



PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

Esta obra ha sido publicada bajo la licencia Creative Commons
Reconocimiento-No comercial-Compartir bajo la misma licencia 2.5 Perú.

Para ver una copia de dicha licencia, visite
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/pe/>



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

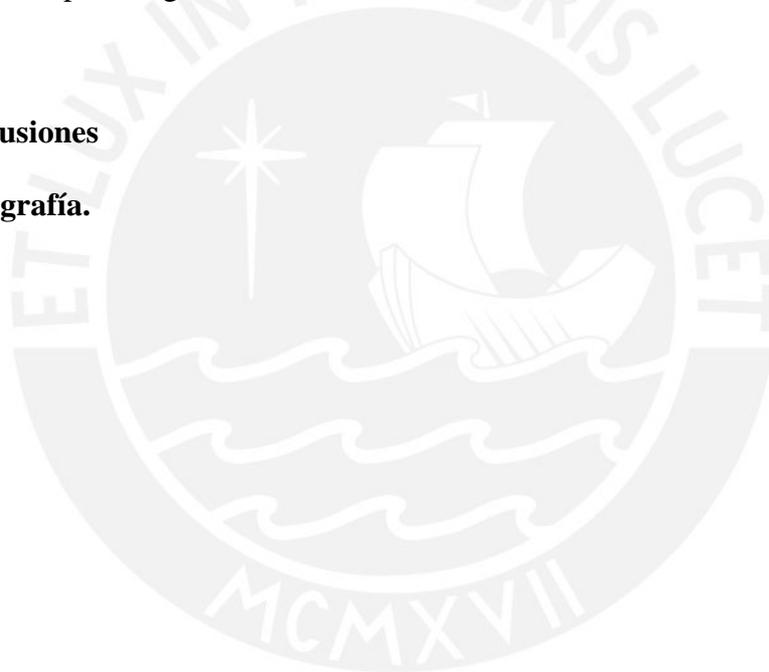
CAPITULO SEGUNDO: LA AFECTACION, SU IMPORTANCIA

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 Gendín, 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 concorra 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 accesoria, 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 N° 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°).

LA AFECTACION. SU IMPORTANCIA EN EL DOMINIO PÚBLICO.

En el intento de construir el concepto de dominio público y su teoría, en el capítulo anterior pudimos concluir que la naturaleza del dominio público no descansa en el tema de la propiedad (cosa) sino en la vinculación de la cosa al uso; es decir “destino del bien” siguiendo a PAREJO⁷⁸ (tema ya desarrollado en el capítulo anterior); es por ello que el presente capítulo se introduce en el concepto en si de la afectación, como figura del derecho público en vista al señalamiento del mismo como la pieza clave (Parejo), figura central (García de Enterría), medular (Garrido Falla), básica (Villar Palasi, Clavero, Ballbe), en la construcción de la teoría general de dominio público.

*A fin de determinar la importancia de la afectación en la construcción del dominio público, resulta peculiar citar aquí a MARIENHOFF⁷⁹, quien señala: “Los bienes de particulares, afectados a la prestación de un servicio público, están sujetos a un régimen jurídico especial **mientras dure su afectación**; así, los inmuebles que los particulares entregarán en arrendamiento al Estado para que los utilice afectándolos a la prestación de servicios públicos y los bienes que el concesionario incorpore a la prestación de un servicio público, en ambos supuestos son bienes de dominio privado pero son*

⁷⁸ Parejo Alfonso Luciano. Ob. Cit. Pág. 2418

⁷⁹ Marienhoff. Miguel. Ob. Cit . Pág 32

inalienables mientras estén afectados a la prestación de un servicio público. Ello es así para evitar la paralización del servicio”. *De aquí la importancia de la afectación, en todo caso no afirma el autor que en este caso nos encontremos ante bienes dominiales pero si que tienen al menos en Argentina una de las características del demanio.*

2.1 CONCEPTO

*En la doctrina francesa se usa en forma indistinta las palabras “afectación” y “clasificación” como sinónimos; aunque la palabra mas conveniente seria en todo caso la de **CONSAGRACION**; porque afectación es acción de afectar y afectar en la acepción más próxima es “anexar una cosa a otra con dependencia de ella”; por lo que éste significado no coincide en tal forma con la esencia de esta figura ya que su finalidad no es anexar, es decir no es unir una cosa a otra.*

*El vocablo que no presenta reparos según afirma **DIEZ**⁸⁰ es el de **CONSAGRACION**, cuyo significado es “dedicar una cosa a determinado fin”. **DROMI**⁸¹ coincide al respecto al señalar que “afectar es consagrar un bien del dominio público al uso público”. Dicho sea de paso, la Corte Argentina viene haciendo uso de dicho vocablo en sus sentencias*

En todo caso, sea consagración, destinación o afectación el hecho es que esta última palabra es la mas usada en la doctrina para representar por un lado el paso de un bien del dominio privado al dominio público o en algunos ordenamientos jurídicos (como en el nuestro) constituye un acto de gestión de dominio privado; agrega al respecto

⁸⁰ **Diez, José María.** Ob. Cit Pág. 417

⁸¹ **Dromí, José.** Ob. Cit. Pág. 31

VILLEGAS BASAVILBASO⁸² “no obstante, como acontece en la literatura jurídica, en que los vocablos incorrectos empleados son los más perdurables, el término afectación ha adquirido un sentido propio en contra de la semántica”.

