

Riva, Ignacio M. de la ; Guiridlian, Javier ; Coviello, Pedro

Régimen del dominio público

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Riva, I. M. de la, Guiridlian, J., Coviello, P. (2012). Régimen del dominio público [en línea]. En *Análisis del nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en:

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/regimen-dominio-publico-riva-guiridlian.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

RÉGIMEN DEL DOMINIO PÚBLICO

IGNACIO M. DE LA RIVA, JAVIER GUIRIDLIAN Y PEDRO COVIELLO

El propósito de este memorándum es acercar algunos comentarios preliminares relativos al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, el Proyecto) elaborado por la Comisión designada al efecto en cumplimiento de lo dispuesto por el decreto 191/2011, referentes, en particular, a las normas vinculadas a los bienes que integran el dominio público.

1. Comentarios introductorios

Por vía del Proyecto se busca un *aggiornamento* de los Códigos Civil y Comercial hoy vigentes. Se pretende así no sólo la unificación del tratamiento normativo de las dos ramas más importantes del derecho privado, sino además la homogeneización de aquellos institutos “comunes”, que en cuanto tales y al trascender una rama específica del derecho, son aplicables tanto a las relaciones jurídico-privadas como a las relaciones jurídico-públicas.

El dominio público aparece como uno de los institutos contemplados en el Código de Vélez Sarsfield, lo cual resulta pertinente en tanto dicho cuerpo legal debe sentar el régimen que hace a la determinación de la condición jurídica de los bienes en general, sin perjuicio de la ulterior regulación en el orden local de los posibles usos cuando se trate de bienes de carácter público.

Si bien la exposición de los fundamentos del Proyecto no brinda mayores precisiones en lo referente al dominio público, sí anticipa el propósito de sus redactores de superar el criterio patrimonialista imperante, para hacer hincapié en la funcionalidad (individual y/o social) que pueden alcanzar los bienes, más allá de su valor económico. En línea con tal premisa, el texto proyectado introduce como nuevas categorías a las siguientes:

- derechos de propiedad comunitaria de los pueblos originarios.
- derechos sobre el cuerpo humano y sus partes.
- derechos de incidencia colectiva.

Aun cuando no se trata de figuras directamente relacionadas con el dominio público, conviene destacar la cercanía que exhiben con dicho instituto las enunciadas en primero y último lugar. Se trata, en ambos casos, de categorías inauguradas por la reforma constitucional de 1994 (ver sus artículos 41 a 43, y 75 inciso 17, de la Constitución Nacional), razón por la cual entendemos oportuno que la reforma del Código Civil proyectada se haga cargo de reglamentarlas.

Es de lamentar, no obstante, que no se aproveche la oportunidad para dejar zanjada definitivamente la cuestión atinente al contenido y alcance precisos de ambas categorías, dado el disenso doctrinal que existe a su respecto.

2. Delimitación del dominio público

De acuerdo a las enseñanzas del Ballbé en España, replicadas luego por el maestro Marienhoff en el ámbito de nuestro país, para que exista dominio público deben darse en simultáneo cuatro presupuestos: el objetivo, que refiere a aquello que puede ser materia de dominicalidad; el subjetivo, que se vincula con el sujeto al cual dicha categoría de bienes puede pertenecer; el teleológico, señalado por Hauriou como la piedra de toque del instituto, el cual involucra el destino de uso público que justifica la condición dominial del bien; y el normativo, por el cual para que el bien sea público debe haber merecido una “unción” en dicho sentido por parte del legislador, a través de una disposición legal que haya asignado al bien su condición dominial.

El Código Civil vigente satisface el elemento normativo a partir de la enumeración de los bienes que han de reputarse públicos (ver su artículo 2340). De manera análoga, el Proyecto adopta una metodología enunciativa para delimitar los bienes que integran el dominio público.

En tal sentido, su **artículo 235**, a lo largo de siete incisos, enumera cuáles “*son los bienes pertenecientes al dominio público*”. El encabezamiento del precepto deja en claro, no obstante, que no se trata de una enumeración taxativa (según establece la norma, la misma rige “*excepto lo dispuesto por leyes especiales*”).

Resulta interesante hacer un repaso de los supuestos comprendidos en el citado artículo 235 y cotejarlos con el artículo 2340 hoy en vigor.

