprudencia", tomo 2º, páginas 149-150. En el mismo sentido se pronuncia Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 433, nota 134.

(1183) Dicha ley fue derogada por el artículo 820 de la ley 17454 (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), y su respectiva disposición fue reemplazada por el artículo 219 , inciso 2º, de ese Código.

(1184) Aberastury, trabajo citado en "Revista Crítica de Jurisprudencia", tomo 2º, página 149. Además, véase "Jurisprudencia Argentina", tomo 3º, páginas 222-223.

(1185) Bullrich: "Principios generales de Derecho Administrativo", página 235; Diez: "Prescriptibilidad de los sepulcros", páginas 61-62; Díaz de Guijarro, en "Jurisprudencia Argentina", tomo 60, página 911, tomo 65, página 689 y siguientes, y tomo 67, página 47, sección doctrinaria; Barraquero, en "Cuestiones Jurídicas", página 152, y "Jurisprudencia Argentina", 1942-III, página 680 y siguientes; Spota: "Tratado de Derecho Civil", El Objeto del Derecho, páginas 641-643.

(1186) Aberastury, trabajo citado en "Revista Crítica de Jurisprudencia", tomo 2º, página 147; Lafaille: "Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales", tomo 2º, nº 1021, páginas 166-167, Buenos Aires, 1944; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, páginas 435-436; Mariano Grandoli, voto en "Jurisprudencia Argentina", 1942-III, página 680; Gastón F. Tobal, voto en "Jurisprudencia Argentina", 1942-III, página 736 y siguientes. Asimismo, véase mi trabajo "Imprescriptibilidad de los sepulcros existentes en cementerios estatales", en "La Ley", 10 de septiembre de 1990.

(1187) "Jurisprudencia Argentina", tomo 5º, página 239; tomo 53, páginas 190 y 194; tomo 57, página 457; tomo 60, página 905; 1942-III, página 673 (fallo plenario Cámaras Civiles de la Capital, *in re* "María Angélica Viana y otros"); 1942-IV, página 546; 1952-II, página 90.

(1188) Entre otros fallos, véase "Jurisprudencia Argentina", tomo 65, página 689.

(1189) Véase Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 436. En términos similares se expidió el doctor Mariano Grandoli, en su voto emitido en el fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital: "Concretando mi opinión, diré que el derecho de sepultura configura una concesión de uso, afectada a un destino especial, y que, por ello, escapa a la usucapión" ("Jurisprudencia Argentina", 1942-III, página 680). Téngase presente mi trabajo mencionado en la nota 62.

(1190) Acerca del alcance de esas expresiones, véase el número 1885, texto y notas 38-41.

(1191) Digesto, libro XI, título 8º, ley 4. *"Longa possessione ius sepulcri non tribui ei, cui iure non competit"* ("Por la larga posesión no se concede derecho de sepulcro a quien por derecho no le compete"). Para la versión española: Ildefonso L. García del Corral, tomo 1º,

página 674.

(1192) Puede verse Spota: "Tratado de Medianería", nº 187, página 249; Persegani: "Tratado de la Medianería Urbana", nº 242, página 385.

(1193) "Los libros y manuscritos que son la parte constitutiva y esencial de una biblioteca dependiente del dominio público, pertenecen necesariamente a este último dominio" (fallo de la Corte de Casación de Francia, citado por Baudry Lacantinerie et Tissier: "De la Prescription", nº 145 bis, página 120).

(1194) Zanobini, tomo 4º, páginas 97-98; Sandulli, páginas 295 y 301.

(1195) También con relación a lo que digo en el texto, hay quienes piensan lo contrario. Así, Sandulli, refiriéndose a las bibliotecas, museos y archivos, sostiene que la estantería, armarios y vitrinas, no revisten carácter dominical, sino que pertenecen al *patrimonio indisponible* del Estado (página 301). Nuevamente debo insistir acerca de que, en nuestro derecho, no existe esa categoría intermedia de bienes: en nuestro régimen jurídico las cosas son del dominio privado o del dominio público; no existe esa categoría intermedia de cosas pertenecientes al llamado *patrimonio indisponible* del Estado. Por las razones dadas en el texto, insisto en el carácter *dominical* correspondiente a ciertos elementos "accesorios" de las universalidades: armarios y estantes *"especiales"* de bibliotecas y archivos, ficheros, etcétera.

