

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

ESCUELA DE GRADUADOS

MAGISTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL.

Tesis:

“EL DOMINIO PÚBLICO, SU DESAFECTACIÓN”



SARA COOPA ALMERCÓ

19847603

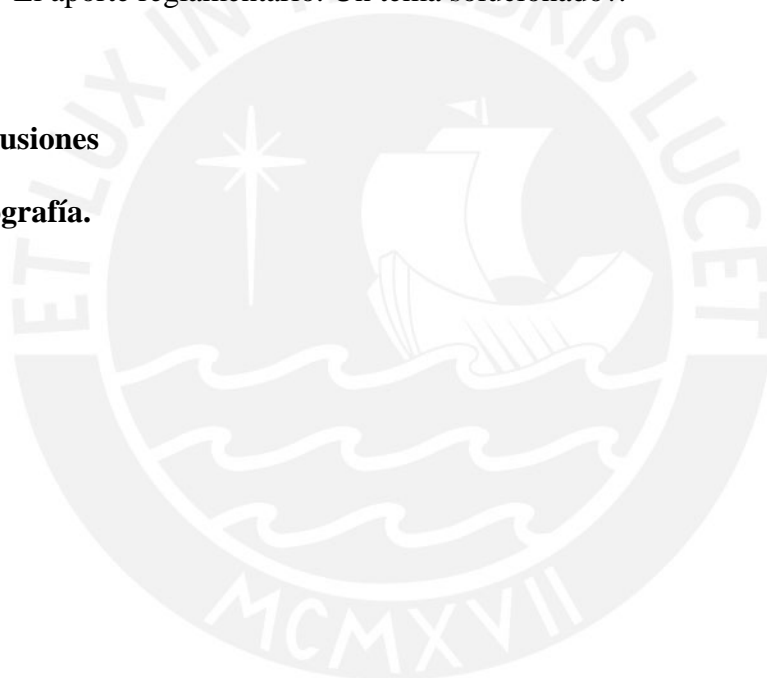
Agosto-2004

EL DOMINIO PÚBLICO, SU DESAFECTACION

INTRODUCCION:	1
CAPITULO PRIMERO: DOMINIO PÚBLICO	
1.1 Concepto	6
1.2 Evolución Jurídica de la cuestión	13
1.3 Cuestiones Relativas al Dominio Público	17
1.3.1 Naturaleza Jurídica: Titularidad	18
1.3.2 Importancia de la finalidad frente a la declaración	27
1.4- Características del Dominio Público	32
1.4.1 Inalienabilidad	33
1.4.2 Inembargabilidad	37
1.4.3 Imprescriptibilidad	40
1.5- Actos de Disposición de la administración referentes al Dominio Público	44
1.5.1 El Permiso	48
1.5.2 La Concesión.	50
 CAPITULO SEGUNDO: LA AFECTACION, SU IMPORTANCIA EN EL DOMINIO PUBLICO	 52
2.1 Concepto	53
2.2 Naturaleza Jurídica	58
2.2.1 Bienes Naturales/ Bienes Artificiales	58

2.2.2	Afectación: Acto o Hecho	63
2.3	Clases o formas de afectación	65
2.4	Afectación como criterio diferenciador y clasificador	67
2.4.1	Diferenciación de bienes en público y privado	67
2.4.2	Clasificación en bienes de uso y servicio público	72
 CAPITULO TERCERO: LA DESAFECTACION.		 80
3.1	Concepto	81
3.2	Clases o Formas	84
3.2.1	Desafectación formal o Expresa	85
3.2.2	Desafectación por Hechos. Implícita	88
3.2.3	Desafectación Tacita o Presunta	90
3.3	Órgano Competente.	95
3.4	Efectos de la desafectación.	98
3.4.1	En la demanialidad y/o titularidad	99
3.4.2	En la naturaleza del bien.	100
3.4.3	Frente a Terceros	101
3.5	Desafectación. ¿Cese de la demanialidad?	104
 CAPITULO CUARTO: TEMAS REFERENTES AL DOMINIO PUBLICO EN EL PERU.		 109
4.1	Políticas de Administración de bienes Públicos.	
	Marco normativo	109

4.2	El dominio público en la legislación. HOY	114
4.2.1	Innovaciones del Reglamento de Administración de Propiedad Estatal. D.S. 154-2001/EF	114
4.2.2	Normas Municipales	125
4.2.3	Normas referentes a razón del proceso de Regionalización y competencia de las regiones	131
4.3	Análisis de proyectos de leyes pendientes en Congreso. Propuestas legislativas.	132
4.4	El aporte reglamentario. Un tema solucionado?.	139
	Conclusiones	145
	Bibliografía.	150



INTRODUCCION

El “Dominio Público” constituye a nuestro entender un término antiguo y de igual manera muy usado pero paradójicamente ha sido por varias razones escasamente usado como objeto de estudio en nuestro país, a nuestro entender producto una vez más de la falta de decisión de los gobiernos en la reforma y modernización del Estado, por sus implicancias y consecuencias.

Dicho término suele ser asociado en su acepción más general al de “Estado”, lo “público”, el “uso común” y con los “bienes”; pero respecto a que es o que lo compone (naturaleza); no existe un marco doctrinario en nuestro país en contraposición a otros países donde se manifiesta en forma clara cuando estamos ante un bien dominial con las correspondientes consecuencias de dicha declaración para la administración pública; Y por ende de otro lado, desde el punto de vista normativo encontramos tan solo un marco constitucional que no dice mucho al respecto y ciertas normas diseminadas que en algunos casos decretan la calidad de bien dominial y en otros han ocasionado inexactitudes jurídicas; pero como la realidad suele desbordar a la norma, el hecho es que las acreencias pendientes de pago de parte del Estado así como el uso eficiente de sus bienes hacen que hoy dichos vacíos e incongruencias manifiesten la URGENCIA de la norma que legisle respecto al tema y por ende, en

forma integral resuelva el tema de la dominialidad en la administración de la Propiedad Estatal y en especial de los bienes del dominio público dada la naturaleza de sus fines.

Un ejemplo de esta situación lo constituyen los Aportes Reglamentarios, bienes a nuestro entender pertenecientes al dominio público pero que al no tener una plasmación normativa (declaración legal) vienen siendo materia de tratamiento incoherente e inexacto (inexactitudes que en modo alguno han sido revalorados con las modificaciones e innovaciones que han traído las normas locales ni regionales) trayendo como corolario imposibilidades jurídicas amparadas por la misma administración de justicia; la situación se agrava por demás, si tomamos en cuenta que existe un vacío sobre lo que se entiende por dominio público.

Por ello, sabedores de la existencia de un proyecto de Ley que legisla sobre los bienes del Estado y por ende sobre el dominio público, se pretende por medio de la presente investigación a la luz del derecho comparado, sentar los parámetros de diferenciación entre los bienes de dominio público y privado; arribar al concepto del dominio público bajo la figura de la afectación y a partir de ahí, recoger la figura de la desafectación con la finalidad de concederle a la administración, la posibilidad de disponer de dichos bienes dentro de un ordenamiento jurídico coherente y sistemático. Asimismo, se pretende acabar con la contradicción entre realidad y normatividad (no eficiente), para lo cual el presente estudio aspira ser el soporte jurídico a los contenidos de la Ley del Sistema de Bienes del Estado en materia demanial.

Es cierto que resulta eficiente pensar en la mejor administración de los bienes de dominio público, con los cuales el Estado pueda dar cumplimiento a sus funciones para con la comunidad, pero ello no puede representar que se mantenga un pluralismo de conceptos, es por ello que rescatando la esencia misma de la mejor disposición de dichos bienes, se plantea la desafectación para dar coherencia al tema y posibilitar el uso eficiente de dichas áreas. Lo cual definitivamente tendrá implicancia en el cumplimiento de las deudas del Estado.

*Siendo escaso el tratamiento dado en nuestro país al tema dominial, resulta necesario el acceso al derecho comparado, encontramos de tal forma, abundante doctrina europea en España y Francia; En América, casos especiales como Argentina, Panamá, México y Colombia en donde de igual manera dentro del campo del Derecho Administrativo existe un tratamiento riguroso respecto al tema; tan es así que en dichos países existe un sistema de normas concordadas sobre los bienes del Estado denominados **Códigos Fiscales** en la mayoría de ellos (Chile y Panamá); y siendo que el concepto de bien perteneciente al dominio público esta presente mientras se mantenga la finalidad o destino del predio (Colombia y Uruguay).*

De otro lado, siendo que proponemos la inclusión de las áreas de aporte reglamentario dentro del Régimen Jurídico del Dominio Público y por ende la decisión eficiente de la desafectación como posibilidad de disponer de dichos bienes que pierden la calidad de tales; consideramos imprescindible conocer que es lo que constituye un bien demanial, por ende en el primer capítulo se revisará lo que el derecho comparado entiende por demanio, sus elementos y los actos propios de la administración, los problemas

respecto a su naturaleza jurídica y sus características a fin de arribar a la construcción de su concepto.

Ello nos permitirá ingresar a la discusión sobre “titularidad” o “administración” respecto a los bienes dominiales y la revisión de la teoría sobre su naturaleza jurídica, para ello recurriremos por un lado a lo señalado por la doctrina Juspublicista, mediante la cual se sostiene que el Estado solo ejerce respecto a los bienes del dominio público “uso y disfrute” en calidad de delegación por lo que niega la titularidad al Estado con relación a dichos bienes, asignándole la calidad de administrador de los mismos, siendo por ende una concepción más garantista o reservada respecto a la disponibilidad del dominio común, impidiéndose por ende que por medio de la desafectación se pueda disponer de dichos bienes; y de otro lado, la tendencia que opta por la definición positiva o legal del dominio publico mediante la designación expresa en la constitución o en la Ley, considerando al Estado como titular de los mismos y con la capacidad de suprimirle la calidad de bien dominial cuando así se amerite para el mejor uso de los mismos. En este caso tangencialmente se tocará lo absoluto del derecho de propiedad lo cual nos permitirá adentrarnos en la disquisición si a la fecha el concepto de propiedad civil debe dar paso al de propiedad administrativa o social.

Revisaremos la teoría formulada por el tratadista español Ramón Parada; quien apartándose del concepto de titularidad considera que lo más importante en el tema “dominio público” es el interés, la utilidad, el fin publico (es decir en términos concretos afectación a ese uso o servicio publico) postulando además, que ante la inexistencia de dicha finalidad y/o afectación ya sea en forma artificial o natural

operaría la desafectación. Teoría que seguiremos a fin de llegar a la hipótesis planteada.

El segundo capítulo, parte de la premisa de la importancia de la afectación en la construcción del dominio público, por ello nos dedicamos en el capítulo a desarrollar su tratamiento (siempre en el derecho comparado), las formas de manifestación, lo que se entiende por su naturaleza jurídica y sobre todo las consecuencias en la diferenciación y clasificación de los bienes estatales.

En el tercer capítulo se encuentra la parte central de nuestro estudio, la Desafectación como el procedimiento por el cual un bien deja de pertenecer al Demanio y por ende deviene en legítima su transferencia, así como las consecuencias de la misma para el bien, la administración y terceros, si los hubiera.

