

## CAPÍTULO XVII

### EL DOMINIO PÚBLICO

#### SUMARIO

1. La distinción entre dominio público y privado.....	XVII-1 / 353
2. Concepto de dominio público .....	XVII-3 / 355
3. Quién es el titular de los bienes del dominio público (elemento subjetivo).....	XVII-3 / 355
4. Qué bienes integran el dominio público (objeto) .....	XVII-4 / 356
5. El fin a que sirven las cosas del dominio público.....	XVII-6 / 358
6. Elemento normativo .....	XVII-7 / 359
7. Caracteres jurídicos del dominio público.....	XVII-8 / 360
8. Consecuencias de la inalienabilidad .....	XVII-10 / 362
9. Clasificaciones del dominio público .....	XVII-11 / 363
10. La afectación al uso público .....	XVII-11 / 363



## Capítulo XVII

### EL DOMINIO PÚBLICO<sup>1</sup>

#### 1. La distinción entre dominio público y privado

Tradicionalmente se distingue el “dominio público” del “dominio privado” del Estado, distinción que en principio consagra el artículo 2339 del Código Civil: “Las cosas son bienes públicos del Estado general que forma la Nación, o de los Estados particulares de que ella se compone, según la distribución de los poderes hecha por la Constitución Nacional; o son bienes privados del Estado general o de los Estados particulares.”

Un autor agrega a estas dos categorías una tercera, la del “patrimonio indisponible” del Estado, que estaría constituido por bienes que, sin integrar el dominio público, serían, sin embargo, “indisponibles,” inembargables, etc., en razón de estar destinados a un servicio público,<sup>2</sup> pero esta concepción ha sido refutada en base a que pretende trasplantar a nuestro derecho una distinción de la doctrina italiana, no recogida en nuestra legislación.<sup>3</sup> De cualquier manera, dado que a esa supuesta categoría de bienes se les asignaría de todos modos el régimen jurídico del dominio público, en lo esencial, poco interés tiene el efectuar tal diferenciación.<sup>4</sup>

La distinción entre dominio público y privado del Estado, a pesar de estar consagrada legalmente, tiene hoy en día la particularidad de encontrarse ame-

<sup>1</sup> Ampliar y comparar en MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de dominio público*, Buenos Aires, 1960; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Dominio público*, Buenos Aires, 1940; VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *op. cit.*, t. IV, Buenos Aires, 1952; BIELSA, *op. cit.*, t. III, Buenos Aires, 1956; BALLBÉ, MANUEL, *Concepto del dominio público*, Barcelona, 1945; GUICCIARDI, ENRICO, *Il demanio*, Padua, 1934; CASSARINO, SEBASTIANO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milán, 1962; BIERMANN, JOHANNES, *Die öffentlichen Sachen*, Giessen, 1905; LANGER, GOTTFRIED, *Ausgangslinien für eine Erörterung der Frage des Verwaltungseigentums*, Tübingen, 1961.

<sup>2</sup> BIELSA, *op. cit.*, t. III, p. 393.

<sup>3</sup> MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 115 y ss. Por otra parte, alguna doctrina niega con sólidos fundamentos que tal distinción sea válida incluso en Italia, por ejemplo CASSARINO, *op. cit.*, p. 15 y ss.

<sup>4</sup> Este argumento lo hace CASSARINO, *op. cit.*, p. 16, para similar distinción en el derecho italiano.

nazada por la realidad, ya que la mayoría de los bienes del Estado encuadran en la primera categoría, y muy pocos en la segunda. Ello se advierte fácilmente cuando se toma en cuenta que no sólo los mares adyacentes, bahías, ensenadas, puertos, ancladeros, ríos y sus cauces y todas las aguas que corren por cauces naturales, playas del mar y de los ríos navegables, lagos e islas, forman parte del dominio público, sino también las calles, plazas, caminos, canales, puentes “y cualesquiera otras obras públicas, construidas para utilidad o comodidad común” (art. 2340, inc. 7°); o sea, que todos los bienes del Estado afectados a un uso público directo o indirecto<sup>5</sup> integran el dominio público.<sup>6</sup> Y ¿qué bienes tiene el Estado que no estén directa o indirectamente afectados al uso público, qué bienes que no sirvan a la utilidad o “comodidad” común?

El art. 2342 del Código Civil intenta hacer tal enumeración y dice: “Son bienes privados del Estado general o de los Estados particulares: 1°) Todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales de la República, carecen de otro dueño; 2°) las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas y sustancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones o particulares sobre la superficie de la tierra; 3°) los bienes vacantes o mostiencos, y los de las personas que mueren sin tener herederos, según las disposiciones de este Código; 4°) los muros, plazas de guerra, puentes, ferrocarriles y toda construcción hecha por el Estado o por los Estados, y todos los bienes adquiridos por el Estado o por los Estados por cualquier título; 5°) las embarcaciones que diesen en las costas de los mares o ríos de la República, sus fragmentos y los objetos de su cargamento, siendo de enemigos o de corsarios.”