(1196) Véase: Fernández de Velasco y Calvo, tomo 2º, páginas 174-175.

(1197) Puede verse a Jansse, página 127, número 217, texto y nota.

(1198) Aubry et Rau, tomo 2º, párrafo 169, página 34; Nicanor de Elía, página 55; Wieland, tomo 1º, página 179; Rispoli, página 237; Salvat: "Parte General", página 680; Jansse, páginas 127 y 324; Vitta, tomo 1º, páginas 211 y 228; Trotabas: "Manuel de droit public et administratif", página 135; Caetano, páginas 187 y 202; Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", página 727; Borda: "Tratado de Derecho Civil Argentino", Parte General, tomo 2º, página 52.
En Italia, Guicciardi, basándose en su criterio personal acerca de los requisitos que han de cumplirse para que un cosa pertenezca al dominio público, considera que las bibliotecas son bienes privados del Estado (páginas 116-117). Pero el Código Civil italiano, puesto en vigencia en 1942 -posterior a la obra de Guicciardi-, establece que las bibliotecas del Estado pertenecen al dominio público (artículo 822), conclusión que ya habían auspiciado numerosos y calificados escritores de dicho país.

(1199) Aubry et Rau, tomo 2º, párrafo 169, página 34; Nicanor de Elía, página 55; Wieland, tomo 1º, página 179; Rispoli, página 237; Salvat: "Parte General", página 680; Jansse, páginas 127, texto y nota, y 324; Vitta, tomo 1º, páginas 211 y 228; Trotabas: "Manuel de droit public et administratif", página 135; Caetano, páginas 187 y 201-202; Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", página 727; Borda: "Tratado de Derecho Civil Argentino", Parte General, tomo 2º, página 52. En idéntico sentido: Código Civil de Italia, artículo 822.
Sobre la base de su particular criterio acerca de los requisitos que han de llenarse para que

una cosa pueda considerarse dominical, Guicciardi estima que los museos constituyen bienes privados del Estado (páginas 116-117), lo cual no obsta a que el actual Código Civil italiano -posterior a la obra de Guicciardi- los declare pertenecientes al dominio público (artículo 822). Otros autores, como Fleiner (página 284) y Bielsa (tomo 3º, páginas 386 y 411, quinta edición), en mérito a su concepto restringido sobre la especie de uso idóneo para atribuirle carácter dominical a una cosa, consideran asimismo que los museos son bienes privados del Estado. Llama la atención que Bielsa considere, en cambio, *dominicales o públicos* a los jardines zoológicos (obra citada, página 433), siendo que entre un museo (exhibición de cosas estáticas) y un jardín zoológico (exhibición de cosas dinámicas) no existe diferencia conceptual alguna: en ambos supuestos los respectivos bienes hállanse destinados a la *contemplación* por parte del público.

(1200) Henry Eygout: "La protection des objets d´art et d´histoire", en "Revue du droit public et de la science politique en France et … l´étranger", Paris, 1922, página 460.

(1201) Santamaría de Paredes: "Curso de Derecho Administrativo", página 499.

(1202) Véase a Eygout, trabajo citado en la nota 8, páginas 461, 472-473 y 475.

(1203) Nicanor de Elía, página 55; Jansse, páginas 117 y 127, nota; Vitta, tomo 1º, páginas 211 y 228; Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", página 727. En igual sentido: Código Civil de Italia, artículo 822.
También respecto a los archivos y a los documentos guardados en ellos, Guicciardi (páginas 116-117) y Bielsa (tomo 3º, página 411, texto y nota, quinta edición), por análogas razones a las ya indicadas al referirme a las bibliotecas y museos, sostienen su carácter *privado*. La tesis de Guicciardi resulta superada por el artículo 822 del Código Civil de su país, Italia, que establece la dominicalidad de los expresados archivos, cuando sean del Estado. La opinión de Bielsa la juzgo equivocada, porque se basa en un concepto restringido acerca de las modalidades del uso idóneo para que una cosa revista carácter dominical. Véanse los números 1723 y 1903 de la presente obra.

(1204) Pelloux, página 146.