Finalmente, luego de revisar el tema del dominio público y la afectación con su correspondiente desafectación como contrapartida como tema central, en el cuarto capítulo nos avocamos al tratamiento del tema en nuestro país, con todas las imperfecciones, limitaciones, vacíos y contradicciones; para lo cual se hará uso de la revisión de nuevas normas aprobadas al respecto y las que se encuentran en calidad de proyectos, para terminar plasmando todo lo señalado en la solución del problema del aporte reglamentario, como ejemplo del tratamiento del dominio público en el país.

De tal manera, se arribará a conclusiones que estarán señaladas en la última parte del trabajo.

CAPÍTULO PRIMERO: DOMINIO PÚBLICO

1.1 CONCEPTO

*Antes de introducirnos al concepto propio, resulta necesario recordar que etimológicamente, el término **dominio** deviene de las palabras **DOMUS** = casa y **DOMINIUS** = señor de la casa.*

El Diccionario de la Real Academia Española, lo define como “el poder que uno tiene de usar y disponer libremente de lo suyo”, definición bastante general pero que servirá de introducción a mas de una interrogante en el presente capítulo.

*Terminológicamente, la expresión **Dominio** o **Demanio** (tomado del derecho italiano) deviene del Francés **DOMAINE** y del Latín **DOMINIUN** y cuando es usado sin adjetivación alguna, se entiende referido únicamente al **DOMINIO PUBLICO**; es por ello que en adelante y a lo largo del trabajo, se hará uso en forma indistinta de los términos **Dominio** o **Dominio Público** o **Bienes Públicos** (en el entendido que están referidos a bienes).*

*La doctrina ha ensayado distintos criterios para llegar a una determinada noción conceptual del dominio público, se ha usado indistintamente el término dominio público, pudiendo encontrarse en el sistema español y mexicano términos como “bienes dominiales” o “bienes dominicales”; términos que se refieren al dominio público siguiendo a **MARIENHOFF**¹.*

*A diferencia del Derecho Italiano, la noción conceptual del dominio público no tiene carácter legislativo; su construcción es de carácter netamente doctrinario y en todo caso jurisprudencial; a este respecto **PARADA**² señala luego de revisar el sistema Francés “que la jurisprudencia francesa ha terminado por definir el dominio público en función a la existencia del requisito de la **AFECTACION** del bien a un uso o servicio público y de una circunstancia añadida; que el bien ostente una especial adaptación al fin del uso o servicio, porque así se desprende de su misma naturaleza o porque haya sido objeto de una remodelación o tratamiento especial para servir aquella finalidad pública”.*

*Creemos que el concepto es producto de una evolución concordante a la historia, no es en todo caso un concepto moderno aunque algunas modalidades excepcionales se van descubriendo en su evolución jurídica. Así, podemos afirmar que la doctrina no es coincidente respecto al tema. Tratadistas españoles como **ALVAREZ GENDIN**³ la definen como: “Una forma de propiedad especial privilegiada de los entes públicos, afectada a la utilidad pública, al servicio público o al interés nacional y entre tanto no sujeto a la alienabilidad o prescriptibilidad”.*

¹ **Marienhoff, Miguel.** Tratado de Derecho Público. Ediciones Tipográficas. Buenos Aires. Argentina 1960. Pág. 32

² **Parada, Ramón.** Derecho Administrativo Tomo III. 4ta Edición. Madrid. 1991. Pág. 37.

³ **Alvarez Gendin, Sabino.** El Dominio Público. Su Naturaleza Jurídica. Casa Editorial Bosch. Barcelona 1945. Pág.41 y ss.

Para **BALLBE**⁴ es la “Institución del Derecho Público que rige las cosas objetivamente de cualquier clase, que correspondiendo su titularidad a una persona jurídico pública, se hayan directamente destinadas a sus funciones”, *agregando además que es* “el conjunto de bienes de propiedad del Estado (lato sensu) afectada por Ley al uso directo o indirecto de los habitantes”, *mientras que para GARRIDO FALLA*⁵ es “la sumisión al régimen de dominio público de la totalidad de los bienes afectos al funcionamiento de los servicios públicos o al uso público”.

De otro lado, los tratadistas argentinos han desarrollado de igual manera, diferentes conceptos referidos a las cosas del Dominio Público, en tanto recogieron la denominación “cosas” de la legislación Italiana; **BIELSA**⁶ por ejemplo, entiende el Dominio Público como “el conjunto de cosas afectadas al uso directo de la colectividad referida a una entidad administrativa de base territorial destinados al uso público de los administrados y que como tal, no son susceptibles de apropiación privada” *con lo cual deja de lado a los bienes que no prestan un uso directo como por ejemplo un edificio destinado a local de una determinada entidad pública, lo cual podría ser materia de opinión en contrario para otros ordenamientos; como por ejemplo BASAVILBASO*⁷ quien dice entender el Dominio Público como “la suma de bienes pertenecientes a personas jurídico-públicas, afectados al uso directo o indirecto de los habitantes”, y **MARIENHOFF**⁸ es el “conjunto de bienes que de acuerdo al ordenamiento jurídico, pertenecen a la comunidad política - pueblo -, encontrándose destinados al uso público directo o indirecto de los habitantes”.

⁴ **Ballbé Prunes, Manuel**. Concepto del Dominio Público. Barcelona. Bosch. 1945. Pág. 7 y sig.

⁵ **Garrido Falla, José**. Tratado de Derecho Administrativo. 5ta Edición. V. II. Madrid. 1977. Instituto de Estudios Políticos. Pág. 474.

⁶ **Bielsa, Rafael**. Estudios de Derecho Administrativo 5ta Ed. Tomo III.. Editorial La Palma. B.A. 1956. Pág. 183

⁷ **Villegas Basalvibaso; Benjamín**. Derecho Administrativo. Pág. 98 y ss.

⁸ **Marienhoff, Miguel**. Ob Cit. Pág. 141.

De ello podemos colegir, que el Dominio Público responde a necesidades sociales y a los bienes que lo integran, siendo instrumentos con los que se satisfacen requerimientos colectivos de parte de entes administrativos, en donde el órgano público administrativo resulta por de más importante.

WASHINTONG LANZIANO⁹ (autor uruguayo que ha desarrollado el tema en su país), acota: “la expresión bienes públicos alude inexorablemente a una clase de bienes que está amalgamada a un derecho de propiedad que no puede tener por titular a cualquier persona sino exclusivamente al Estado o alguna persona pública institucional, pero cuyo destino es siempre el uso directo del público”. Agregando además¹⁰, “la definición de dominio público depende de cada ordenamiento jurídico en particular, cuyo concepto depende de la voluntad del legislador, siendo que sin la existencia de la Ley que le sirva de fundamento, ningún bien o cosa tendrá carácter dominial”.

Asimismo, encontramos en el estudio realizado por el mismo autor, comentarios a la doctrina francesa sobre la materia; recogiendo a autores como HAURIOU y BONNARD; para quienes el Dominio Público es entendido como “el conjunto de propiedades administrativas afectadas actualmente a la utilidad pública, sea al uso directo del público, sea por decisiones administrativas, y que a consecuencia de ésta administración, son inalienables, imprescriptibles y protegidos por las reglas de la comunicación”; “el dominio público se encuentra formado por dos categorías, los bienes afectados al uso de todos y los bienes afectados a los servicios públicos”.

⁹ Lanziano, Washington. Estudios de Derecho Administrativo. Uruguay. 1993. Pág.80

¹⁰ Ibid; ob Cit. Pág. 72

DROMI¹¹ considera el Dominio Público como “un concepto jurídico cuya existencia depende de la voluntad del legislador, sin ley que le sirva de fundamento, ningún bien o cosa tendrá carácter dominical”; **PAREJO**¹² por su parte considera que “el dominio público, antes que un conjunto de bienes lo que representa es un soporte jurídico de potestades: un título jurídico de intervención que lo que permite es que la administración titular esté en posición jurídica hábil para disciplinar las conductas de quienes utilicen las cosas calificadas como públicas, ordenándolas de acuerdo con las exigencias de los intereses generales”.

Para los colombianos como **CARLOS PAREJA**¹³ “los bienes de Dominio Público son los destinados a un servicio público o uso público”...; mientras que para **JAIME VIDAL PERDOMO**¹⁴ “el único criterio que se utiliza para calificar un bien de dominio público, es su uso por todos los habitantes de un territorio, sin que la destinación a servicios públicos que figura en el Derecho Francés se mencione en el nuestro”, acota el autor.

EUGENIO CASTAÑEDA¹⁵ (autor peruano) señala: “Son bienes de dominio público aquellos que están destinados o afectados a un servicio de utilidad pública. Dicha afectación puede resultar de la naturaleza misma de los bienes como el mar y el río, o de la Ley (expresión de la administración pública, como por ejemplo los edificios públicos)”.

¹¹ **Dromi, José Roberto.** Manual de Derecho Administrativo. Buenos Aires. Tomo II. 1987. Astrea. Pág 479

¹² **Parejo Gamir, Roberto.** Lecciones de Dominio Público. Editorial ICAI. Madrid. 1975..Pág. 7 y ss

¹³ **Pareja Carlos.** Derecho Administrativo. Pág 98.

¹⁴ **Vidal Perdomo, Jaime.** Derecho Administrativo General. Pág. 469

¹⁵ **Castañeda, Jorge Eugenio.** Los derechos Reales. 4ta Ed. Tomo I. 1973. Pág. 49

*GARCIA MONTUFAR*¹⁶ considera en su trabajo sobre afectaciones en uso que “existe dominio público cuando el bien se considera parte integrante del Estado, el que lo administra para el logro de un fin público, protegiéndolo con un régimen especial (derecho público)” *administración que para el autor es facultad propio del derecho de propiedad que detenta el Estado, pero propiedad entendida desde el campo del derecho público, como se desarrollará más adelante.*

De toda esta gama de conceptos (que no pretende ser taxativa, sino simplemente demostrativa de las diferentes opiniones de juristas de ordenamientos igualmente diferentes sobre el Dominio Público), se pueden observar una serie de semejanzas y diferencias sobre el tema; pero en primera instancia son muestra del interés de la doctrina en el tema; opiniones que contienen conceptos que pueden encontrar similitud en algunos casos así como diferencias; observamos de igual modo que algunas veces se pone énfasis en la titularidad y otras encontramos dicho énfasis sobre el dominio público en sí llamado también “demanio” o “demanialidad” para determinar su existencia en el uso o función que realiza dicho bien (importante para el ordenamiento argentino quien sigue los lineamientos del derecho italiano) y de otro lado el tema de la Afectación (tema central del demanio en el ordenamiento español por la influencia del Derecho Francés). Mientras que para otros la importancia radicaría en diferenciar el tipo de uso que se hace de determinado bien y de parte de quien para determinar cuando estamos frente a un bien dominial.