Siguiendo con el tema, veamos algunos conceptos dados por tratadistas para quienes la afectación es:

... “Elemento fundamental para la calificación de un bien como demanial” **PARADA**⁸³

... “Criterio determinante del dominio público es el de la afectación o destino y no la naturaleza propia del bien. La tesis de la afectación como criterio del dominio público es la consagrada por el derecho positivo” **GARRIDO FALLA**⁸⁴ .

...“La afectación es en efecto; la consecratio, dictatio o publicatio romanas; el instrumento que determina el momento y asegura el mantenimiento de la real conexión de todas y cada una de las concretas y específicas cosas en sentido jurídico-civil a un determinado destino” y desde otro punto de vista es “decisión de poder público, ejercicio de una potestad, cuya consecuencia es la inclusión de determinados bienes de una categoría legal y la lógica aplicación del régimen jurídico propio de ésta”.
PAREJO⁸⁵.

⁸² **Villegas, Basavilbaso, Benjamín.** Ob. Cit. Pág. 302.

⁸³ **Parada, Ramón.** Ob. Cit. Pág. 66

⁸⁴ **Garrido Falla, Fernando.** Tratado de Derecho Administrativo. V. II 1982. Pág. 474.

⁸⁵ **Parejo, Alonso.** Ob. Cit. Pág. 2418.2420.

...”La afectación es el destino del bien” **GARCIA TREVIJANO**⁸⁶ al igual que para el español **CLAVERO AREVALO**⁸⁷ entendiendo por ésta “la nota esencial del dominio público que sustituye a la de titularidad y el destino a una función pública que se da a ciertos bienes de la administración”.

De otro lado, **SAINZ MORENO**⁸⁸ al realizar una reflexión sobre el “dominio público a 50 años de creación de la Revista de Administración Pública” dice: “La afectación es un acto de derecho público por virtud del cual una cosa queda destinada a un fin de interés público (USO o SERVICIO) y adquiere la condición jurídica peculiar de bien de dominio público”. Continúa el autor señalando: “La declaración puede ser del legislador o de la administración en base a la ley; puede ser expresa, tácita o presunta; pero, en todo caso, produce un efecto especial, el de convertir una cosa en cosa pública. No es un simple reconocimiento de que algo es de utilidad, sino que constituye la publicación y/o declaración mediante la cual se altera la naturaleza jurídica del bien. La afectación, tiene pues el doble sentido de imponer un destino y de producir una alteración en el régimen jurídico general de una cosa”.

Como hemos visto, la afectación opera indiscutiblemente en el régimen administrativo español ya que el Código Civil determina el concepto del dominio público no solo en función de las personas a quien pertenezcan los bienes sino también en función al destino que se les aplique.

⁸⁶ **García Trevijano**. Ob. Cit. Pág. 18.

⁸⁷ **Clavero Arévalo**. Ob. Cit. Pág. 35

⁸⁸ **Sainz Moreno, Fernando**. El Dominio Público: Una Reflexión sobre su Concepto y naturaleza, Cincuenta Años después de la Fundación de la Revista de Administración Pública. En Revista de Administración Pública N° 150. 1999. Pág. 491.

Se define en tal sentido la afectación, como el destino a un fin de utilidad pública en razón del cual un bien perteneciente a la administración se encuentra incorporado por el hecho de la ley en el dominio público, importando de tal manera un elemento formal y un elemento de hecho, lo cual evidencia dos aspectos de una misma realidad; por el primero la administración determina el fin asignado a un bien y por el segundo persigue la realización de dicho fin.