(1205) Jansse, página 117 y jurisprudencia ahí citada.

(1206) Manuel María Diez: "Servicio Público de los Teléfonos", páginas 361-363; Caetano, páginas 198-199.

(1207) Véase el nº 1718, texto y notas 170 y 171.

(1208) Álvarez Gendín: "El Dominio Público", páginas 101-103.

(1209) García Oviedo, tomo 1º, página 136. Respecto a los *"aeródromos",* véase el nº 1718, texto y nota 171.

(1210) En igual sentido: Bielsa, tomo 3º, página 433, quinta edición. Los jardines *botánicos* no constituyen una *"universalidad",* sino una "obra pública" *stricto sensu,* encuadrada en el artículo 2340 , inciso 7º *in fine*, del Código Civil; su carácter dominical fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos, tomo 114, páginas 327 y 333).

(1211) Véase lo que, refiriéndose a los ferrocarriles, escribe García Oviedo, tomo 1º, página 136.

(1212) Pelloux, página 141.

(1213) Planiol, tomo 1º, nº 3078, página 1014.

(1214) Ducrocq, tomo 4º, páginas 122-125.

(1215) Mayer, tomo 3º, páginas 126-130.

(1216) García Oviedo, tomo 1º, página 127.

(1217) Véase: Perriquet, página 16; Ducrocq, tomo 4º, páginas 125-127.

(1218) Véanse: Ducrocq, tomo 4º, páginas 127-129; García Oviedo, tomo 1º, páginas 127-128; Pelloux, páginas 141-142.

(1219) Perriquet, nº 16, página 19.

(1220) Batbie, tomo 5º, páginas 313 y 315.

(1221) Berthélemy, páginas 477, 478 y 481; Bullrich: "Principios generales de derecho administrativo", páginas 188, 193, 194, 195 y 202.

(1222) Hauriou: "Précis, etc.", páginas 804 y 808. Esta opinión es expresamente compartida por García Oviedo, tomo 1º, página 127.

(1223) Presutti, tomo 1º, página 223.

(1224) Jèze: "Définition du domaine public", en "Revue du droit public et de la science politique en France et … l´étranger", Paris, 1931, página 766. Entre nosotros, respecto a la dominicalidad de los edificios, Diez: "Dominio Público", página 260, también sustenta un criterio en cuyo mérito, para que el edificio sea tenido por "dominical", es menester que sea *esencial* para la satisfacción de la función pública; pero se aparta del concepto de Jèze desde algunos puntos de vista.

(1225) Guicciardi: "Il Demanio", páginas 116-117.

(1226) Waline, página 432.

(1227) Para la distinción entre "servicio público" y "servicio administrativo", véase a Villegas Basavilbaso, tomo 3º, páginas 42-43 y 49.

(1228) Dijo así el Tribunal: "Que aun cuando sea cierto que las oficinas de una jefatura política no sean para el uso y goce de las personas particulares, en la forma y amplitud que pueden serlo otros bienes públicos dentro de los términos del art. 2341 , Código Civil, *también lo es que el acceso a dichas oficinas no constituye fuente de rentas en manos de la autoridad"* (Fallos, tomo 121, página 37). El carácter de bien "final" o de "uso", y no meramente *"instrumental"* del edificio a que se refirió la Corte Suprema quedó, pues,

establecido en la mencionada sentencia (véase el nº 1723 de la presente obra).

(1229) Entre otros: Salvat: "Parte General", nº 1497, página 680; Diez: "Dominio Público", página 260.

(1230) Dijo el Tribunal que pertenecen al dominio público los "establecimientos destinados a las oficinas públicas *y demás que se hallen consagrados a un servicio general y comunal,* como los hospicios, cementerios, escuelas, mercados, etc." (Fallos, tomo 48, página 200). En igual sentido: Fallos, tomo 98, páginas 365 y 368. En otra oportunidad, el Tribunal dijo que los edificios destinados a un servicio administrativo (local destinado a una jefatura de policía), pertenecen al dominio público, por aplicación del artículo 2340 , inciso 7º, del Código Civil (Fallos, tomo 121, página 37).