Una de las consecuencias de las definiciones dadas nos llevarían a afirmar desde ya que respecto a los bienes que se encuentran bajo el ámbito del Dominio Público, no-

¹⁶ **García Montufar Sarmiento, Guillermo.** La Afectación en Uso Mobiliaria. En Tesis de la PUC. 1982. Pág. 41.

solo están destinados al uso Público sino también al servicio público, como es el caso del ordenamiento jurídico español y la mayoría del Derecho Comparado a excepción del Ordenamiento jurídico Uruguayo donde los bienes destinados a un servicio público no tienen calidad dominial.

Asimismo, se desprende que el dominio público se encuentra referido a BIENES y no solo a COSAS; por cuanto siendo las cosas susceptibles de valorización quedarían excluidas los derechos, lo cual resultaría imposible si tomamos en cuenta la finalidad del dominio público. Es quizás por ello que se habla indistintamente de bienes del Dominio Público o Bienes Públicos por ser equivalentes dichas expresiones. Se entiende en tal sentido, que cuando los autores argentinos citados definen el dominio público se refieren a COSAS, es por que el código argentino¹⁷ ha mantenido la concepción del Derecho Romano, con las consecuencias lógicas de dicho constreñir.

Justamente, desarrollar dichos temas resultará ser la finalidad de éste primer capítulo, pero es importante realizar una primera conclusión al respecto; si bien es cierto, no existe por así decirlo un concepto UNIVOCO del dominio público en el derecho comparado, lo cierto es que al margen de determinar en este primer punto sobre la titularidad de los bienes dominiales, encontramos un rasgo similar o equivalente al de **afectación**. Nos permitimos resaltarlo, en la medida que de acuerdo como se señalará más adelante, es de gran importancia en la construcción de la teoría del dominio público.

¹⁷ **Artículo 2313° del Código Civil Argentino:** las cosas son muebles e inmuebles por su naturaleza o por accesión o por su carácter representativo.

*Finalmente, dado lo esencial del concepto del dominio público se entenderá que está referido a la administración de la propiedad estatal y por ende constituye una subdivisión del Régimen Jurídico Estatal (bienes del Estado), respecto de los cuales el Estado detenta un dominio, el mismo que se establece por actos y por hechos que necesariamente se encontraran bajo el **REGIMEN JURIDICO DEL DERECHO PUBLICO**.*

De tal manera, el Dominio Público referido a bienes, debe cumplir una finalidad o estar destinado o afectado al uso público o al servicio público; en el cual la figura del Estado es importante, aunque las características de dicha presencia y/o prerrogativas, ya sea para la determinación de Dominio Público y las facultades respecto a los mismos se encuentran pendientes de determinar; así como la naturaleza de la afectación dependiendo de la opción de cada ordenamiento.

1.2 EVOLUCIÓN JURÍDICA DE LA CUESTIÓN

La noción de Dominio Público es tan antigua como las primeras comunidades humanas; por ello, tratar de comprender el desarrollo histórico del concepto, deberá contribuir a su conocimiento con los caracteres específicos que hoy la determinan.

En Grecia por ejemplo, la extensión del dominio público fue en principio muy considerable, gracias a las confiscaciones que constituyeron uno de los medios para aumentarlo pero se confundían con los bienes de dominio privado.

La noción del Dominio Público, como bienes sustraídos de la regulación del Derecho Privado se remonta al Derecho Romano, en el cual si bien es cierto se conceptualizó la

*cosa pública en el sentido de ente corpóreo (**res publicae**), no se desarrolló una teoría o un concepto de lo que podría llamarse el dominio público ni bienes públicos acorde con el desarrollo que se hace a lo largo y al interior del **IUS CIVILE** ni con la función de los mismos. Recordemos que en Roma la idea del dominio público tardó en construirse y se desarrolló a la sombra de la idea religiosa.*

*En tal sentido, interesa el concepto de **res publicae**, (cosas de propiedad pública), en la medida que se acerca mucho al concepto del dominio público con las diferencias propias de una cultura política y jurídica muy distinta a la nuestra; si bien es cierto tenían las características de inalienabilidad e imprescriptibilidad, ello no significaba que eran los únicos (por cuanto la **res divini** y la **res communes** también detentaban dichas características).*

*Señala **BIONDI**¹⁸ “La noción de la “**res publicae**” como cosa fuera del comercio, era considerada propiedad indivisible del Pueblo Romano representado por sus instituciones”; evolucionado el concepto encontramos la **res publicae in uso publico** (la **res publicae** propiamente dicha); **la res comunes** (la misma que no es propiedad de nadie, constituida por los bienes de la naturaleza como los mares y el aire, etc.) lo que hoy podría constituir el dominio público natural o por naturaleza (disfrute de todos); y **la res universitatis** (camino, plazas) cuya titularidad se adscribe a lo que hoy bien podría llamarse ciudades (bienes dominales artificiales).¹⁹*

No solo encontramos en el derecho romano las características de la imprescriptibilidad e inalienabilidad, se encuentra presente asimismo en esta época de igual modo, la

¹⁸ **Biondi, Biondo**. Los Bienes Públicos. Pág. 277

¹⁹ **IUS CIVILE** Institutas y Digesto – I.2.1; I.2.1.1; D.1.8.2.1; I.2.1.6.

figura de la **publicatio** o **dictatio**; consistente en la declaración de la autoridad competente, mediante la cual se da al bien la calidad de pública. Hoy podría ser una especie de acto de derecho público; institución que podría constituirse según nosotros en el precedente de la denominada AFECTACION, la misma que será materia de estudio en el capítulo siguiente.

De lo expuesto resultará que el concepto de dominio público como tal, no fue conocido por el Derecho Romano, siendo fruto de elaboración posterior (medieval). Es en la edad media, donde al darse una confusión entre el “dominium” y el “imperium” (propiedad y poder llegan a entenderse como uno solo).

Es por ello, que el criterio esencialmente objetivo que habían utilizado los juristas romanos para definir los bienes públicos se transforma en un criterio subjetivo, según el cual la integración de bienes en el régimen especial de las cosas públicas se produce por medio de su adquisición dentro del patrimonio del monarca y no por virtud de su uso o finalidad social, siendo así **SANCHEZ MORON**²⁰ señala: “La razón por la que se dota de tal forma a los bienes del monarca de la protección heredada del sistema romano, no es otra que asegurar la indivisibilidad del poder monárquico y garantizar una fuente de ingresos permanentes para la corona”.

Con la Revolución Francesa, se da una depuración técnica del concepto “dominio público” se trata de abordar el problema de su naturaleza jurídica. La primera referencia legal se concreta en la Ley de Asamblea del 22 de noviembre de 1790 relativa a los bienes de lo que se denomina “dominio nacional”. Esta Ley le atribuye a

²⁰ **Sánchez Morón, Miguel**. Los Bienes Públicos. Tecnos. 1997. Pág. 23

los bienes que eran titularidad del monarca un nuevo sujeto, que es la Nación; reduce el concepto de bienes nacionales a aquellos que son exclusivamente bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos, eliminando las notas de inalienabilidad e imprescriptibilidad, siendo que cualquier bien puede ser enajenado con el consentimiento de la nación expresado a través de sus órganos administrativos.

*La Locución Dominio Público era sinónimo del dominio ejercido por la corona, pero en 1806 **Pardessus** es 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, inalienable e imprescriptible.*

*Más tarde **Proudhon** siguió igual criterio, divulgando en su afanada obra la nueva terminología: Dominio Público como opuesto al dominio privado del Estado.*

Posteriormente, pasados los años próximos a la revolución; se dan cambios en la doctrina francesa recuperándose las notas de inalienabilidad e imprescriptibilidad para determinados bienes públicos, lo que en todo caso dará inicio a la diferenciación entre bienes de dominio público y bienes de dominio privado (tema que será materia de otro capítulo).

*Es ya con el **Code Civil**, que se le atribuye la propiedad de los bienes de dominio público no a la nación sino al Estado. En tal sentido, el dominio público termina siendo una institución integrada por bienes muebles e inmuebles en sentido jurídico - civil, solo que sometidos a un régimen especial (Derecho Público).*

Dicho pensamiento doctrinario influyó en los diferentes ordenamientos jurídicos latinoamericanos de historia romano-germánica como son los sistemas jurídicos español, argentino, mexicano y peruano, como resultaría lógico, aunque en algunos la plasmación normativa no se llegó a materializar.

*Instaurada el sistema de **codificación**, las legislaciones no recogieron un concepto referente al Dominio Público, limitándose en todo caso a señalar sus características en algunos casos coincidentes entre sistemas jurídicos. Solo en el Código Civil Uruguayo encontramos el artículo 477° que a la letra dice: “**Los bienes de propiedad nacional cuyo uso pertenece a todos los habitantes del Estado, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos del Estado**”.*

1.3 CUESTIONES RELATIVAS AL DOMINIO PÚBLICO

Como se ha dicho, del concepto “Dominio Público” surgen una serie de temas que bien podrían ser materia de diversos trabajos; y siendo que en la construcción de la noción del dominio público los conceptos de titularidad administrativa, afectación y régimen jurídico especial resultan de gran interés e importancia, nos permitimos a continuación adentrarnos a su desarrollo.

1.3.1 Naturaleza Jurídica: titularidad

Entrar a desarrollar la naturaleza jurídica del Dominio Público, implica adentrarnos en lo que los doctrinarios han tenido a bien llamar “la polémica del germen de la titularidad que el Estado detenta sobre los bienes del Dominio Público”.

*La historia del Dominio Público señalada demuestra, como su noción se ha venido articulando sobre el concepto de pertenencia, ya sea primeramente al *populus*, luego al soberano, sucesivamente a la nación y después al Estado; es decir, ha existido la preocupación respecto a **quien es el titular de los bienes**.*

*Evidentemente, los bienes de dominio público no son **res nullius**, que quiere decir cosa de nadie, por que en dicho caso, serían materia de apropiación de parte de particulares y por tanto no habría razón para su existencia; pero de otro lado, ningún particular puede ser tampoco titular del dominio público, así lo sostiene **GARCIA DE ENTERRIA** ²¹ cuando señala: “Decir que la titularidad del dominio público es inasequible para el particular es una consecuencia fundamental”.*

Fue Proudhon quien en 1833, recogiendo la tradición romana de los bienes de dominio público sólo reconoce una verdadera propiedad del Estado sobre sus bienes patrimoniales o de dominio privado, negándola en los del dominio público, por cuanto ello representaría un derecho exclusivo (idea no acorde con el dominio público).

²¹ **García De Enterría, Eduardo.** Imprescriptibilidad de los bienes Públicos. En Revista de Administración Pública N° 13. Pág. 49

Según el autor citado por **MARTÍNEZ VÁSQUEZ**²², “El Estado ostentaría sobre el dominio público simples poderes de policía, de guarda y vigilancia, poderes que no comportan una relación de propiedad, el uso exclusivo que corresponde a todos, ni la percepción de frutos o rentas que ordinariamente no producen, ni el abuso o disponibilidad, pues son inalienables”.