Sin embargo, pronto se advierte que no todo lo que ese artículo enumera corresponde incluirlo allí, y que por ejemplo, “los muros, plazas de guerra, puentes, ferrocarriles y toda construcción hecha por el Estado” (inc. 4°) sólo corresponde incluirlos en el dominio privado cuando no están afectados a un fin de utilidad pública sea *uti singuli* o *uti universi*, cuando no están pues afectados a un servicio público.<sup>7</sup>

De igual modo resulta difícil poder considerar en la actualidad que las tierras fiscales integran el dominio privado del Estado, cuando hay toda una legislación especial de derecho público en la materia (ver, por ejemplo, decreto-ley 14.577/56);

<sup>5</sup> En efecto, se ha interpretado que cuando el artículo habla de que integran el dominio público los bienes destinados a todo fin de utilidad o comodidad común, no sólo se comprende el uso directo y general de los habitantes, sino también el indirecto que se realiza a través de los servicios públicos: VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. IV, p. 96; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 114.

<sup>6</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 95 y ss.; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 114 y ss.; DIEZ, *op. cit.*, pp. 258 y 259.

<sup>7</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 97. En igual sentido Corte Suprema, *Fallos*, 33; 116, en que se declaró que los edificios “en que se encuentran el Correo, la Aduana y el Juzgado Federal” no eran embargables, es decir, que los bienes afectados a la prestación de un servicio público no integran el dominio privado del Estado.

o que los yacimientos de hidrocarburos son del dominio privado, cuando la ley 14.773 los declara bienes “imprescriptibles e inalienables” del Estado Nacional. (Art. 1°)

Por fin, incluso en lo que respecta a los pocos bienes que puedan considerarse del “dominio privado” del Estado, rigen las disposiciones del derecho público en cuanto al procedimiento judicial (por ejemplo, ley 3952), a la actuación de la administración pública (ley de contabilidad, etc.), por lo que no puede tampoco sostenerse que se aplique exclusivamente el Código Civil. Desde luego, todo esto no quiere decir por ahora que la distinción no exista en el derecho público argentino, sino tan sólo que su importancia real tiende a desdibujarse, disminuyendo los bienes que pueden considerarse claramente incluidos en el dominio privado del Estado y aumentando en cambio los bienes que corresponde encuadrar dentro del dominio público.<sup>8</sup>

## 2. Concepto de dominio público

De acuerdo al concepto corriente, el dominio público es un conjunto de bienes que de acuerdo al ordenamiento jurídico, pertenecen a una entidad estatal, hallándose destinados al uso público directo o indirecto de los habitantes. Esta noción supone cuatro elementos, que fueron planteados originariamente por un autor español, BALLBE<sup>9</sup> y tomados y desarrollados en nuestro país por MARIENHOFF.<sup>10</sup>

Tales elementos son los siguientes:

- 1) Subjetivo: Quién es el titular del dominio público.
- 2) Objetivo: Cuáles son los bienes del dominio público.
- 3) Normativo: En virtud de qué normas están incorporados al dominio público.
- 4) Teleológico: A qué fin están destinados los bienes del dominio público.

### 3. *Quién es el titular de los bienes del dominio público (elemento subjetivo)*

Acá hay fundamentalmente dos doctrinas: *a)* Quienes dicen que el titular es el Estado o una entidad estatal<sup>11</sup> y *b)* quienes dicen que es la comunidad política pueblo.<sup>12</sup> Hay una tercera doctrina que dice que el titular también puede ser un particular, pero es totalmente desechada.<sup>13</sup>

Si bien existen muchos argumentos que se han esgrimido en la discusión, creemos que lo más importante es que el dominio público, si se lo considera un

<sup>8</sup> Comparar FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 482, nota 2.

<sup>9</sup> BALLBÉ, *op. cit.*, p. 8 y ss.

<sup>10</sup> MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 50 y ss.

<sup>11</sup> En esta orientación VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 105 y ss.; DIEZ, *op. cit.*, p. 257 y ss., etc.

<sup>12</sup> Es la opinión de BIELSA, *op. cit.*, p. 387; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 52 y ss.

<sup>13</sup> Ver la crítica que le efectúa MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 51, nota.

derecho de propiedad, un derecho subjetivo,<sup>14</sup> entonces sólo puede ser titular de él un sujeto de derecho, por lo menos en la técnica jurídica ya desarrollada en los últimos años. En efecto, quien no es sujeto de derecho no puede ser titular de un derecho subjetivo y entre ellos tampoco el derecho de propiedad.