(1231) "La doctrina más común, seguida especialmente por nuestra jurisprudencia, puede resumirse así: son del dominio público todos los bienes *sujetos al uso público;* y por uso, que puede ser eficaz para imprimir el carácter dominical a un cosa y que el legislador no define expresamente, debe entenderse, según el espíritu de la ley, tanto el *directo e inmediato* de los particulares, del cual todos aquellos que se encuentren en condición de aprovechar de esos bienes, pueden hacer uso individualmente según su destino; cuanto el *indirecto,* es decir aquel que los ciudadanos tienen sobre los bienes destinados a *servicios* u *oficinas públicas,* destinados al ejercicio de una función pública" (Ranelletti, "Concetto, natura e limiti del demanio pubblico", en "Giurisprudenza Italiana", 1897, página 329). En igual sentido: García Oviedo, tomo 1º, páginas 127 y 139-140; Ballbé, páginas 19-20; Bonnard: "Précis de droit public", página 204; Álvarez Gendín: "El dominio público", página 115. El Código Civil del Brasil menciona expresamente los *edificios* entre los bienes públicos (artículo 66, inciso 2º).

(1232) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 48, página 200; Proudhon, tomo 1º, nº 342, páginas 471-473; Foucart, tomo 2º, nº 801, páginas 273-274; Laurent, tomo 6, página 59; Wieland, tomo 1º, página 179; Fraga, nº 291, página 650; Royo Villanova, tomo 1º, páginas 443-444.

(1233) Salvat: "Parte General", página 680; Diez: "Dominio Público", página 260.

(1234) Aubry et Rau, tomo 2º, párrafo 169, página 34; Oda, página 325; Diez: "Dominio Público", página 260.

(1235) Oda, página 325; Duguit, tomo 3º, página 359; Diez: "Dominio Público", página 260; García Oviedo, tomo 1º, página 140.

(1236) Aubry et Rau, tomo 2º, párrafo 169, páginas 34 y 35; Diez: "Dominio Público", página 260.

(1237) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 48, página 200 y tomo 98, página 365; Proudhon, tomo 1º, nº 342, página 472; Wieland, tomo 1º, página 179; Hauriou: "Précis, etc.", página 827; García Oviedo, tomo 1º, página 139; Trotabas: "Manuel de droit public et administratif", página 137.

(1238) Duguit, tomo 3º, página 359; Salvat: "Parte General", página 680.

(1239) Aubry et Rau, tomo 2º, párrafo 169, página 35.

(1240) Aubry et Rau, tomo 2º, párrafo 169, página 35; Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 121, páginas 36 y 37.

(1241) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 48, página 200; Proudhon, tomo 1º, nº 342, página 472; Aubry et Rau, tomo 2º, párrafo 169, página 35.

(1242) Aubry et Rau, tomo 2º, párrafo 169, página 36; Wieland, tomo 1º, página 179; Trotabas: "Manuel de droit public et administratif", página 136.

(1243) Santi Romano, página 181; D´Alessio, tomo 2º, página 93.

(1244) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 48, página 200; D´Alessio, tomo 2, página 93; Santi Romano, página 181; Jansse, páginas 126-127 y 323; Zanobini, tomo 4º, página 99; Waline, página 454; Código Civil de Italia, artículo 824. En un antiguo fallo (tomo 25, páginas 432-434), la Corte Suprema de Justicia de la Nación, confirmando la sentencia del Juez de Sección de Rosario, mandó llevar adelante una ejecución *hipotecaria* contra la Municipalidad de Rosario, cuyo gravamen habíase constituido sobre un *mercado* de la demandada. Este pleito fue mal fallado: debió decretarse la nulidad del título hipotecario, por recaer el gravamen sobre un bien que estaba fuera del comercio, y rechazar la ejecución. Ver el número 1767.

(1245) Hauriou: "Précis, etc.", páginas 827-828, nota 87; Jèze: "Principios generales del derecho administrativo", tomo 2º, páginas 97-101; García Oviedo: "La teoría del servicio público", páginas 29, 32-33.

(1246) Hauriou: "Précis, etc.", lugar citado en la nota precedente.

(1247) A mayor abundamiento, téngase presente que en nuestro país, de acuerdo con la ley nacional nº 14800 , del 14 de enero de 1959, la *actividad teatral,* en todas sus formas y ramas, ha sido declarada de *"interés nacional"* (artículo 1º).