*Esta teoría es seguida por autores como Duguit, Ihering, Simón Carrejo, José Gómez; incluyendo además a tratadistas argentinos como **BIELSA**²³ quien señala al respecto: “No puede sostenerse que se trate de un derecho de propiedad del Estado, basta una simple enumeración de esos bienes para comprender que en ellos la colectividad ha tenido siempre un uso directo individual y colectivo que el Estado se ha limitado a reglar”, agregando luego **MARIENHOFF**²⁴ “el titular del dominio público no es el Estado, sino el pueblo representado por éste” y **BERTHELEMY**²⁵ “el dominio público no es susceptible de propiedad”; justamente en este último autor las nociones de dominialidad y propiedad resultan antagónicas, por cuanto en la primera no se dan las notas propias del usus, fructus y abusus; y en la segunda sólo hay de parte de la administración un derecho de supervigilancia.*

Esta primera teoría llamada CLÁSICA tiene muchos detractores, en el entendido que el uso por todos se presenta como incompatible con el carácter individualista y exclusivo que el derecho de propiedad comporta, al menos desde la perspectiva de su concepción clásica; pero de igual modo resulta improcedente sostener, que no son de nadie por lo

²² **Martínez Vásquez, Francisco.** Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del Dominio Público en Propiedad Estatal. Apuntes Jurídicos y Administrativos. 1998. Lima. Pág. 17.

²³ **Bielsa, Rafael.** Ob Cit. Pág. 388.

²⁴ **Marienhoff, Miguel.** Ob Cit. Pág. 130

²⁵ **Bertelhemmy, Henry.** Tratado de Derecho Administrativo Pág. 585 y ss.

referido sobre *RES NULLIUS*; dichos bienes deben tener un titular, pero un titular que se constituya en sujeto de derecho.

Esta primera afirmación resolvería cuestiones como por ejemplo, lo referente a la carga de la conservación del bien dominical; o en todo caso, la respuesta de quien debe responder del perjuicio que pueda ocasionar; o quien se beneficiará de las rentas que pueda originar y hasta en que patrimonio entraría su valor después de su venta (luego de la desafectación - tema que desarrollaremos más adelante). Todos estos problemas podrían resolverse sobre la base de la aseveración **los bienes del dominio público tienen por titular al Estado bajo el concepto de propiedad administrativa**, de tal forma se desarrolla la teoría denominada del Servicio Público.

Entre los doctrinarios que admiten la propiedad del Estado **CASTRO DE ULLOA**²⁶ cita a Mayer, Villegas Basalvibaso, Hauriou, Waline, De Laubadere, Carlos Pareja, Vidal Perdomo, Rojas Arbelaéz, quienes señalan que “el Estado tiene el uso de los bienes públicos, siendo que a través del público se da un modo particular de usar y gozar de la cosa que le pertenece”.

Sobre el Particular **VILLEGAS BASAVILBASO**²⁷ agrega, “el dominio público es la suma de bienes pertenecientes a personas jurídicas - públicas, afectadas al uso directo o indirecto de los habitantes”; mientras que **ALVAREZ GENDIN**²⁸ acota “no es exacto que el dominio público a nadie pertenece, pues las cosas deben gozar de un titular - sujeto de derecho- , la administración del Estado o de las entidades locales”.

²⁶ **Castro de Ulloa, Ana Lucia.** De los bienes del Estado y especialmente de los bienes del Uso Público. Bogota. 1980. Pág. 64.

²⁷ **Villegas Vasabilvaso, Benjamín.** Derecho Administrativo. Pág. 98 y ss.

²⁸ **Alvarez Gendin, Sabino.** Ob. Cit. Pág. 24

*Se observa de lo señalado, como el Estado respecto al dominio público tiene un derecho de Propiedad y no un simple derecho de vigilancia; éste justamente constituye la tesis predominante (derecho de propiedad pública que el Estado tiene sobre estos bienes que efectivamente están dentro de su patrimonio); aunque resulta evidente en todo caso, que los elementos integrantes de ésta se cumplen en la propiedad pública; así pues, el Estado ejerce su derecho de propiedad, más no exactamente en igual forma que los particulares (recordemos que Estado es un ente abstracto), ya que el dominio sobre las vías públicas por ejemplo, no puede dejar de tener en cuenta el interés social. Es lo que actualmente se conoce como **Propiedad Administrativa**²⁹ , la misma que en todo caso solo puede encuadrarse dentro de un ordenamiento jurídico de Derecho Público.*

*Al respecto, el profesor español **PARADA**³⁰ citando a Houriou señala: “Se considera que el Estado es titular dominical de los bienes de dominio público, entendiéndolo como una variante del derecho de propiedad en atención a los fines públicos a que se orientan estos bienes”; el autor prueba a lo largo del trabajo que las diferencias de la propiedad con el demanio no son absolutas, dándose en el demanio los elementos tradicionales de la propiedad, “el uso aparente de los órganos de la administración, en los bienes afectos al servicio público, los frutos que recibe por las tasas y otras utilizaciones”; además resaltó en el tema de la inalienabilidad que “si la desafectación del bien demanial al fin público la hace desaparecer, resulta anómalo admitir, que por si sólo este hecho (desafectación) se permita crear un derecho de propiedad donde antes no existía”.*

²⁹ **García Montufar, Guillermo.** Ob. Cit. El autor a lo largo de su tesis, deja plasmado su parecer sobre la titularidad del Estado sobre los bienes dominiales, para luego hacer referencia a Derechos Reales Administrativos. Pág. 45

³⁰ **Parada, Ramón.** Ob. Cit. Pág. 60 y ss.

Esta polémica ha sido el germen de la discusión en torno a la naturaleza jurídica del dominio público, en la que siempre se ha partido de marcar las semejanzas y diferencias entre la titularidad jurídica que el Estado detenta sobre dichos bienes y el derecho de propiedad entendido dentro del derecho privado.

Legislativamente, si bien es cierto el Código Civil Español no resuelve de modo terminante la cuestión, por cuanto se cuida de emplear la expresión propiedad en relación con los bienes de dominio público (artículo 338° del Código Civil y ss). Tenemos que el artículo 1° de la Ley del Patrimonio del Estado alude explícitamente a “bienes de propiedad del Estado que tienen la consideración de demaniales” o el artículo 84° al señalar que, “los bienes inmuebles propiedad de los organismos autónomos”; y, para algunos entes no territoriales como las universidades se ha reconocido explícitamente la titularidad sobre bienes de dominio público (artículo 53.2 y 3 de la Ley de Reforma Universitaria).

*Sobre este tema, al interior del sistema argentino a pesar de existir de igual modo diferentes opiniones tenemos por un lado a los profesores **BIELSA**³¹ y **MARIENHOFF**³² quienes señalan coincidentemente: “Es el pueblo quien tiene la titularidad de los bienes del dominio publico”; y de otro lado autores como **DIEZ**³³ para quien “solo puede ser titular del domino público un sujeto de derecho, es decir el Estado”.*

³¹ **Bielsa, Rafael.** Ob. Cit. Pág.456.

³² **Marienhoff, Miguel .** Pág.68

³³ **Diez Manuel, José María.** Dominio Público. Buenos Aires. 1940. Tomo IV. Pág.383

GARCIA TREVIJANO³⁴ en su estudio sobre el tema, concluye señalando que la superación de la primitiva idea de la propiedad de la nación se debe a la introducción del concepto de “afectación o destino”; así refiere que “el Estado tiene una verdadera propiedad sobre el dominio público, ya que conserva los atributos de la misma”, agregando luego “para que exista dominio público es preciso que la titularidad corresponda a un ente público y además es preciso que estén afectados a un uso público o servicio”.

Legislativamente, encontramos el artículo 2339° y 2340° del Código Civil Argentino que establece “son bienes públicos del Estado o de estados particulares y los enumera...” con lo cual se reconoce de tal modo, el derecho de propiedad de éste en forma implícita.

Los colombianos por su parte, aceptan claramente la tesis de la propiedad, el uso de la expresión “bienes cuyo dominio pertenece a la República” que trae el artículo 674° del Código Civil, así lo determina aludiendo la normatividad a un dominio en sentido económico es decir sinónimo de propiedad.

De igual forma lo han señalado legislativamente; el ordenamiento uruguayo (artículo 477° del Código Civil); mexicano (artículo 765° del Código Civil), y el panameño (artículo 255° de su Constitución).³⁵

³⁴ **García Trevijano, José Antonio.** Titularidad y Afectación Demanial en el Ordenamiento Jurídico Español. En Revista de Administración Pública N° 29. Pág.16

³⁵ **Artículo 477 Código Civil Uruguayo:** Los bienes públicos son aquellos que siendo de propiedad de organismos nacionales, están destinados al uso general de todas las personas, los que se peculiarizan por ser inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Artículo 765 Código Civil Mexicano: Son bienes de dominio del poder público los que pertenecen a la federación, a los estados y a los municipios.

Artículo 255 de la Constitución Panameña: Pertenecen al Estado y son de uso público y por consiguiente no pueden ser objeto de apropiación privada; el mar..., las tierras y aguas destinadas a

*Aquí en el Perú, bajo un estudio civilista (artículo 923° del Código Civil) podría concluirse que estando el dominio público caracterizado por que: 1) los bienes que lo componen son de interés social y, 2) los actos de disposición que se ejercen libremente deben ser de acuerdo a Ley;. **El Estado no podría ejercer libremente las facultades de uso, disfrute y disposición, pero dicha afirmación obedece a un estudio netamente civilista, que escapa al análisis del derecho público (Administrativo).***

Habría que advertir que doctrinalmente no ha existido una discusión al respecto, legislativamente la Constitución de 1993 solo ha predicado las notas esenciales del dominio público, pero no hace referencia ni al concepto ni a su naturaleza jurídica por lo que no puede existir una clasificación al respecto.

Es necesario para tal efecto, remontarnos a los antecedentes legislativos donde encontramos el derogado Código Civil de 1936, el mismo que en su Título II “De los bienes del Estado y de los particulares” que en su artículo 822³⁶ señalaba implícitamente la titularidad del Estado respecto a los bienes de dominio público, lamentablemente al derogarse dicho cuerpo legal y siendo que el Código Civil de 1984 no contiene norma al respecto no existe a la fecha plasmación legal.

servicios públicos....el espacio aéreo, la plataforma continental, el subsuelo....Los demás bienes que la ley defina como de uso público.