Ahora bien, como precisamente la comunidad política pueblo, en sí, no tiene personalidad jurídica, sino que se halla representada y canalizada a través del Estado, y su única personalidad jurídica es la que tiene en cuanto Estado organizado, pareciera ser que no es técnicamente posible que ese pueblo, directamente, sea titular de este derecho subjetivo del dominio público. Esto, siempre que afirmemos que el dominio público es un derecho subjetivo, principio en cierto modo inescapable.

Si afirmáramos en cambio que es un tipo de “potestad,” como la soberanía, por ejemplo, podría tal vez afirmarse esto; pero, desde el momento que se dice terminantemente y sin discusión que es un derecho subjetivo, entonces no parece que pueda pertenecerle directamente al pueblo.

En la posición que sostiene que el titular es el Estado, se entiende que es: 1º) El Estado Nacional, ó 2º) las provincias; incluso se agregan: 3º) las entidades autárquicas “territoriales” (por ejemplo, las municipalidades); 4º) las entidades autárquicas “institucionales” (por ejemplo, la Universidad); e incluso cabría agregar (5º) las empresas del Estado. El género sería pues una entidad estatal; no estarían por ello comprendidos en este concepto: a) Ciertas entidades públicas no estatales, como por ejemplo, la Iglesia; b) las sociedades de economía mixta, que de acuerdo a la ley de su creación pueden en ciertos casos perseguir fines públicos, a pesar de lo cual no son entidades estatales.<sup>15</sup>

#### 4. *Qué bienes integran el dominio público (objeto)*

El principio en materia de “objeto” del dominio público es que él es el mismo que puede tener el derecho de propiedad en el derecho privado, de manera que todos los bienes que en principio pueden ser objeto de propiedad privada, pueden también si reúnen los elementos del caso, serlo de propiedad pública. Pero en realidad esto no es estrictamente así, pues hay que efectuar algunas modificaciones de detalle cuando se habla de qué cosas pueden ser susceptibles de integrar el dominio público.

<sup>14</sup> Esto ya lo demostró, entre otros, ZANOBINI, GUIDO, “Il concetto della proprietà pubblica e i requisiti giuridici della demanialità,” en su libro *Scritti vari di diritto pubblico*, Milán, 1955, p. 165 y ss., especialmente pp. 173 y 185; GUICCIARDI, *op. cit.*, p. 8 y ss.

<sup>15</sup> Ampliar en VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 106 y ss.; MORIENHOFF, *op. cit.*, p. 74 y ss.; nuestra monografía *Empresas del Estado*, *op. cit.*, p. 40 y ss., 52, 107.

1º) En primer lugar encontramos los *inmuebles*; acá es donde tradicionalmente hay más acuerdo: Siempre la doctrina ha incluido, sin discrepancias, a los inmuebles en el dominio público.

Algunos autores antiguos hacían ciertas exigencias de detalle, pero hoy han sido superadas, y los inmuebles de por sí, cuando reúnen los demás elementos de esta noción, integran el dominio público.

2º) En cuanto a los *accesorios de los inmuebles*, el criterio de algunos autores se aparta de el del derecho civil, pues considera que los accesorios de un bien inmueble que integra el dominio público, no siguen necesariamente el carácter de la cosa principal sino sólo cuando contribuyen en forma permanente, directa e inmediata, a que el bien dominical cumpla su fin.<sup>16</sup> Sin embargo la distinción puede ser cuestionable, pues podría parecer más razonable que los accesorios sigan siempre la suerte de lo principal, aunque no sirvan al fin de éste. Como ejemplo del criterio restrictivo señalado, puede mencionarse que en una plaza, que está destinada al fin de recreación y descanso de la comunidad, las plantas que sirven a ese fin, en forma permanente, directa e inmediata, integran el dominio público; las flores de la plaza... que también sirven a ese fin de recreación, integran por ello el dominio público. Pero si en algunas de las plantas de la plaza nace un fruto determinado, éste no sirve al fin del inmueble del cual es accesorio, y por lo tanto no integra el dominio público sino el dominio privado del Estado. En cuanto a los árboles que están al costado del camino, ellos son para dar sombra, para demarcarlo, pero no tienen estrictamente un fin recreativo: Entonces una flor que crezca en ese árbol, ya no integrará el dominio público. Como se advierte, la distinción puede ser excesivamente sutil.

3º) *Muebles*. La doctrina a veces discute si los muebles integran o no el dominio público, pero en nuestro país el criterio es unánime en virtud del art. 2340, inc. 7, del Código Civil, que incluye expresamente en el dominio público a “cualesquiera otras obras públicas, construidas para utilidad o comodidad común:” Al no hacer la ley una distinción entre obras públicas *muebles o inmuebles*, cabe integrar a ambas en el concepto de dominio público.<sup>17</sup>

4º) En cuarto lugar podemos mencionar los *derechos y objetos inmateriales*.