El **inciso a)** del artículo 235 del Proyecto refiere al “*mar territorial*” (emplea, acertadamente, la voz en singular, contra el plural utilizado por el inciso 1° del la norma correlativa del Código). Para delimitar su extensión remite a “*la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial*”, redacción que también estimamos superadora de la plasmada en la norma actualmente vigente, que omite toda referencia a los tratados internacionales, pese a su innegable relevancia para el tema.

El **inciso b)**, que alude a las bahías, ensenadas, puertos, ancladeros y playas marítimas, nos merece dos reparos.

El primero es de orden gramatical. La norma define la extensión de las playas a través de su identificación con “*la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales*”. El criterio resulta apropiado, pero para una mayor claridad sería necesario intercalar el término “*respectivamente*” entre las voces “*desocupan*” y “*durante*”.

La segunda observación es más de fondo. En lo que hace a los puertos y ancladeros, a fin de armonizar la norma proyectada con el régimen de los puertos contenido en la ley 24.093 (artículo 7, inciso 1), debió dejarse a salvo que aquéllos de titularidad de los particulares quedan excluidos del dominio público.

El **inciso c)** de la disposición comentada engloba los ríos, los lagos navegables y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendidas las subterráneas. Se fusionan, de este modo, los incisos 3° y 5° del actual artículo 2340. El inciso proyectado se detiene a aclarar que por río debe entenderse el agua, las playas y el lecho por donde corre, lo cual justifica la eliminación del actual inciso 4° de la norma correlativa, que aludía a “*las playas del mar*” (en el Proyecto mencionadas en el inciso “a”) y “*las riberas internas de los ríos*” (de las que ahora se ocupa el inciso “c” bajo examen). El enfoque metodológico adoptado a este respecto redundante, así, en un texto más simple y armónico.

También suscita beneplácito el hecho de que la norma proyectada fije un criterio unívoco para trazar la línea de ribera de los ríos, haciéndola coincidir con “*la crecida media ordinaria en su estado normal*”. Aun cuando se observa cierta redundancia en la redacción (hubiera bastado con hacer referencia a “*la crecida media ordinaria*”), lo cierto es que la solución propuesta permitiría superar las dificultades que genera actualmente, sobre este punto, la discordancia existente entre los artículos

2340, inciso 4° -que equipara las riberas internas de los ríos con “*la extensión de tierra que las aguas bañan o desocupan durante las altas mareas normales o las crecidas medias ordinarias*”- y 2755 del Código Civil -que señala como límite de los ríos el que resulta de “*las más altas aguas en su estado normal*”- (el énfasis nos pertenece).

El **inciso d)** reproduce, sin cambios sustanciales, el inciso 6° del artículo 2340 vigente, referido a las islas, excluyendo del dominio público aquellas que pertenezcan a particulares.

Como es sabido, tal redacción es fruto de la reforma introducida al Código Civil por la ley 17.711, y ha dado lugar a una fuerte crítica por parte de la doctrina, que viene propiciando desde entonces la conveniencia de asignar a las islas el carácter de bienes del dominio privado (sea del Estado o de los particulares, según el caso), en línea con la tendencia que se observa en el derecho comparado. Tal postura guarda, por otra parte, sintonía con la flexibilidad con que la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de adquirir la propiedad sobre las islas por vía de usucapión.

En cuanto al **inciso e)** del Proyecto, referido a los bienes que integran el llamado dominio público artificial, se ha mantenido sin cambios la redacción del inciso 7° del artículo 2340 del Código Civil. Hubiera sido, a nuestro juicio, una buena ocasión para incorporar a los cementerios públicos, máxime cuando el Proyecto se ha detenido a regular expresamente los cementerios privados (artículos 2103 y siguientes), a los que califica como de propiedad privada (artículo 2103).

Finalmente, los **incisos f) y g)** del artículo 235 del Proyecto hacen mención, respectivamente, a los documentos oficiales del Estado y a las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos, con una redacción más breve y precisa a la contenida en los incisos 8° y 9° del artículo 2340 del Código Civil.

Para completar (por exclusión) el alcance del dominio público, cabe hacer un breve comentario al **artículo 236** del Proyecto, que enumera los bienes del dominio privado del Estado, tal como hasta la fecha lo hace el artículo 2342 del Código Civil.

Su inciso a) mantiene la mención a los inmuebles que carecen de dueño, con una redacción más abreviada que el actual inciso 1°, que hace que la norma gane en claridad.