(1248) Conformes con el carácter de cosas del *dominio público* correspondiente a los monumentos: García Oviedo, tomo 1º, páginas 139-140; Caetano, página 203; Bielsa, tomo 3º, página 415 (quinta edición).

(1249) Para todo lo relacionado con el régimen jurídico de los *"monumentos",* véase mi trabajo "Régimen jurídico-legal de los monumentos, lugares históricos y de interés científico", publicado en "La Ley", 10 de mayo de 1979.

(1250) Téngase presente que la ley 23775 , del año 1990, declaró *"provincia"* al Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

(1251) En sentido que resulta concordante con lo dicho en el texto, véase el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación citado en el nº 1776, texto y nota 114. En base a los preceptos constitucionales mencionados en el texto (artículos 86 , inciso 1º; 67 , inciso 16, 104 y 105), las estatuas y monumentos, en el orden nacional, fueron dispuestos por "ley" formal. Así, el monumento que perpetúa la personalidad del doctor

Francisco Pascasio Moreno, el "Perito Moreno", en San Carlos de Bariloche, provincia de Río Negro, fue dispuesto por la Nación mediante la ley nº 11918 . Esta ley de la Nación corresponde el período en que la actual provincia de Río Negro era "Territorio o Gobernación Nacional". Los restos del doctor Francisco Pascasio Moreno descansan en la isla "Centinela", del Lago Nahuel Huapí, situado en la referida provincia.

(1252) Nicolás Avellaneda: "La demolición de la Pirámide", nota al Presidente del Concejo Deliberante de la Municipalidad, en "Estudios Literarios", páginas 150-154, Buenos Aires, 1953, editorial "Hemisferio". Para el régimen jurídico de los monumentos en Francia, véase: Robert Brichet: "Le régime des monuments historiques en France", Paris, 1952.

(1253) Ver Villegas Basavilbaso, tomo 3º, número 238, página 148 y tomo 4º, nº 417, página 182; Spota: "Tratado de Derecho Civil", El Objeto del Derecho, página 480.

(1254) Barckhausen: "Étude sur la théorie générale du domaine public", en "Revue du droit public et de la science politique en France et … l´étranger", página 48, Paris, 1903.

(1255) Foucart, tomo 2º, número 802, página 274; Diez: "Dominio Público", página 256; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 100; Álvarez Gendín: "El dominio público", página 133.

(1256) Foucart, tomo 2º, número 802, página 274; Oda, página 325; Duguit, tomo 3º, página 361; Diez: "Dominio Público", página 256; Caetano, página 200; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, página 100; Álvarez Gendín: "El dominio público", páginas 132-133.

(1257) Proudhon, tomo 1º, número 342, página 472; Aubry et Rau, tomo 2º, párrafo 169, página 34; Huc, tomo 4º, página 80; Wieland, tomo 1º, página 179; Oda, página 325; Duguit, tomo 3º, página 359; García Oviedo, tomo 1º, página 139.

(1258) Aubry et Rau, tomo 2º, párrafo 169, página 34; Huc, tomo 4º, página 80; Jansse, número 219, página 129.

(1259) Jansse, nº 219, página 129; Caetano, página 201.

(1260) Aubry et Rau, tomo 2º, párrafo 169, página 34; Mayer, tomo 3º, páginas 124-125; Oda, página 325; Jansse, página 128; Diez: "Dominio Público", página 260; Roland, página 452; Trotabas: "Manuel de droit public et administratif", página 136; Caetano, página 200; Villegas Basavilbaso, tomo 4º, número 417, página 182; Spota: "Tratado de Derecho Civil", El Objeto del Derecho, páginas 480 y 630-631.

(1261) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 121, página 37.

(1262) Spota: "Tratado de Derecho Civil", El Objeto del Derecho, páginas 480, 630-631 y 653.

(1263) En idéntico sentido: Bibiloni: "Anteproyecto de Reformas al Código Civil", tomo 3º, página 30.