I) *Los derechos*. A) Servidumbres públicas: a) La del artículo 2639, la servidumbre de sirga, “los propietarios limítrofes con los ríos o con canales que sirvan a una comunicación por agua, están obligados a dejar una calle o camino público de treinta y cinco metros hasta la orilla del río, o del canal, sin ninguna indemnización.” b) La servidumbre de acueducto (art. 3082): “Toda heredad está sujeta

<sup>16</sup> MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 89 y ss.

<sup>17</sup> MARIENHOFF, *op. cit.*, pp. 93-98; DIEZ, *op. cit.*, p. 255 y ss.; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 100 y ss.

a la servidumbre de acueducto en favor de otra heredad que carezca de las aguas necesarias para el cultivo de sementeras, plantaciones o pastos, o en favor de un pueblo que las necesite para el servicio doméstico de sus habitantes.” c) Hay otras servidumbres públicas, como por ejemplo, la servidumbre de monumentos y lugares históricos, creada por la ley 12.655, y otras de menor importancia. B) Derechos intelectuales: Una vez vencido el derecho del autor y de sus herederos, pasan a integrar el dominio público, tratándose entonces también de un derecho que integra el dominio público.

II) *Objetos inmateriales*. A) La fuerza hidráulica en un curso de agua pública es un objeto inmaterial que también integra el dominio público, B) el espacio aéreo: El dominio público aéreo se extiende desde el límite práctico de los propietarios de la tierra (o sea hasta donde llega el espacio útil para ellos) hasta donde llega la fuerza gravitatoria de la tierra, lo que se llama la “frontera celeste;” en lo horizontal, los límites del espacio aéreo alcanzan hasta donde llega el mar jurisdiccional, y donde no lo hay, a donde llega la frontera.

5º) En quinto lugar, dentro del objeto del dominio público, están las *universalidades públicas*, que no están mencionadas expresamente en el Código Civil, como bienes del dominio público, pero que la doctrina incluye también dentro del inc. 7º del art. 2340. Se dice que cuando este artículo habla de las obras públicas construidas para utilidad o comodidad común, el término “construidas,” no puede interpretarse demasiado estrictamente (es decir, lo qué está hecho realmente), sino que abarca también el caso de cosas organizadas por el Estado, como es una universalidad pública.

La universalidad, tanto en derecho privado como público, se caracteriza por dos elementos: a) Conjunto de cosas que pertenece a un mismo sujeto; b) que esas cosas tienen o sirven a un fin común.

Cuando existe ese fin común, sea el uso directo o indirecto de los habitantes, y el propietario es el Estado, será entonces una *universalidad pública*: Es el caso de una biblioteca pública, un museo, un jardín zoológico o botánico. (Aunque este último puede ser discutible, porque por lo general todas las plantas están fijadas en el suelo, y puede tal vez ser un solo inmueble y no haber universalidad; pero si contamos por ejemplo los ficheros y el mobiliario que exista, podríamos decir que es una universalidad pública.)

### 5. *El fin a que sirven las cosas del dominio público*

Algunos autores admiten únicamente el uso público directo como típico y constitutivo del dominio público, pero no el uso público *indirecto*, o sea el que se hace a través de un servicio público. (En una Facultad, la comunidad estudiantil está usando el edificio, pero no directamente sino a través del servicio público de la



enseñanza; en cambio la plaza es usada directamente, no a través de algún servicio público.) Parte de la doctrina restringe pues el concepto de dominio público a aquellos bienes que están destinados al uso *directo* de la comunidad, una plaza, una calle, un camino, un puente; pero en general pareciera ser más, viable la doctrina que incluye el uso *indirecto* efectuado a través de un servicio público;<sup>18</sup> esta orientación ha sido aceptada por la jurisprudencia.<sup>19</sup>

Ahora bien, al aceptar tanto el uso público directo como indirecto, se toma más evidente la falta de distinción neta entre dominio público y privado: En la concepción tradicional que sólo considera dominio público al afectado al uso *directo* de la comunidad, queda hecha la distinción frente al dominio privado en atención a que éste sólo sirve directamente al uso público, en la medida en que lo utiliza la administración para sus actividades de interés público; pero cuando se sostiene, como en la doctrina y jurisprudencia actual, que el dominio público es tanto el que sirve directa como *indirectamente* al uso público, en verdad nada queda fuera de tal concepto, ya que no puede admitirse que el Estado tenga bienes que no estén ni siquiera *indirectamente* afectados al uso y al interés de la colectividad. En este aspecto es de interés recordar que el artículo 2340, inciso 7° del Código Civil considera incluidas dentro del dominio público a todas las “obras públicas construidas para utilidad o comodidad común,” lo que ha movido a la Corte Suprema a decir que “la verdad es que todo lo construido por cuenta de la administración pública, en cuanto obra de ella, no puede considerarse obra privada, puesto que no la especifica el exclusivo interés de los particulares en cuanto tales, sino el de la comunidad regida por la administración pública que la construye.”<sup>20</sup> Finalmente, es de hacer notar que tal vez podría resultar de interés hacer, *dentro de los bienes del dominio público*, una distinción entre “bienes de uso común (*Sachen in Gemeingebrauch*) y “patrimonio administrativo” (*Verwaltungsvermögen*), como lo hace la doctrina alemana.<sup>21</sup>