³⁶ **Artículo 822 del Código Civil 1936:** Son del Estado:

- 1-Los bienes de Uso público
- 2.El mar territorial y sus playas y la zona anexa que señala la ley de la materia
- 3-Los bienes que le corresponden por título legal, no comprendidos en los otros incisos de este artículo
- 4-Las tierras públicas, entendiéndose pro tales las que no han tenido dueño y las que han sido abandonadas por los dueños que tuvieron; las minas y los bosques y demás fuentes de riqueza antes de su concesión; los ríos y demás aguas corrientes y los lagos, así como sus respectivos cauces y alvéos
- 5-Los monumentos históricos y los objetos arqueológicos que están regidos por su ley especial;
- 6-Las rentas nacionales

Pero existen leyes especiales respecto a bienes que han sido considerados como de dominio público y en los cuales si se hace mención a la titularidad del Estado; como es el caso del:

- *Reglamento de la Administración de la Propiedad Fiscal (artículo 9° y 10° del Decreto Supremo N° 025-78-VC), concordado con el Reglamento Nacional de Construcciones; (D.S. 039-70-VI) de donde se observa que las áreas de aporte reglamentario consideradas de dominio público por estar destinadas a un servicio público son inscritas a nombre del Estado, modificado por Decreto Supremo N° 154-2001-EF.*
- *Ley de Aguas (artículo 1° del Decreto Ley N° 17752 en el que se señala que las aguas son de propiedad del Estado.*
- *Ley de la Promoción de las inversiones en el Sector Agrario (artículo 23° del Decreto Legislativo N° 653, donde se indica que la propiedad de las tierras eriazas sin excepción corresponde al Estado.*
- *La Ley de Patrimonio Cultural de la Nación, tras la reforma dada por la Ley N° 24193 señala” son bienes de propiedad del Estado los inmuebles culturales pre-hispánicos de carácter arqueológicos descubiertos o por descubrir”.*
- *Y por ultimo, la Ley N° 26306, la cual en su artículo 1° señala: “Reconózcase la propiedad de los terrenos en el corredor denominado Costa Verde a los municipios distritales...”*

De ello podemos concluir, que si bien la constitución peruana habla de los bienes de dominio público no hace referencia a los bienes que lo conforman ni a la naturaleza jurídica del mismo; dicho vacío encuentra una luz en las diferentes normas aplicables a

bienes del Estado, de las cuales se observa un reconocimiento a la titularidad del Estado sobre dichos bienes a que se refieren cada una de las disposiciones.

Sobre la base de lo expuesto, GARCIA MONTUFAR³⁷ al realizar el estudio de las afectaciones en uso en el Perú acota en su tesis:” Existe derecho de propiedad pública sobre los bienes del dominio público, que surge de la relación jurídica administrativa entre el Estado y el bien que se afecta en uso” para acotar “esta propiedad pública es un derecho real regulado por el derecho público, denominándose derecho real administrativo”.

Pero encontramos respecto a lo indicado en dichas normas contradicción con lo señalado en el actual Reglamento de Administración de Propiedad Estatal, donde se hace mención que sobre los bienes de dominio público, el Estado ejerce potestad reglamentaria, administrativa y de tutela conforme a Ley. (Artículo II del Título Preliminar del D.S. N° 154-2001-EF). Situación que será materia de estudio en concordancia con los nuevos proyectos legales en el sub capítulo pertinente al tratamiento en nuestro país.

En todo caso, de lo expuesto se desprendería, que no existe de igual modo un criterio UNIVOCO en el derecho comparado con relación a la titularidad del Estado y estando a la existencia de dos teorías que sustentan sobre el tema, cada ordenamiento estaría en libertad de optar por una u otra claro esta manteniendo la lógica sistemática, pero lamentablemente en algunos casos se ha dejado un vacío al respecto y peor aún si se ha optado por una y otra al mismo tiempo (análisis sistemático) . Tal vez desarrollar el tema resulte complejo, pero creemos que de algún modo debe ser abordado por la

³⁷ **García Montufar.** Guillermo. Ob. Cit. Pág. 201

trascendencia del mismo. La opción en todo caso depende del ordenamiento; insisto, manteniendo de igual modo coherencia en su regulación.

En todo caso lo que si resulta claro, es que el concepto de propiedad dentro del ordenamiento jurídico privado (artículo 923° en el caso peruano) no resulta útil en el tema del dominio público y que la doctrina mas moderna considera que el Estado tiene sobre sus bienes dominiales un derecho de propiedad pública o administrativa (bajo el concepto de interés público), cuyo régimen difiere sensiblemente del de la propiedad privada; siendo que solamente la noción de propiedad pública aplicada a los bienes dominiales es la que podría explicar satisfactoriamente una serie de consecuencias admitidas por la doctrina y la jurisprudencia.

1.3.2 Importancia de la finalidad frente a la declaración

La discusión doctrinaria respecto a la naturaleza jurídica del dominio público desarrollada en el punto anterior, parte de considerar al dominio público como objeto de derecho (visión estrictamente positivista de los bienes demaniales). Pues bien, de lo que se trata ahora, es partir de **otra perspectiva hacia la naturaleza jurídica del dominio público; elemento finalista.**

Al respecto, el profesor Español **ALFONSO PAREJO**³⁸ apunta a **considerar el dominio público como una relación jurídica, así el dominio público dejaría de ser un**

³⁸ Parejo, Alfonso. Dominio Público. Un Ensayo de Reconstrucción de su Teoría. En Revista de Administración Pública. N° 100-102. Vol. III. 1983. Pág. 2409

conjunto de bienes destinados o afectados a un interés público para ser precisamente ese interés público, ese destino o afectación lo que constituye la esencia del dominio público.

Señala el autor: “La cosa pública consiste en la relación jurídica de sentido estricto, que nace en el momento en que la administración se autovincula por acto propio a la creación y al mantenimiento de una determinada prestación en aplicación del ordenamiento jurídico que lo prevé y así lo regula”.

Se trata de tal modo, de una perspectiva en la cual no se pone énfasis en lo que dichos bienes son en sí mismo, sino en lo que deben procurar a los ciudadanos, es decir en la función que debe cumplir el dominio público y que la administración debe prestar como titular de dicha relación jurídica. En este sentido, lo esencial no va a ser si los bienes públicos son propiedad del Estado, sino que dichos bienes estén destinados a cumplir una función pública y en tal sentido, se encuentren sujetos a las normas exorbitantes de protección del dominio público.

Otra de las consecuencias de la Tesis del Profesor Parejo, es que los bienes que integran el dominio público en su sentido material van a tener la consideración de medios o instrumentos para cumplir una función pública. Así, cuando el bien quede afectado o sujeto a la satisfacción de un interés público, pasa a integrarse a una particular relación jurídica que es precisamente el dominio público y queda investida de una serie de prerrogativas en aras de una correcta consecución de los fines públicos que marcan su esencia. No desaparecería la titularidad real de las cosas, sino que

quedaría absorbida en una relación pertinente de Derecho Público, conectada con los fines que orientan toda la gestión administrativa.

En consecuencia, estamos ante una teoría que replantea el concepto de dominio público, un concepto que se da de la mano con la nueva concepción de la administración pública, mas centrada en los intereses generales de los ciudadanos que en justificar sus propias prerrogativas, puesto que dichas prerrogativas solo encuentran plenitud precisamente en la satisfacción de los mencionados intereses públicos.

Dicha teoría se encuentra bastante desarrollada en el ordenamiento español, lo cual conllevó a modificaciones legislativas al respecto, caso diferente sucedió en nuestro país, donde a pesar del diferente tratamiento sobre el dominio público se ha seguido con la idea de entender el dominio público relacionándolo con los bienes.

*Señalar el término **AFECTACION** en la construcción del dominio público, encuentra su fundamento del solo recapitular los conceptos dados hasta el momento; al respecto el profesor **PARADA**³⁹ señala: “Si bien es cierto, que la delimitación definitiva de los bienes que ha de comprenderse dentro del dominio público, en España se realiza por el legislador en el Código Civil (ya citado), para que los bienes pertenezcan a esta categoría no es suficiente que las leyes lo califiquen como demanial, pues **es necesario que aparte de la titularidad de un ente público concurra el elemento del destino o afectación**, es decir, a un uso o un servicio público o al fomento de la riqueza nacional, variedades de la afectación que a la vez determinan la clasificación de los bienes demaniales”.*

³⁹ Parada, Ramón. Op Cit. Pág. 43 y 44

Con lo que se puede concluir, que la afectación es tratada en España como el criterio que define el dominio público; así como el punto de partida para determinar los bienes que lo integran. Al igual que en Argentina en donde la afectación se define como el hecho o la declaración de voluntad del Estado, en cuyo mérito un bien queda incorporado al uso directo o indirecto de la colectividad.

Lo dicho hasta este momento apunta a señalar que la destinación o afectación sería esencial en la construcción del concepto del dominio público o para considerarlo como tal; pero al respecto surge la voz de los legisladores que señalan que no basta con la asignación a una finalidad, porque esta puede ser natural; resulta necesaria, la declaración y esta debe ser dada por la entidad administrativa, así lo refiere por ejemplo LANZIANO⁴⁰, “sentado que no hay dominio ni bienes públicos sin norma legal que así lo establezca o DIEZ⁴¹, “solamente la Ley puede servir de fundamento para que un bien tenga carácter dominial”.

De lo dicho hasta el momento, en nuestra opinión el legislador (como veremos más adelante), es quien establecerá ya sea en forma genérica, ya específica, que bienes forman parte del dominio público, aunque ello no significa que puedan existir bienes dominiales que no por obra de la naturaleza y si por su propia naturaleza (uso de todos) deban ser materia de reconocimiento legal; ello resulta así por cuanto de tal forma es reputado como bien público del Estado (publicidad). En sentido similar se pronuncia DIEZ⁴² cuando señala: “La voluntad del legislador es la que habrá de ubicar el bien en el dominio público o en el dominio privado”.

⁴⁰ Lanziano, Washington. Ob. Cit. Pág. 80

⁴¹ Diez Manuel, José María. Ob. Cit. Pág. 374

⁴² Diez Manuel, José María. Op Cit. Pág. 375

Sobre esto último descansaríamos, la importancia de la declaración (elemento normativo del dominio público), DROMI⁴³ señala al respecto: “La declaración o atribución del carácter público o privado de las cosas es competencia exclusiva y excluyente de la nación... y solo a través de una ley”; agregando además “la administración solo podrá crear bienes que integren el dominio público llamado artificial, pero la condición jurídica de dichos bienes no deriva de acto administrativo alguno sino de Ley”.

Creemos que no se trata de que es más importante o que característica es esencial, lo que suele suceder es que se dan por hechos ciertas premisas; por ejemplo cuando se habla de bienes dominiales, los mismos definitivamente no guardan relación alguna con lo privado o particular; por ello el concepto a la finalidad se impone, pero eso no significa que no deba existir la declaración o la presencia de la administración para su existencia.

1.4 Características del Dominio Público

El dominio público sometido a un régimen jurídico especial de derecho público, tiene en razón de su naturaleza y destino, caracteres jurídicos diferenciales como la imprescriptibilidad, la inalienabilidad e inembargabilidad (pudiendo ser ésta una consecuencia lógica de la segunda) así como, el estar sujeto al control de la denominada “policía administrativa” que sobre él se ejerce. Dichas peculiaridades son corolario inexorable de su calidad de bienes dominiales, por lo que no constituyen causas sino efectos de la dominialidad; no requiriéndose ley que expresamente lo

⁴³ Dromí, José Roberto. Op Cit. Pág. 23

señale⁴⁴ y las mantendrán mientras sigan asignados a la finalidad pública y en los términos en que esta finalidad pública lo exija a diferencia de los bienes de particulares. Con lo cual, creemos que no resulta necesario que explícitamente se señale dichas características; bastará en todo caso, señalar la calidad dominial para que como consecuencia se le aplique y/o asigne los atributos.