(1264) El derecho interplanetario es un derecho característico: contrariamente a lo que

acaece con el derecho objetivo vigente en nuestro planeta, o sea la Tierra, donde el "hecho" precede al "derecho", en el interplanetario las "normas" o "soluciones" que se proponen están precediendo al "hecho" de que el hombre mismo llegue a otros planetas o satélites; y en ese orden de ideas, previendo eventuales conflictos -sea entre los Estados terrestres o de éstos con los de algún otro planeta o satélite-, se están proponiendo criterios jurídicos de solución, cuya verdadera eficacia dependerá de que en los otros satélites o planetas que el hombre visite no exista gente, es decir seres racionales, en condiciones de discutir la validez, eficacia o aplicabilidad de tales normas.
Si hubiere gente en los otros planetas o satélites, las normas o criterios de solución que propongan los Estados o los hombres de nuestro planeta, para resolver los conflictos de derecho que se produjeren a raíz de eventuales ocupaciones de aquellos planetas o satélites, resultarían de una eficacia harto discutible, porque se los pretendería aplicar fuera de la Tierra, es decir fuera de nuestro mundo, fuera de nuestro planeta, cuyo ámbito físico -incluido, desde luego, el espacio aéreo- marca el límite fuera del cual pierden imperio tales normas o criterios de solución. Los Estados titulares del planeta Tierra, sólo tienen potestad para disponer y ordenar de lo suyo y en lo suyo, es decir en la Tierra, pero no en otros planetas o satélites donde haya gente o seres racionales, quienes tendrían en sus respectivos mundos un derecho por lo menos igual al que nosotros tenemos en el nuestro. Respecto a estos planetas o satélites, las "normas" que establezcan los Estados o los hombres de nuestro planeta, resultarían vacuas de contenido ético. Cabe recordar, por lo demás, que la *"conquista",* como origen o punto de partida de la soberanía, es un procedimiento que no condice con la actual cultura jurídica de los Estados llamados civilizados, aparte de que choca con el principio de la autodeterminación de los pueblos. Las eventuales relaciones del hombre o de los Estados del planeta Tierra, con los de los otros planetas o satélites, deberán tener otro fundamento que la *"conquista"*, la *"fuerza"* o la *"coerción"*.

(1265) Véase a Moreno Quintana y Bollini Shaw: "Derecho Internacional Público", página 220, citados por Pasini Costadoat: "El espacio aéreo", página 29.

(1266) Enneccerus, Kipp y Wolff: "Derecho Civil", Parte General, tomo 1º, página 599.

(1267) Tapia Salinas, página 41. En igual sentido: Pasini Costadoat, página 26.

(1268) Véase mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", número 27, donde me ocupo detenidamente de esta cuestión.

(1269) Para la exposición de dichas teorías, sus antecedentes, etc., puede verse: Salom: "Le radiocomunicazioni nel diritto internazionale", páginas 19-34; Tapia Salinas, páginas 43-50; Raitzin, página 18 y siguientes; Pasini Costadoat, página 41 y siguientes; Taiana, en "Jurisprudencia Argentina", 1956-IV, sección doctrinaria, página 36 y siguientes.

(1270) Ver esos antecedentes en la nota al artículo 1º del Código Aeronáutico de la Nación (ley 14307 , del 4 de agosto de 1954), publicado en "Jurisprudencia Argentina", 1954-IV, página 12, sección legislación, y en el "Boletín Oficial" del 18 de agosto de 1954. Además, acerca de tales convenciones, puede verse a Taiana, trabajo citado en la nota anterior, páginas 39 y 40. Actualmente rige el Código Aeronáutico aprobado por la ley 17285 , del año 1967.

(1271) Luis Claro Solar, tomo 6º, página 238.

(1272) La analogía entre el espacio aéreo que cubre el territorio del Estado y el mar territorial, ya fue advertida por Luis Claro Solar, tomo 6º, página 238.

(1273) Duguit, tomo 3º, página 355; Fraga, página 646; Bonnard: "Précis, etc.", página 202; Fragola, página 204; Rolland, página 451; Trotabas: "Manuel de droit public et administratif", página 136; Lancis, página 300; Villegas Basabilvaso, tomo 4º, página 707; Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif, pagina 726; Laubadère: "Droit Administratif Spécial", página 93; Bielsa, tomo 3º, páginas 479 y 481, quinta edición; Sayagués Laso: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 2º, página 304.