#### 6. Elemento normativo

No hay bienes públicos “por su naturaleza,” o por derecho natural; esto es muy importante, porque a veces se piensa que las playas, los ríos, etc., tienen que ser del dominio público y no pueden ser otra cosa sino del dominio público. Ello en sí es inexacto, pues su carácter dominical viene de la ley que le asigna tal carácter, y el Código Civil podría perfectamente decir el día de mañana que las aguas

<sup>18</sup> MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 113 y ss.; DIEZ, *op. cit.*, pp. 258 y 259; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 95 y ss., 109 y ss.

<sup>19</sup> Ver Corte Suprema, *Fallos*, 158: 358; también 33: 116. Para un examen completo del problema del destino de los bienes públicos, ver CASSARINO, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>20</sup> Corte Suprema, *LL*, 42: 820, 821, *F. C. Buenos Airea al Pacífico c. Consejo Agrario Nacional*, 1946.

<sup>21</sup> Ver FORSTHOFF, ed. española, p. 483, y 7ª ed. alemana, p. 326 y ss.; WOLFF, *Verwaltungsrecht I.*, 6ª ed., *op. cit.*, p. 332 y ss.

del mar territorial no son del dominio público; que las playas, los ríos, pasan al dominio privado, etc. No hay una objeción de tipo jurídico a ello, pues no existe norma superior alguna que exija que tales cosas estén en el dominio público; sólo una norma constitucional que lo exigiera podría ser la única posible valla, pero no habiendo una tal disposición constitucional, que exija que tales cosas deben estar en el dominio público, su inclusión o no en este régimen jurídico, depende de que una norma expresa o implícita lo disponga. No es imprescindible la mención expresa de la ley, y así por ejemplo el artículo 2340 que tiene una enumeración bastante terminante de ciertas cosas (los mares adyacentes, los mares interiores, los ríos y sus cauces) después tiene una disposición como el inciso 7, que da una fórmula amplia en la cual se hacen entrar una serie de conceptos que no están incluidos expresamente.

En cuanto a quién es competente para asignar carácter público a las cosas, se entiende que es el Gobierno Nacional, en particular el Congreso, en virtud de lo dispuesto en el art. 67, inc. 11 de la Constitución, cuando faculta al Congreso para dictar el Código Civil.

En efecto, dado que determinar cuáles son los bienes del dominio público implica legislar sobre la naturaleza jurídica de las cosas, aspecto de derecho sustantivo, de fondo, corresponde entonces a Código Civil, cuando legisla sobre las cosas, distinguir las cosas públicas de las privadas.

En virtud del art. 104 de la Constitución Nacional, y en virtud del art. 31, que establece la jerarquía de las normas, resulta que el Código Civil al hacer esta calificación de los bienes del dominio público, es limitativa de las facultades de las provincias, las que no pueden ya incluir nuevos bienes dentro del dominio público. Hay el caso de alguna provincia que en su Constitución local expresamente dijo que las aguas subterráneas integran el dominio público de la provincia. Esta disposición de la Constitución provincial es inconstitucional, en cuanto al transgredir el Código Civil, viola la jerarquía que establece el art. 31 y el 104 de la Constitución Nacional.<sup>22</sup> Las provincias no pueden entonces agregar nuevas calificaciones de bienes del dominio público a las ya previstas en el Código Civil.

### *7. Caracteres jurídicos del dominio público*

Los caracteres jurídicos son los que configuran el régimen especial del dominio público. Este régimen es un régimen de derecho público y se dice que es en cierto modo excepcional; por lo tanto debiera interpretarse con carácter restrictivo, y en caso de que él no sea de aplicación por no tratarse de un bien de dominio público, correspondería el derecho privado; sin embargo, hay leyes que declaran

<sup>22</sup> MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 134.