El hecho es que el régimen jurídico es único y excepcional, independientemente de la dependencia dominial a la que se aplica, la calidad del bien solo podrá determinar una diferente aplicación de los principios constitutivos de dicho régimen; así resulta aplicable lo dicho por **MARIENHOFF**⁴⁵ “todos los bienes de dominio público tienen el mismo régimen jurídico especial, si bien adaptado a sus respectivas modalidades particulares”

En el entendido que el Dominio Público debe estar a disposición del público, ello implica que la indisponibilidad recobre un significado especial en esta clase de bienes, y justamente este régimen jurídico de indisponibilidad obtiene en la inalienabilidad y la imprescriptibilidad su razón de ser.

Seguidamente, tocaremos las peculiaridades acotadas, las que en todo caso no son caracteres distintivos de los bienes de Dominio Público, ya que pueden existir bienes del dominio privado que resulten inalienables sin pertenecer al dominio público; por ejemplo los terrenos de las Comunidades Campesinas en el Perú, o los Yacimientos de Hidrocarburos en Argentina, Ley N° 14773.

⁴⁴ Artículo 1282° del Código Civil Uruguayo

⁴⁵ **Marienhoff, Miguel.** Ob. Cit. Pág.216 y ss.

1.4.1 Inalienabilidad: Principio por el cual los bienes de dominio público no pueden ser objeto de negocios proclives a su disponibilidad civil; no se trata de una imposibilidad natural de los bienes a la enajenación, sino que en virtud de la destinación y mientras ella subsista serán inenajenables, pero una vez desaparezca dicha cualidad caerán dentro del comercio. El artículo 8° del Código Fiscal Colombiano señala al respecto: “Si estos no están destinados al uso oficial o al uso público, el Gobierno puede administrarlos directamente o darlos en arrendamiento”.

En Francia se sostiene que tuvo su origen en la doctrina y fue recogido luego por la Jurisprudencia, apareciendo como una regla de carácter consuetudinario y jurisprudencial deviniendo hoy en regla escrita que se traduce en la incapacidad de formar parte del patrimonio privado sin que ello signifique que los bienes por su sola naturaleza no puedan quedar sometidos al dominio del hombre, sino que se da en función a su destino especial. Tal principio tiene su antecedente en la Ordenanza de Moulin de 1566 en Francia con la finalidad de impedir al Rey dilapidar el dominio, por lo que su alcance es absoluto.

En el sistema español, tal principio se encuentra consagrado en el artículo 132.1 de la Constitución al señalarse: “La Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales (entiéndase municipales) inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad” al igual que en el art. 80° de la Ley de Bases del Régimen Local de 1985 y en el art. 5° del Reglamento de Bienes de las entidades locales. Asimismo, nuestro sistema jurídico señala en el artículo 73° de la Constitución de 1993 “que el dominio público es inalienable”; a diferencia del Derecho Argentino, donde la inalienabilidad no se encuentra prevista

expresamente por Ley, pero en todo caso, la misma resulta del estudio sistemático normativo de los articulados del Código Civil⁴⁶ .

Pero existen otros ordenamiento en los cuales en forma expresa no se ha señalado que los bienes de Domino Público sean inalienables, aunque ello no resulta ser obstáculo para asignarle dicha particularidad, un ejemplo de ello lo constituye el ordenamiento uruguayo, en el cual si bien es cierto no existe una norma expresa, los bienes de Dominio Público son inalienables por su propia naturaleza y sobre todo por sus consecuencias.

*De lo expuesto podemos afirmar, que el fundamento moderno de la inalienabilidad, no es el de una precaución contra las dilapidaciones eventuales de los patrimonios públicos (propio del pensamiento medieval), y prueba de ello es que en general no existe para el dominio privado, que en todo caso constituye una de las fuentes de los recursos administrativos. En realidad, el fundamento moderno de la inalienabilidad como lo señala **CLAVERO AREVALO**⁴⁷ “resulta de la afectación del dominio público al uso directo o indirecto a la colectividad y a las exigencias que resulten de estas circunstancias”.*

*De igual forma **RAMÓN PARADA**⁴⁸, tratadista español señala: “Sin embargo, la regla de la inalienabilidad de los bienes de dominio público (que es independiente del*

⁴⁶ **Artículo N° 953°:** El objeto de los actos jurídicos son las cosas que están en el comercio. **Artículo 2336°:** Están en el comercio todas las cosas cuya enajenación no fuera expresamente prohibida o dependiente de una autorización pública. **Artículo N° 2604:** El derecho de propiedad se distingue de una manera absoluta cuando la cosa está puesta fuera del comercio.

⁴⁷ **Clavero Arévalo, Manuel Francisco.** La Inalienabilidad del Dominio Público. En Revista de Administración Pública N° 25. Pág 35 y ss

⁴⁸ **Parada, Ramón.** Ob. Cit. Pág. 92

valor de los bienes) encuentra su fundamento en el carácter extraordinario del demanio, del que no se puede disponer mientras esté afectado a un fin de utilidad pública”.

*Aunque algunos tratadistas como por ejemplo **BIELSA**⁴⁹ siguen aseverando que el fundamento del principio “es la protección de los bienes dominicales, a los efectos de que ellos cumplan el fin que motiva su afectación”. Se trata de tal modo de reservar los bienes de dominio público a generaciones futuras. Conceptos que en todo caso no consideramos que se opongan sino que se complementan, en la medida que la protección no es su fundamento pero sí una consecuencia lógica de la misma.*

Justamente con relación a las consecuencias del principio, encontramos que en el derecho argentino se establece la nulidad de actos jurídicos cuyo objeto constituyen cosas que se encuentren fuera del comercio (concordancia con el artículo 953°, 1167° y 1327° del código Civil). Al igual que en España, donde se sanciona con la nulidad absoluta o de pleno derecho a los contratos de enajenación de los bienes de dominio público por falta de objeto, dada la extracomercialidad que los caracteriza, fórmula que se repite en el sistema peruano al señalarse como nulo un acto jurídico cuyo objeto sea jurídicamente imposible (artículo 140° del Código Civil).

*Es por ello, que siendo la inalienabilidad secuela del destino público, podemos afirmar que **todo bien público es inalienable en tanto mantenga su destino**; entendiéndose por ello que si se sostiene la necesidad de su afectación, se está predicando simultáneamente la imposibilidad de su enajenación pero cuando desaparece ese destino (ya sea de forma natural, o mediante la desafectación) el bien al pasar al*

⁴⁹ **Bielsa, Rafael.** Ob. Cit. Pág. 475

*dominio privado deja de mantener dicha calidad; es por ello que la inalienabilidad como señala García Oviedo, citado por **Washington Lanziano**⁵⁰, “está impuesta por la necesidad de mantener íntegramente la afectación de la cosa”. Encontrando sentido lo señalado por **CLAVERO AREVALO**⁵¹ “constituye una de las principales piezas del régimen jurídico-administrativo del dominio público”*

*Finalmente, respecto a la inalienabilidad podríamos de igual modo referir que constituye la prueba demostrativa de que los bienes públicos son objeto de propiedad porque sino no sería necesario hablar de inalienabilidad. Como dice **BONNARD citado por Lanziano**⁵², “supone esencialmente que el dominio público es objeto de propiedad, puesto que si las dependencias del dominio público no pertenecen a nadie, la regla de la inalienabilidad no tiene razón de ser”.*

El autor uruguayo no solo expone al respecto lo dicho por tratadistas europeos sino que manifiesta su punto de vista al señalar: “El fundamento de la inalienabilidad radica precisamente en el uso y goce colectivos que informa a esa especie de bienes, lo cual deviene en opuesto a la tenencia y posesión individual y por lo tanto, a la enajenación, dado que ésta tiende a constituir dominio particular”⁵³.

*De otro lado, tampoco constituye un concepto oponible al tema de la titularidad administrativa como lo señala **DIEZ**⁵⁴ “la inalienabilidad garantiza la inseparabilidad de los bienes de la función pública, manteniendo la titularidad administrativa”: Siendo que constituye la inseparabilidad de los bienes de su destino público la meta y razón de*

⁵⁰ **Lanziano, Washington**. Ob. Cit. Pág. 140

⁵¹ **Clavero Arevalo, Manuel Francisco**. Ob. Cit. Pág.36

⁵² **Lanziano, Washington**. Ob. Cit. Pág. 139

⁵³ Idem, Pág. 140

⁵⁴ **Diez Manuel, José María**. Ob. Cit. Pág. 399

ser de su inalienabilidad, solo cuando de tal interés público se exige tal separación, ésta se producirá con la desafectación (cese de lo dominial); Es más COVIELLO⁵⁵ añade “esta característica se traduce en la incapacidad de formar parte del patrimonio privado aunque ello no signifique que este bien por su naturaleza no puede quedar sometido al dominio del hombre, sino que se da en razón de su destino especial”.

En todo caso, sea cual fuera el sistema que trabajemos y la diferencia en las posturas al respecto, aseverar la inalienabilidad de los bienes dominiales resulta ser un punto en el cual existe congruencia unánime en el derecho comparado como lo hemos tratado de mostrar.

1.4.2 Inembargabilidad: *Constituye otra de las peculiaridades de los bienes de Domino Público, siendo una consecuencia del principio señalado en el acápite anterior, resulta que los bienes de domino público no pueden ser materia de embargo, aplicándose los fundamentos y normas de la inalienabilidad a esta característica, por cuanto el embargo es una acción enteramente cautelar cuya finalidad es asegurar la eficacia de las acciones del acreedor contra los actos del deudor (Estado), importando a la larga una enajenación de los bienes públicos por medio del remate.*

Es más, si los bienes de dominio público pudieran ser embargados, de ser inmuebles al continuar en poder del ejecutado hasta su enajenación judicial, mantendrían su destino público, y de ser muebles, el secuestro los sustraería del uso común. Dicha medida genérica cautelar, no condice con el superior interés público que tales bienes queden fuera de todo negocio del derecho y por ello no es admisible sujetar el bien público a

⁵⁵ Coviello, Nicolas. Derecho Civil. 4ta Edición. Italia. Editorial UTEHA. México 1949.

*mecanismos que impliquen la potencial o real supresión de su destino público, gestada como corolario de interés particular alguno. Al respecto **BIELSA**⁵⁶ señala: “El régimen jurídico del embargo (aunque el bien embargado quede en poder del propietario) es inconciliable con el régimen del dominio público, cuya disposición en cuanto al uso general y especial no debe ser restringida con las limitaciones que en principio el embargo determina”.*

Los ordenamientos argentino y español han realizado un listado de bienes considerados dentro de la categoría de bienes públicos a los cuales les corresponde la calidad de inembargables; artículo 2340° del Código Argentino y artículo 339° del Código Civil Español; de igual forma el numeral 11 del artículo 2363° del Código Civil Uruguayo señalan como bienes inembargables las propiedades públicas sean nacionales o fiscales; el Código Colombiano en su artículo 684 (concordado con el artículo 674 del Código Civil); ello demuestra que cuando existe un concepto claro de lo que se entiende por “dominio público” se puede conocer los bienes que lo integran. La característica de la Inembargabilidad al ser accesorio, no necesariamente debe encontrarse plasmada en norma legal, aunque la plasmación expresa, abunda pero no perjudica el concepto.