También el inciso b) respeta la referencia del inciso 2° vigente, referido a las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas y sustancias fósiles. A nuestro entender, por razones metodológicas, sería aconsejable su eliminación, de modo de evitar cualquier posible desinteligencia con el Código de Minería, texto específicamente concebido para establecer el régimen de tales bienes.

El inciso c) introduce una novedad que debe ser bienvenida, al incluir a los lagos no navegables que carecen de dueño como bienes del dominio privado del Estado. De esta forma se suple una omisión del Código Civil, que guarda silencio acerca del status jurídico de los lagos no navegables, dejando así abierta la cuestión a disputas doctrinarias. El precepto proyectado, al sentar expresamente la condición de los lagos no navegables “*que carecen de dueño*”, despeja cualquier duda acerca de la posibilidad de que los particulares puedan ser titulares del dominio de ese tipo de espejos de agua.

El inciso d) del Proyecto refiere a “*las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros*” (estos últimos posee su propio régimen), una versión *aggiornada* y más precisa del inciso 4° del artículo 2342 del Código Civil, que alude a “*bienes vacantes o mostrencos, y los de las personas que mueren sin tener herederos*”.

Finalmente, el inciso e) incorpora a la enumeración de bienes privados del Estado, genéricamente, a “*los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título*”, sentando así un criterio residual que guarda sintonía con el carácter restrictivo que corresponde asignar al alcance del dominio público. El supuesto se halla contemplado en la última parte del artículo 2342, inciso 4°, del Código Civil, y se condice con la regla conforme a la cual, en principio, los bienes adquiridos por el Estado (en cualquiera de sus formas) pertenecen a su dominio privado, y sólo por excepción (en tanto una norma legal así lo disponga) a su dominio público.

Vemos saludable la eliminación, en el Proyecto, de los restantes casos previstos en el inciso 4° del artículo 2342 del Código Civil, que hace referencia a “*los muros, plazas de guerra, puentes, ferrocarriles y toda construcción hecha por el Estado o por los Estados...*”. Semejante disposición

guarda una dudosa coherencia con el inciso 7° del artículo 2340 del mismo cuerpo, que pareciera incluir esos mismos bienes dentro del dominio público del Estado.

3. Notas inherentes al régimen del dominio público

Una novedad destacable del Proyecto es que se detiene a consagrar de manera expresa las notas que la doctrina ha tradicionalmente predicado como inherentes y estructurantes del régimen jurídico exorbitante de los bienes dominiales.

En efecto, el **artículo 237** del cuerpo legal proyectado establece que *“los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles”*. En el Código Civil, los preceptos que permiten reconstruir la vigencia de tales notas se encuentran diseminados a lo largo de su articulado, lo cual exige un esfuerzo de interpretación tendiente a su armonización.

Se trata, pues, a nuestro juicio de un cambio metodológico que brinda mayor claridad del régimen troncal de los bienes del dominio público.

Es de lamentar, por el contrario, que la norma parcialmente transcrita haya sentado tales principios en términos absolutos, sin dejar a salvo que –como lo ha venido destacando de manera constante la doctrina especializada– las restricciones impuestas por dichas notas sólo rigen en cuanto respecta a los negocios jurídicos propios del tráfico privado, pero no impiden la celebración de otras transacciones sujetas al derecho público en tanto resulten compatibles y respetuosas de la finalidad que llevó a asignar al bien público su condición de tal.

La parte final del precepto establece que *“las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales”*. Con tal redacción, un tanto imprecisa (habría sido más adecuado referirse a *“todas las personas”* o, mejor aún, a *“todos los habitantes de la Nación”*), la norma ha querido destacar el destino de uso común propio, como regla general, de todos los bienes del dominio público, y la sujeción de las condiciones de dicho uso *“a las disposiciones generales y locales”*.

La disposición resulta confusa también a este último respecto, ya que no deja en claro cuándo el uso de los bienes en cuestión estará regido por el régimen *“general”* (¿habrá querido decirse *“nacional”*?), y cuándo estará sujeto a las normas de índole local. Más aún, en nuestra opinión, dada la condición pública de los bienes alcanzados, la norma debió haber enfatizado el carácter local del régimen que ha de gobernar su uso, sin perjuicio del respeto de la normativa de derecho privado, en lo que hubiere lugar.