“inalienables” bienes del “dominio privado” del Estado, pero en tal caso creemos más bien que se trata de bienes públicos, a pesar de la calificación legal.<sup>23</sup>

Los caracteres básicos de este régimen jurídico son: 1º) *La inalienabilidad*, 2º) *la imprescriptibilidad*, que si bien no están expresamente enumerados en la ley, surgen en general de varios artículos del Código Civil, en forma razonablemente implícita.

#### 1º) *Inalienabilidad:*

a) Surge en primer lugar del art. 953 del Código Civil, cuando dispone: “El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio,” o sea que a “contrario sensu” es posible admitir que haya cosas que no estén en el comercio, en este sentido, y que no puedan ser objeto de actos jurídicos.

b) En segundo lugar se desprende del art. 2336, que expresa: “Están en el comercio todas las cosas cuya enajenación no fuere expresamente prohibida o dependiente de una autorización pública,” con lo que se da a entender que hay ciertas cosas que para enajenarlas dependen de una autorización pública, y que si esa autorización no está dada, están fuera del comercio también.

c) Por último, tiene también importancia el artículo 2604, el cual dice que “El derecho de propiedad se extingue de una manera absoluta por la destrucción o consumo total de la cosa que estaba sometida a él, o cuando la cosa es puesta fuera del comercio.” Otra vez se habla de la posibilidad de poner una cosa fuera del comercio y por lo tanto integrando un régimen distinto.

Como se ve la inalienabilidad no surge clara e indubitadamente, pero se puede decir al menos que está implícita en el Código Civil.

#### 2º) *Imprescriptibilidad:*

a) Ella surge en primer lugar del art. 2400: “Todas las cosas que están en el comercio son susceptibles de posesión;” *a contrario sensu*, las cosas que son susceptibles de posesión pueden ser susceptibles de adquisición por prescripción. (La cual supone la posesión.) Entonces los bienes que no están en el comercio, no pueden ser poseídos y por lo tanto no pueden ser adquiridos o perdidos por prescripción.

b) En segundo lugar, el art. 3951, establece que: “El Estado general o provincial y todas las personas jurídicas están sometidas a las mismas prescripciones que los particulares, en cuanto a sus bienes o derechos susceptibles de ser propiedad privada,” lo cual viene a traer la idea de que hay bienes que son susceptibles de ser de propiedad pública, a los que no se aplica lo que este artículo dispone.

<sup>23</sup>Ley 13.273, refiriéndose a los bosques; ley 14.773, en materia de hidrocarburos. Aunque estas leyes no lo digan, de hecho incorporan tales bienes al dominio público del Estado. Comp. CASSARINO, *op. cit.*, p. 16.

c) El art. 3952 dice: “Pueden prescribirse todas las cosas cuyo dominio o posesión puede ser objeto de una adquisición.” Vemos ya que los bienes que están fuera del comercio, por ser del dominio público, no pueden ser objeto de adquisición, y encontrarnos ahora por esta norma que tampoco pueden ser objeto de prescripción.

d) Por último el art. 4019, dispone que: “Todas las acciones son prescriptibles, con excepción de las siguientes: 1) La acción de reivindicación de la propiedad de una cosa que está fuera del comercio.”

### 8. *Consecuencias de la inalienabilidad*

La inalienabilidad supone como consecuencia que los bienes del dominio público a) son inembargables, b) inhipotecables, c) inejecutables judicialmente, d) no procede tampoco la acción de reivindicación contra un bien que ha sido incorporado al dominio público, salvo que el título por el cual se lo incorporó estuviese viciado;<sup>24</sup> e) el usufructo tampoco se admite, pues se entiende que esta figura del art. 2839 se refiere exclusivamente a los bienes privados; f) en cuanto a las servidumbres, no se admiten las privadas, pero sí se admiten cierto tipo de servidumbres públicas; o sea que un bien del dominio público puede estar afectado por una servidumbre que a su vez sirva a un interés público; g) en cuanto a la expropiación, algunos autores la niegan, y otros dicen que hace falta primero una declaración que desafecte el bien del dominio público y lo pase al dominio privado y que entonces es posible la expropiación, pero esto en realidad no supone decir que sea expropiable el bien de dominio público, pues primero hay que sacarlo de él. La solución imperante es que la Nación puede expropiar los bienes del dominio público de las provincias, y esto surge de la misma ley de expropiación 13.264, ya que en el artículo 5 se aclara que abarca el dominio de las provincias.