El problema se presenta cuando no solo no se tiene el concepto, sino cuando no se tiene una idea clara del mismo; dicha situación genera que no se pueda señalar que bien se encuentra dentro del dominio público y por ende que le corresponda la calidad de inembargable. Eso mismo sucede en nuestro país, por cuanto el artículo 73° de la Constitución comentada no señala expresamente esta característica.

⁵⁶ Bielsa, Rafael. Ob. Cit. Pág. 479

Al respecto, con la dación de la Ley N° 26559 (la misma que incorporaba un inciso al artículo 648° del Código Procesal Civil), por la cual se declaraba la inembargabilidad de los bienes del Estado agravó la situación, por cuanto había consignado en forma general a todos los bienes del Estado dentro de los bienes públicos sin distinguir entre ellos, ello provocó que el Tribunal Constitucional se pronunciara respecto a una acción de inconstitucionalidad mediante fallo que fuera publicado en el diario oficial “El Peruano” el 07 de marzo de 1997.

El Tribunal Constitucional (órgano que resguarda la aplicación e interpretación de la Constitución Peruana) consideró que los bienes de dominio del Estado se dividen en bienes de dominio privado y bienes de dominio público, que sobre los primeros el Estado ejerce su propiedad como cualquier persona de derecho privado y sobre los segundos, ejerce administración de carácter tuitivo y público, y que en aplicación del artículo 73° de la Constitución, los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles, deduciéndose de ello que no gozan de aquellas inmunidades los bienes que conforman el patrimonio privado del Estado con lo cual sería pasible de embargo. Ante dicha situación, el congreso expidió la Ley N° 27684 estableciendo los pasos para la ejecución, señalando luego mediante Ley N° 26756 la urgencia en la constitución de una comisión encargada de proponer al Congreso un Proyecto de Ley de Bienes del Estado, en la que se determine los bienes que puedan ser materia de embargo, encargo que hasta la fecha no se ha realizado, solo se han venido dando una serie de normas que prorrogan el plazo o determinan una formalidad o procedimiento tras los reclamos de deudas del Estado a particulares⁵⁷ .

⁵⁷ Sobre este punto, por Resolución Ministerial N° 238-2003-PCM (16.07.2003) se constituye la Comisión Multisectorial encargada de estudiar y formular propuestas técnicas y normativas orientadas a coadyuvar al cumplimiento de sentencias por parte de la administración estatal. Comisión que ha tenido a la vista los siguientes proyectos de Leyes: **6694**: Proyecto de Ley que incorpora los artículos 886° A y 886°

*En todo caso, éste llamado “privilegio” de los bienes públicos puede ser visto como negativo en la medida de impedir la ejecución de sentencias (derecho a tutela judicial) es por ello que no faltan autores como por ejemplo **GARCIA DE ENTERRIA** quien postula la supresión de este privilegio en especial para las cuentas de las administraciones en la Banca española.*

1.4.3 Imprescriptibilidad: *Esta particularidad tiene su fundamento en la existencia de la institución jurídica de la USUCAPION, entendida ésta como un modo de adquirir la propiedad de forma originaria y declarativa mediante la posesión de los bienes.*

La imprescriptibilidad, no es una cualidad de las cosas; y no lo es, porque ciertas especies de bienes que en un ordenamiento integran el dominio público, en otros, son de naturaleza particular; es precisamente el destino público el que sustrae a los bienes dominiales del derecho del comercio común, pues el mismo obsta a que puedan tener o poseer legítimamente con privacidad, mientras dichos bienes mantengan tal calidad, no pueden adquirirse particularmente de modo alguno.

WASHINGTON LANZIANO⁵⁸ *la define como “escudo protector permanente del dominio público, puesto que por estar por definición los bienes públicos íntegramente destinados al uso de todos, ninguna parte de ellos puede estar ocupado legítimamente con privacidad por los usuarios generales, la que determina que ninguna tenencia tenga jurídicamente valor de posesión, requisito esencial para usucapir”.*

B al Código Civil . **6929:** Proyecto de Ley que incorpora inciso 1° al artículo 648° del código Civil y constituye comisión especial para elaborar Proyecto de Ley que determine los bienes del Estado. **2318:** Proyecto de Ley que agrega una Tercera Disposición Transitoria a la Ley N° 27684. **3580:** Proyecto de Ley que establece el Régimen Jurídico de los bienes del Estado. **3910:** Proyecto de Ley que propone modificar diversas disposiciones de la Ley N° 27684 sobre ejecución de las obligaciones de dinero a cargo del Estado.

⁵⁸ **Lanziano, Washington.** Pág.155 y ss

*GARRIDO FALLA*⁵⁹ señala que: “La defensa de la integridad del dominio público frente a la usurpación de los particulares que con el transcurso del tiempo terminarían por imponerse, se ha tratado de encontrar en todas las épocas con la formulación del principio de imprescriptibilidad de tales bienes”.

*Para CASTRO DE ULLOA*⁶⁰ la razón fundamental que apoya la imprescriptibilidad descansa en el fundamento que “la prescripción adquisitiva tiene como fundamento el hecho de la posesión, cuyos elementos son animus y corpus. Hecho que no puede darse respecto a estos bienes, debido a que los habitantes solo tienen el uso”; afirmación que ha sido respetada por la jurisprudencia en nuestro país respecto a los bienes denominados aportes reglamentarios, deviniendo en imposibilidad jurídica su prescripción.

Con relación a su plasmación normativa, encontramos por ejemplo que en el derecho argentino no existe un precepto expreso que la declare, su existencia resulta de la concordancia de diversos textos del Código Civil; así, el artículo 2400° establece que “las cosas que están en el comercio son susceptibles de posesión”, a contrario sensu, las cosas que no están en el comercio no son susceptibles de posesión y en consecuencia no pueden prescribirse ya que la posesión es esencial para la prescripción; del mismo modo del artículo 3951° señala: “El Estado esta sometido a las mismas prescripciones que los particulares en cuanto a sus bienes susceptibles de propiedad privada”; ergo si estamos ante bienes no susceptibles de dicha propiedad privada el Estado no estaría sometido a prescripciones.

⁵⁹ Garrido Falla, José. Ob. Cit. Pág.462

⁶⁰ Castro de Ulloa, Ob. Cit. Pág. 112

En consecuencia como los bienes públicos por hallarse fuera del comercio, no pueden ser objeto de propiedad privada, tampoco pueden ser adquiridos por prescripción; a mayor abundamiento tenemos los artículos 3952º, “puede prescribirse todas las cosas cuyo dominio o posesión pueden ser objeto de una adquisición”; y el artículo 4019º inciso 1, que señala es “imprescriptible la acción reivindicatoria de la propiedad de una cosa que esta fuera del comercio”. La jurisprudencia argentina se ha manifestado al respecto, señalando que los bienes de dominio público por la consagración especial que los afecta y mientras ella dure, se hallan fuera del comercio y por ende no son enajenables ni prescribibles, ni pueden ser embargados ni ejecutados en aplicación del artículo 2336º del Código Civil.

De igual modo, la regla de Imprescriptibilidad en España se ha considerado implícita en el artículo 1936º del Código Civil, cuando se refiere a las cosas que están fuera del comercio, pero en términos más contundentes e indiscutible la imprescriptibilidad se afirma en el artículo 132º de la Constitución Española, así como recogida por la Ley del Régimen Local Artículo 80º; de igual manera sucede con el ordenamiento uruguayo, donde el artículo 1193º del Código Civil señala la imprescriptibilidad de los bienes que se encuentren fuera del comercio; a diferencia del señalamiento expreso colombiano, el cual en su artículo 2519º del Código Civil señala: “Los bienes de uso público no se prescriben en ningún caso”, situación similar se presenta en el Perú al señalarse tal característica en la carta constitucional (artículo 73º).

*Cabe señalar que si bien es cierto, el principio de imprescriptibilidad de los bienes de dominio público es aceptado en forma total por la mayoría de los sistemas jurídicos, es necesario señalar la teoría esgrimida por el tratadista español **GARCIA DE***

*ENTERRIA*⁶¹ para quien la imprescriptibilidad no deviene en un principio absoluto sosteniendo que: “Mediante la técnica de las desafectaciones tácitas, es decir por falta de afectación del bien al servicio o uso público por un determinado tiempo, el bien de dominio público se convertiría en bien de dominio privado, conversión sobre la que a posteriori operaría la prescripción de parte de un particular”; es más, utilizando la interpretación del artículo 341° del Código Civil continua afirmando que: “Los bienes del dominio público, cuando dejen de estar destinados al uso general o a las necesidades de los fines del territorio, pasan a formar parte de los bienes de propiedad del Estado”.

Que si bien es cierto, dicha teoría fue aceptada por el Reglamento de la Corporaciones Locales de 1955 en España, no fue sostenida por su modificatoria de 1986, siendo la Constitución la que zanjara la posición española al respecto al sancionar constitucionalmente la imprescriptibilidad de dichos bienes.

*En Argentina dicha teoría también fue recepcionada por los doctrinarios, los cuales se manifestaron contrarios a la misma, así encontramos a DIEZ⁶² quien señala: “ Entre nosotros la teoría que propugna **García De Enterría** no puede aceptarse, ya que son insusceptibles de posesión todos los bienes que están fuera del comercio, como son los de dominio público ... Pero además no se pudo aceptar la idea de la desafectación tácita a que se refiere el autor citado ya que la desafectación es un acto o hecho del Estado. Los particulares por si mismos no pueden desafectar, de tal forma que la posesión abusiva de un particular no puede importar nunca una desafectación, ni aun tácita, puesto que para que sea posible la desafectación, es necesario siempre un acto o hecho del Estado”.*

⁶¹ **García De Enterría**, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 23 y ss

⁶² **Diez Manuel**, José María. Ob. Cit. Pág. 410

Tal disenso lo encontramos de igual modo en el uruguayo WASHINGTON LANZIANO⁶³ cuando señala: “La desafectación, jamás puede proceder de hechos de particulares; expresa o tácita, para ser tal tiene que ser administrativa”; opinión con la que concordamos y que en todo caso será retomada en el tercer capítulo al abordar el tema de las desafectaciones tácitas.

1.5 ACTOS DE DISPOSICION DE LA ADMINISTRACION REFERENTE AL DOMINIO PÚBLICO

Usar el término “disposición” aplicado a los bienes de dominio público, podría entenderse como un contrasentido, si tomamos en cuenta el concepto de disposición señalado por CABANELLAS⁶⁴, “efecto o acción de disponer” y disponer, “ejercitar en las cosas facultades de dominio, enajenarlas o gravarlas...”; y de hecho no es un contrasentido porque el concepto dado se encuentra aplicado al de titularidad pero propio del derecho privado, el mismo que no corresponde a lo que venimos desarrollando en la presente investigación: titularidad pública.