En lo que hace a la prohibición de adquirir por usucapión los bienes del dominio público, la doctrina infiere tal consecuencia de lo dispuesto en el artículo 4019 del Código Civil, el cual se limita, en rigor, a establecer la imprescriptibilidad (liberatoria) de la acción de reivindicación de las cosas que se encuentran fuera del comercio. A este respecto, el Proyecto hace extensiva tal imprescriptibilidad a las acciones reales articuladas contra toda clase de bienes, sin distinción alguna, más allá de lo que corresponda en materia de prescripción adquisitiva (ver su **artículo 2247**).

4. Otras disposiciones relativas al dominio público

El Proyecto contiene otras normas que completan, respecto de algunos temas puntuales, el régimen de los bienes del dominio público, o que tienen al menos incidencia indirecta sobre el régimen que se aplica a tales bienes.

4.1. En primer lugar, su **artículo 239** se ocupa de las aguas que surgen en los terrenos de los particulares, para declarar que las mismas, en tanto no formen cauce natural, serán del dominio de los titulares del predio, sin perjuicio de las limitaciones a que hubiere lugar por razones de interés público (lo que a la postre constituye la consecuencia del carácter relativo que todos los derechos asumen).

Se trata de una disposición que podría generar algún conflicto de interpretación con la establecida en el artículo 235, inciso c), del mismo Proyecto, según la cual integran el dominio público “*los ríos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos navegables y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas...*” (el énfasis nos pertenece).

En definitiva, cuando se trate de aguas que surgen de terrenos de los particulares y que no corran por cauces, pero que tengan aptitud para satisfacer usos de interés general, la contraposición entre ambas normas no deja en claro si pertenecerán al titular del terreno o pasarán a integrar el dominio público.

4.2. Otra de las innovaciones dignas de mención viene dada por la introducción de una disposición que contempla específicamente la situación de los bienes del dominio de los particulares, afectados de manera directa a la prestación de un servicio público, para establecer a su respecto que el poder de agresión de los acreedores no puede perjudicar la prestación del servicio (ver el **artículo 243** del Proyecto).

Se trata, pues, a nuestro juicio, de una norma saludable, ya que deja en claro que no es necesario apelar a la categorización de tales bienes como integrantes del dominio público como único camino para dejarlos a salvo de los acreedores del titular privado de tales bienes.

4.3. Otra novedad relevante que introduce el Proyecto es la incorporación del derecho real de superficie (**artículo 2114** y siguientes), absolutamente vedado en el marco del Código Civil en su versión original (artículo 2614), sin perjuicio de la apertura que supuso la reforma llevada a cabo por la ley 25.509, que lo contempló para las plantaciones.

Esta incorporación contribuirá a fomentar la participación público-privada en emprendimientos públicos, en tanto la posibilidad de asignar carácter privado al dominio sobre las construcciones resultantes dará cabida a nuevas modalidades de financiación, a permitir constituir gravámenes sobre esos mismos bienes.

4.4. A su turno, el **artículo 2267** del Proyecto designa a los sujetos con aptitud (legitimación) para requerir la demarcación de límites divisorios entre inmuebles. Al respecto, para el caso de que el bien lindero pertenezca al Estado, la norma distingue según se trate de un bien del dominio privado o público estatal, correspondiendo a la jurisdicción administrativa cuando sea dominial.

El precepto reconoce, así, un privilegio a favor del titular del bien dominial en lo que hace a su deslinde, en línea con la doctrina dominante.

4.5. Finalmente, entendemos pertinente hacer alguna mención al régimen de propiedad comunitaria indígena, en tanto se presenta como una especie de propiedad que cabe ubicar en un estrato intermedio entre la dominialidad y el dominio privado, toda vez que aun cuando se encuentra en cabeza de sujetos privados, participa de algunos de los caracteres del dominio público (v. gr., su imprescriptibilidad, a tenor del **artículo 2032** del Proyecto; o el hecho de no ser susceptible de ser gravada con derechos reales de garantía, ni embargada o ejecutada por deudas, según resulta de su **artículo 2034**).

Queda en claro, así, que los derechos de propiedad comunitaria de los pueblos originarios vendrían a configurar un nuevo género de dominio, estructurado sobre dos elementos distintivos: el subjetivo, puesto que el titular de dicho derecho real en cuestión resulta ser de carácter plural (la “*comunidad indígena*” que hubiese sido registrada como persona jurídica, según el **artículo 2029**); y el teleológico o finalista, ya que sólo serán susceptibles de integrar dicha modalidad de dominio los bienes que se encuentren destinados a “*la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas*” (**artículo 2028**).