El problema es si puede ocurrir lo mismo a la inversa, o sea si las provincias pueden expropiar bienes del dominio público de la Nación. En principio la respuesta es negativa, pero por excepción, sostiene MARIENHOFF, podría admitirse esta expropiación cuando la utilidad pública en que se basa la ley provincial fuere superior al interés público a que sirve la cosa dominical de la Nación e incluso que pudiera considerarse vital para la subsistencia de la provincia;<sup>25</sup> h) En cuanto a la locación y al arrendamiento de los bienes dominicales, considerando a la locación o al arrendamiento como figuras privadas, se las rechaza, pero existen en cambio figuras de derecho público, en algún modo similares aunque no iguales, que son la concesión de uso y el permiso de uso; estas dos figuras administrativas son permitidas respecto de los bienes de dominio público; i) En cuanto a la medianería el particular colindante con un bien del dominio público no puede pedirle al Estado la cesión de la medianería, pero no ocurre lo mismo a la inversa, y así el

<sup>24</sup> MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 237 y ss.

<sup>25</sup> MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 261 y ss.

Estado puede pedirle la cesión de la medianería al particular colindante; j) En cuanto a las vistas y luces, o sea si se pueden tener vistas y luces sobre un bien del dominio público, se sostiene que sí, en cuanto ellas sean compatibles con la finalidad a que el bien sirve; nada impide tener vistas y luces sobre una plaza o jardines interiores en una manzana, pero cabría negar este derecho cuando se trata de una fortificación o construcción militar, pues puede haber entonces una necesidad de reserva que fundamente negar al propietario colindante el derecho de tener luces y vistas sobre la misma; en este caso debe indemnizarse.

### 9. Clasificaciones del dominio público

1) Según la formación o el origen de los bienes, se los clasifica en: naturales y artificiales. *Naturales* son los que están dados por la naturaleza, sin la intervención de la mano del hombre; *artificiales*, son los que han sido creados, construidos u organizados por la mano del hombre. Esta distinción que en principio pareciera no ser de trascendencia jurídica, tiene importantes consecuencias en cuanto a la afectación, pues ella es distinta en el caso del bien natural y del bien artificial.

2) En cuanto a la jurisdicción se puede hacer una clasificación en: Nacional, provincial o municipal; jurisdicción se refiere aquí a la regulación del uso de los bienes de dominio público.

3) En tercer lugar, para quienes sostienen que la titularidad es de un ente estatal y no del pueblo, se puede clasificarlo según el titular lo sea el Estado nacional, las Provincias, o las Comunas, pudiéndose agregar a esta clasificación el caso de las entidades descentralizadas del Estado.

4) Según su materialidad se puede clasificar en bienes “stricto sensu,” o sea objetos inmateriales y derechos, y bienes muebles e inmuebles.

5) Por último, según su conformación física o geofísica, se puede hablar de dominio público terrestre, marítimo, fluvial y aéreo, o también terrestre, hídrico, terrestre-hídrico (porque tanto el concepto de río como el de lago no abarca sólo el agua sino también el cauce, y entonces más que “hídrico” exclusivamente, es terrestre-hídrico) y aéreo.

### 10. La afectación al uso público<sup>26</sup>

La afectación es un hecho o acto del Estado en cuya virtud un bien queda incorporado al uso y goce de la comunidad. Es necesario distinguir entre *afectación* y *asignación de carácter público* a una cosa.

La asignación de carácter público está dada por el Código Civil, cuando en el art. 2340 enumera los bienes que son del dominio público, o sea determina la

<sup>26</sup> Ampliar en MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 151 y ss.; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 301 y ss.

naturaleza jurídica de estas cosas. En la afectación hay que distinguir dos casos: *a)* En primer lugar cuando se trata de *bienes naturales*, en que la afectación se produce ipso jure por la asignación de carácter público efectuada por la ley; el Código Civil al mismo tiempo asigna carácter público y *ministerio legis* afecta estos bienes naturales. *b)* En segundo lugar están los *bienes artificiales*, respecto de los cuales hay que hacer una sub-distinción entre los bienes artificiales existentes antes de la sanción del Código Civil (las calles, caminos, puentes, de entes estatales —o sea de la Nación, Provincias y Comunas— que ya estaban contruidos a la época en que se dicta el Código Civil) en que ocurre lo mismo que con los bienes naturales, es decir, que *la asignación de carácter público implica automáticamente la afectación*. En cambio los bienes creados o a crearse con posterioridad a esta asignación de carácter público requieren ya específicamente la afectación. La afectación entonces, en este último caso, puede ser por ley, por acto administrativo y por hecho administrativo.

Los requisitos de una afectación válida son:

1º) Asentimiento de la autoridad administrativa competente. Hay en esto tres elementos: *a)* Debe ser una autoridad administrativa, y no se admite que un particular pueda afectar un bien al dominio público; la sola voluntad de un particular es insuficiente. *b)* Dicha autoridad debe ser competente. *c)* El asentimiento que presta puede ser expreso (en caso de ley o acto administrativo), o implícito, en el caso del hecho administrativo. (Por ejemplo, se construye una calle, se la termina, se quitan las barreras que obstruían el tránsito y se la deja librada al uso público.) Si bien puede la afectación ser implícita, debe ser inequívoca, y no debe haber lugar a dudas de que la voluntad de la administración es afectar el bien al uso directo o indirecto de la comunidad.