Ya en capítulos anteriores hemos abundado respecto a la inalienabilidad de los bienes de dominio público y de su indisponibilidad, pero no una indisponibilidad entendida y referida al concepto de propiedad (propio del derecho privado); sino como una indisponibilidad teleológica o de destino; es decir con ello queremos asentar que natural y físicamente los bienes podrían enajenarse pero jurídicamente ello no DEBE suceder en función al destino de los mismos.

⁶³ Lanziano, Washington. Ob. Cit. Pág.171.

⁶⁴ Cabanellas, José Diccionario de la Lengua Española. 19 Edición. Pág. 458

Pero en uno u otro caso, al hablar de actos de disposición de los bienes de dominio público no estamos pensando en la transferencia de los mismos, por cuanto ello si apuntaría contra la característica intrínseca de los bienes de dominio público, cual es la inalienabilidad; estamos refiriéndonos a los actos a través de los cuales la administración justamente mediando el concepto de titularidad administrativa y potestad debe darle a los bienes en determinadas situaciones USOS ESPECIALES; usos denominados en el derecho argentino como ocupaciones privativas.

*Dicho uso especial a la razón de **DIEZ**⁶⁵ obedece a dos ideas: a) “Se trata de utilización privativa y, b) Se trata de una utilización anormal; es decir en el primer caso estaríamos ante la necesidad de una AUTORIZACION administrativa y en todo caso de una tasa (pago por dicho uso); y en el segundo caso se deberá mostrar las facultades de la administración para efectivamente permitir dicho uso”.*

*Pero también encontramos una serie de conceptos respecto a dichos usos especiales; por ejemplo; para **COVIELLO**⁶⁶ constituye “un derecho especial que la autoridad misma concede al particular para usar de la cosa pública en forma que traspasa los límites derivados del uso público”, mientras que para **JORGE REYES RIVERO**⁶⁷ es “el poder jurídico exclusivo y revocable de una persona individualizada sobre una determinada parte de un bien público con carácter de cierta permanencia y resultado de un acto de autoridad competente”.*

⁶⁵ **Diez, José María**; Ob Cit. Pág. 476

⁶⁶ **Coviello, Nicolas**. Ob Cit. Pág. 43

⁶⁷ **Reyes Rivero, Jorge**; Naturaleza Jurídica del Permiso y la Concesión sobre Bienes Nacionales de uso público. Pág. 121.

... **CASTRO DE ULLOA**⁶⁸ señala además al respecto: “Entendemos por uso especial el poder jurídico que la autoridad competente concede a persona determinada por el cual se le permite el aprovechamiento temporal de la utilización económica, científica, etc.; quien proporciona parte de un bien de uso público”.

... Mientras que **MARIENHOFF**⁶⁹ acota: “Es el que únicamente puede realizar aquella persona que haya adquirido la respectiva facultad conforme al ordenamiento jurídico correspondiente”; cita que de alguna manera recoge la imperiosa necesidad de la existencia previa a dicho USO de la autorización de la administración como un acto de disposición.

Pero dicho régimen de ocupaciones privativas ha evolucionado profundamente; en su origen fue ejercitado como una institución de policía; ulteriormente se ha transformado en un régimen en el cual la administración puede por una parte actuar con miras a fines de interés general comprendidos en sentido amplio, y por otra parte puede también inspirarse en preocupaciones patrimoniales de explotación de sus bienes; dicha evolución ha sido particularmente sensible en lo que concierne a las condiciones a las cuales puede sujetarse la ocupación y sobre todo los derechos de la administración en el otorgamiento y la extinción de la autorización.

La explicación de la característica de precariedad en esta clase de uso especial o llamado preferencial; radica justamente en el hecho que el dominio público está destinado a satisfacer el interés general de la colectividad; por lo que no puede existir

⁶⁸ Ulloa, María Luisa. Ob Cit. Pág. 125

⁶⁹ Marienhoff; Miguel. Ob Cit Pág 319

una estabilidad absoluta en el derecho, poder o facultad del usuario especial. Cabe aquí precisar que en derecho administrativo a diferencia de lo que ocurre en derecho privado, no existen derechos absolutos y ello sería lo que justificaría que la autoridad competente pueda revocar la autorización del permiso especial pero solo en razón del interés público y en modo alguno por mera arbitrariedad.

*Sobre el tema, el maestro **JORGE AVENDAÑO**⁷⁰ señala: “La doctrina admite constitución de derechos a favor de terceros mediante concesiones administrativas, siempre que tales concesiones sean compatibles con el ejercicio de la función a la cual está destinado el bien”.*

En Francia, España, Argentina y hasta Alemania existen diversas formas que tratan sobre la disposición del Dominio Público, sin embargo resulta haber consenso en relación al Permiso y la Concesión como las formas idóneas para disponer de los bienes públicos, razón por la cual solo vamos a adentrarnos en algunas de sus características, por cuanto el tema en su integridad resulta pasible de un estudio en extenso.

1.5.1 Permiso

Siendo que se trata de un esbozo al respecto y no habiendo contradicciones en el derecho comparado, tomaremos como referencia el derecho argentino donde

⁷⁰ **Avendaño Valdez**, Jorge. “El derecho de Propiedad en la Constitución” Pág. 117-122, EN THEMIS, 2da. Epoca, Lima Nº 30. 1994.

encontramos a **DROMÍ**⁷¹ quien señala: “Es un acto administrativo de carácter unilateral, sin que se le atribuya o reconozca valor alguno a la voluntad individual del administrado en la formación o nacimiento del mismo” y **DIEZ**⁷² “Acto administrativo que otorga un uso especial del dominio público” .

Así podemos señalar, que estamos ante un acto unilateral de la administración en la medida que los administrados no somos consultados, asimismo que la administración actuaría en ejercicio de sus funciones (es decir de acuerdo a Ley) al momento de disponer, otorgar, denegar el permiso y sobre todo su contenido. De esta manera se crean efectos jurídicos subjetivos a favor del permisionario; quien interesado al fin tiene dos intervenciones; al momento de la solicitud (cuando pone en actividad la administración pública) y luego al momento de la ejecución que implica su aceptación. Aunque cabe aclarar que dicha posesión resulta ser precaria, temporal y condicionada en algunos casos por interés general. Encontramos ejemplos de permisos de usos de bienes de dominio público como la extracción de agua de un río mediante bombeo, instalación de casillas de baño en las plazas, instalación de quioscos para la venta de diarios.

Respecto a su naturaleza jurídica se habla de autorizaciones o de la acción de policía de la administración; en tal sentido, si aceptáramos que el permiso constituye una autorización estaríamos admitiendo que el permisionario sería titular de un derecho antes del permiso (en el entendido que la autorización es el acto por medio del cual se remueve un impedimento al ejercicio del derecho); cosa que no sucede así toda vez que el titular del permiso antes de la sanción del acto administrativo carecía de derechos

⁷¹ **Dromí, José** Ob Cit. Pág 34

⁷² **Diez, José María.** Ob Cit. Pág. 485.

para usar exclusivamente determinada porción de bien dominial, consideramos que constituye más una acción de la administración en uso de su acción de control, llamada de policía en el derecho comparado.

Al respecto, la doctrina Francesa distingue entre permiso de estacionamiento y permiso de uso temporal; siendo característico en el primer caso la ausencia de empresas u obras en el dominio público; es decir que el titular del permiso de estacionamiento no tiene facultad para ejercer obras que se adhieren al dominio público; por ejemplo, la instalación de mesas en las aceras, los estacionamiento preferentes de vehículos en la vía pública. Ya en el otro caso, los permisos de uso serán los que faculden al titular para ejecutar obras en el dominio público, por ejemplo la construcción de un quiosco en una plaza; es por ello que se les denomina ocupación con o sin obra o con o sin empresa.

Respecto a su extinción, las causales pueden ser variadas; desde el vencimiento del plazo (al ser temporales), hasta la muerte y quiebra del permisionario, pasando por la caducidad, desafectación del bien, renuncia; casos que por su importancia ameritarían un estudio independiente.

1.5.2 La Concesión

*Se entiende por concesión la acción y efecto de conceder y conceder significa dar, otorgar, hacer merced y gracia de una cosa; y siguiendo a **DROMI**⁷³ “ puede hacerse por acto y por contrato administrativo, aunque la jurisprudencia argentina le reconoce carácter de contrato administrativo al decir... la concesión de uso especial del dominio*

⁷³ **Dromi, José.** Ob Cit Pág 35

público, al igual que todo contrato, está sometida en razón de su índole a un régimen jurídico exorbitante en cuya virtud compete a la administración pública decidir unilateralmente por sí y ante sí modificaciones en la extensión, modo y forma de las prestaciones, al aplicar sanciones, sustituir al contratante e incluso revocarlo o declararlo caduco”.

Por lo expuesto se tiene que esta figura se diferencia del permiso en la medida que su revocación por razones de oportunidad, mérito o convivencia es indemnizable, situación no pensada en el caso del permiso.

*Se señala además, que la concesión en uso implicaría la generación o nacimiento de un derecho, sobre este punto **DIEZ**⁷⁴ acota: “En nuestro sentir, la concesión de bienes de dominio público no implica la transferencia o delegación de facultades sino simplemente la constitución de un derecho para el concesionario...**por lo que pensamos que la concesión de uso del dominio público no es traslativa sino constitutiva**”. En esta misma línea asienta **MARIENHOFF**⁷⁵, “la concesión implica la mera atribución de un poder jurídico especial sobre una dependencia dominial”.*

Sobre la naturaleza jurídica de los derechos que se adquieren mediante el permiso o la concesión, los doctrinarios modernos han planteado una discusión; el concebir que son derechos reales administrativos (especialmente en el caso de la concesión) o negarles dicha calidad en la medida que no puede hablarse de derechos reales en el campo del derecho administrativo por cuanto ello pertenece netamente al campo del derecho civil. Se deja en todo caso planteado el tema de discusión en la medida que adentrarnos en el

⁷⁴ **Diez, José María**. Ob Cit Pág 502

⁷⁵ **Marienhoff, Miguel** . Ob Cit Pág 342

mismo ameritaría un estudio propio sobre la materia; buscarse solo en el presente trabajo apuntar la importancia de los actos de disposición referente al dominio público aceptados en doctrina en su generalidad.

Finalmente, y como introducción al capítulo siguiente, sobre los actos de disposición en nuestro país⁷⁶ existe el reconocimiento constitucional de las concesiones y en forma no tan clara y hasta confusa la denominada Afectación en Uso, la misma que en su momento fue visto como otro acto de disposición del dominio público, para luego señalarse en el Reglamento de Administración de Propiedad Estatal que era una forma más de disposición de bienes de dominio privado del Estado⁷⁷. En todo caso, siendo que el capítulo siguiente se refiere justamente a la AFECTACION, veremos en que medida lo expuesto ha traído consecuencias o las traerá en todo caso en el tratamiento del tema planteado.

⁷⁶ Ultima Parte del artículo 73° de la Constitución concordado con el Decreto de Urgencia N° 019-2001

⁷⁷ Decreto Supremo N° 025-78-VC (artículos 114, 124, 126) derogado por el D.S: N° 154-2001/EF (artículo 23° y 70°).