(1274) Aparte del Código Civil de Panamá, cuyo artículo 329, inciso 3º, incluye en el dominio público *"el aire"*, la Constitución de Portugal establece que pertenecen al dominio público: "Las capas aéreas superiores al territorio, más allá de los límites que fije la ley en beneficio del propietario del suelo" (artículo 49, inciso 5º).

(1275) Lancis, página 300.

(1276) R. von Ihering: "Des restrictions imposées aux proprietaires fonciers dans l´intéret des voisins", en "Oeuvres Choisies", tomo 2º, páginas 109, 110 y 111.

(1277) Ver Bibiloni: "Anteproyecto", tomo 3º, página 189.

(1278) Código Civil alemán, artículo 905; Código Civil suizo, artículo 667; Código Civil brasileño, artículo 526; ley francesa de aeronavegación del 31 de mayo de 1924, artículo 19.

(1279) "..., debemos buscar el elemento delimitatorio en la propia naturaleza de las cosas" ..."Tal límite estaría dado, entonces, por el límite gravitatorio terrestre y nunca la soberanía podría llegar más allá que este último nexo que vincula al espacio con la Tierra y que ella consagra, por la ley natural, atrayendo a su seno o arrastrando en su traslación a todo aquello que pretende enseñorearse sobre ella. Tal es la ley gravitatoria; vencida ésta, el espacio sideral adquiriría la categoría de libre, como lo es la alta mar para el derecho marítimo" (Pasini Costadoat: "El espacio aéreo", páginas 131-132).

(1280) "...pensamos que el criterio de tomar la fuerza de gravedad terrestre como el índice del límite de la soberanía es el más objetivo, racional y seguro". "Se trata, en efecto, de un dato fisico perpetuo y fijo, de un factor que constituye un nexo indefectible que une y vincula una cierta porción del espacio del universo a la Tierra, y esto se debe a que la gravitación atrae a su seno o arrastra alrededor de su órbita cualquier objeto que llegue a encontrarse dentro de los límites de este espacio, por encima de ella. Trátase, por decirlo así, del espacio cósmico propio de la Tierra, y por medio del cual el hombre, que es el dueño de la Tierra, puede aspirar a imponer sobre aquél su soberanía" (A. Ambrosini, prólogo a la obra "El espacio aéreo", de Pasini Costadoat, páginas 17 y 18).

(1281) Haroldo Valladao: "Direito interplanetário e direito inter gentes planetárias", páginas 14-16.

(1282) Aldo Armando Cocca: "Teoría del derecho interplanetario", páginas 99, 102, 107-108, 109, 117, 119, 123, 127, 128, 142, 228-231, 232, 233, 235-236, 237-238.

(1283) "Como *res communis omnium,* el espacio interplanetario está abierto al uso de todos, al género humano, y, por lo tanto, su utilización está asegurada también a los seres humanos que por ventura existieren en otros planetas y satélites. ¿Por qué habría de quedar reducido a los pueblos de la Tierra?" (Haroldo Valladao, página 22).

(1284) Recuerde el lector que como titular del dominio público no considero al *Estado,* sino al *"pueblo",* quien al efecto actúa representado por el Estado (ver nº 1704), y que si en el curso de la presente obra he hablado de dominio público del *Estado,* ello obedece, como ya lo advertí al comienzo de la misma, a simple comodidad de lenguaje (ver nº 1694 *in fine*).

(1285) Véase mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 249.

(1286) Véase mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 251. Por ley nº 23775 , del año 1990, el Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, fue declarado *"provincia"*.

(1287) Véase mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", números 129 y 255.

(1288) Código Aeronáutico, artículo 182 . Puede verse dicho Código en "Jurisprudencia Argentina", 1954-IV, página 11 y siguientes, sección legislación. El actual Código Aeronáutico fue aprobado por la ley 17285 , que derogó al Código anterior regido por la ley 14307 .

(1289) Diez: "Servicio público de la radiodifusión", páginas 69-73.

(1290) Diez: "Servicio público de la radiodifusión", página 267.

(1291) La primera edición de dicho libro apareció en 1939, publicada por Valerio Abeledo - Librería Jurídica; la segunda edición apareció en 1971, realizada por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (distribuidor Abeledo-Perrot), y actualmente -tercera edición- está reproducido constituyendo el tomo sexto del presente "Tratado".