2º) El segundo requisito para que la afectación sea válida, es que el bien que se afecta debe estar ya en poder del Estado por un título traslativo de dominio. Puede ser un título jurídico de derecho público, por ejemplo expropiación, o de derecho privado, por ejemplo compraventa, donación, cesión, etc.

3º) El tercer requisito es que el bien debe librarse al uso público en forma actual y efectiva, (o sea que debe ser puesto en uso, en función) *a) actual*. Se niega la posibilidad de una afectación futura o potencial; la mera adquisición de un inmueble y la declaración de que allí se va a realizar una obra que va a estar afectada al uso público, no implica afectación de ese inmueble al uso público; esa declaración es potencial, futura, y por lo tanto el bien no está incorporado al dominio público, ni se le aplica el régimen jurídico de la dominicalidad; es todavía un bien privado del Estado. Si la obra está en construcción, todavía no está tampoco afectada al uso público; pero esta regla tiene una excepción que surge de la misma jurisprudencia, y es que cuando se trata de un edificio que está ya

casi terminado y a punto de habilitarse, cabe entender que ya está incorporado al dominio público, a pesar de que en realidad la afectación en cuanto libramiento al uso público, todavía no ha sido efectuada.<sup>27</sup> *b) efectivo.* Debe estar puesto en forma tal que los habitantes puedan ya mismo *usar* del bien; no se requiere sin embargo que este uso efectivo sea por ejemplo ininterrumpido, continuado: Si libramos una plaza al uso público y nadie va a la plaza, eso no quita que esté incorporada al dominio público; lo que se exige es pues que el bien esté disponible y se pueda usar, aunque en realidad no se lo use. “Efectivo” quiere así decir en primer lugar que se pueda usar del bien, aunque efectivamente no se lo utilice y en segundo lugar que se use de acuerdo a la naturaleza del bien y de acuerdo a las regulaciones respectivas: por ejemplo, si es un museo, que se pueda entrar en los horarios al efecto reglamentados; no se podrá entonces decir que el uso no es “efectivo” porque el museo esté cerrado de noche.<sup>28</sup>

### *Sinopsis*

1. De acuerdo al artículo 2339 del Código Civil los bienes del Estado se clasifican en bienes del dominio público y bienes del dominio privado; a estas dos categorías no cabe agregar una tercera (“patrimonio indisponible”), pues sólo existe en la legislación italiana y de todos modos tendría un régimen jurídico similar al del dominio público. En la práctica, casi todos los bienes del Estado pertenecen a su dominio público.

2. De acuerdo al concepto corriente, es un conjunto de bienes que de acuerdo al ordenamiento jurídico pertenecen a una entidad estatal, hallándose destinados al uso público directo o indirecto de los habitantes.

3. El sujeto o titular del dominio público es una entidad estatal (Estado nacional o provinciales; entidades autárquicas, empresas del Estado); no puede serlo una persona no estatal, aunque sea pública.

4. El objeto del dominio público son los inmuebles, sus accesorios, los muebles, derechos (servidumbres públicas, derechos intelectuales), objetos inmateriales (fuerza hidráulica, espacio aéreo), y universalidades públicas.

5. El fin del dominio público es el uso directo (parques, plazas, caminos) o indirecto (a través de los servicios públicos) de la comunidad. En rigor, entonces, ningún bien del Estado deja de tener directa o indirectamente un fin de este tipo.

6. Las cosas que integran el dominio público lo hacen en virtud de disposiciones legales que las califican como tales; no hay bienes que sean “por su naturaleza” (bosques, ríos, mares) del dominio público, si no hay una norma que expresa o implícitamente lo disponga.

<sup>27</sup> Corte Suprema, *Fallos*, 121: 36.

<sup>28</sup> Ampliar en los autores citados en la nota 25.

7/8. Los caracteres del dominio público son su inalienabilidad e imprescriptibilidad. A raíz de ello son inembargables, inejecutables, etc. Sin embargo, se admiten las servidumbres públicas sobre bienes del dominio público, y también la expropiación de tales bienes.

9. Los bienes del dominio público se clasifican en naturales y artificiales; de jurisdicción nacional, provincial o municipal; bienes *stricto sensu*, muebles e inmuebles; terrestre, marítimo, fluvial y aéreo.

10. La asignación del carácter público a una cosa es la enunciación de la misma, por parte de la legislación, como pública; la afectación, que debe ser dispuesta expresa o tácitamente por una autoridad administrativa competente, implica librar el bien en forma actual y efectiva al uso público. En el caso de los bienes naturales, por excepción, la asignación de carácter público implica su automática afectación.