*A manera de conclusión en relación al régimen español, encontramos en las definiciones tres elementos que resulta oportuno resaltar por su importancia en el conocimiento de la figura; **el destino de un bien a cierto uso, la aplicación efectiva de ese bien al uso al que esta destinado y la comprobación de que ha recibido el destino previsto.***

*De otro lado, para los argentinos como por ejemplo **DIEZ**⁸⁹ la afectación es “el hecho o la declaración de voluntad del Estado, en cuyo mérito un bien queda incorporado al uso directo o indirecto de la colectividad”; mientras que para **BIELSA**⁹⁰ “la afectación o destino al uso público puede tener su origen en la ley o bien en el uso mismo pero se trata siempre de una manifestación de voluntad de poder público”.*

*... **VILLEGAS BASAVILVASO**⁹¹ acota : “La afectación no es la causa sino el efecto de la voluntad del poder público, unas veces manifestada por el órgano legislativo y otras por el órgano ejecutivo o administrativo”.*

⁸⁹ **Diez, José María.** Ob. Cit. Pág. 477

⁹⁰ **Bielsa, Rafael.** Ob. Cit. Pág. 468

⁹¹ **Villegas Basavilbaso, Benjamín.** Ob. Cit. Pág. 320.

... **MARIENHOFF**⁹² a modo de definir la afectación habla del “hecho o declaración de voluntad de órganos del Estado, en cuyo mérito un bien queda incorporado al uso directo o indirecto de la colectividad”.

Podemos observar de lo expuesto hasta este momento, que en la doctrina argentina se hace insistentemente referencia al uso público directo en modo similar que en España; pero además se hace mención especial a la presencia del legislador o de la administración (como órgano de poder público) para la configuración o existencia de una finalidad pública, con lo cual se nota la importancia de la declaración de la administración, aunque la forma de la misma no se encuentra constreñida a lo formal.

Ya en Uruguay encontramos a **WASHINGTON LANZIANO**⁹³ quien distingue entre *destinación y afectación; señalando que la destinación resulta ser la “finalidad para la cual un bien esta hecho o ha sido determinado” y la afectación al uso público es la “habilitación de bienes para su utilización por el público mediante hechos o actos administrativos o expresado de manera más simple, la afectación es la acción administrativa del libramiento al uso público”. Explayándose además al señalar “la afectación al uso público es un estadio o posible etapa, por la que un bien puede adquirir calidad pública. Por ella, el órgano administrativo correspondiente y por lo tanto competente ejecuta su voluntad dispuesta de manera expresa o tácita, directa o indirecta, materializando el ingreso de su bien particular al dominio público”.*

Finalmente, en el Derecho Italiano, la afectación es entendida como una especie de categoría jurídica de la VINCULACION; es decir, como el fin de inmovilizar la

⁹² **Marienhoff, Miguel.** Ob. Cit. Pág. 151

⁹³ **Lanziano, Washington.** Ob. Cit. Pág. 93 y 101

propiedad sacándola de la libre circulación y determinando para ella una sucesión fija y permanente (entendida como destinación), así creemos que se ve expresado el elemento teleológico del dominio público; mientras que para el Derecho Francés, la afectación se perfila cuando irrumpe la idea de propiedad Administrativa; concepto que como hemos visto debe su formulación dogmática a HAURIOU. A este respecto, BARCELONA LLOP ⁹⁴ señala: “La afectación permanece siempre ahí, inserta en el núcleo de la demanialidad, llegando a destacados autores a considerarla como el único criterio determinante de la misma”.

En tal sentido, sea cual fuere el ordenamiento o la nacionalidad de los autores citados, de las definiciones dadas encontramos caracteres similares; la afectación deviene en ser el punto central de incorporación de los bienes al dominio público y que va permanecer siempre inserta en el núcleo de la demanialidad; con lo cual la afectación termina siendo un acto eminentemente administrativo (en el caso de la dominialidad por Ley, entiéndase implícita la afectación). Asimismo, no se entiende realizada por particulares en la medida que siempre será necesario el asentimiento del legislador (caso de ley) y de la administración ya sea por acto administrativo; ni mucho menos futura o potencial, como lo señala MARIENHOFF⁹⁵ “por lo que es actual y efectiva aplicada a un uso determinado señalado en el ordenamiento jurídico correspondiente”.

⁹⁴ **Barcelona Llop, Fernando.** Novedades en el Régimen Jurídico del Dominio Público en Francia. En Revista de Administración Pública N° 137. 1995. Pág. 553.

⁹⁵ **Marienhoff, Miguel.** Ob. Cit. Pág. 163

2.2 NATURALEZA JURIDICA

2.2.1 Bienes Naturales / Bienes Artificiales

Para la existencia de un bien público; es decir, para la pertenencia al demanio resulta necesaria la concurrencia de los factores que la componen, uno de ellos es el elemento teleológico; es decir que el bien o cosa (Argentina) este destinado al uso público.

Pero cuando decimos que un bien está destinado al uso y/o servicio público, es acaso que el destino público resulta ser previo y diferente dependiendo de la naturaleza de los bienes a los cuales se aplica, entendiéndose con ello que no todo destino público de un bien se da en el mismo momento; cuando por ejemplo vemos los bienes que están a nuestro alrededor, puede a primera vista parecernos normal el uso común que se viene haciendo de ellos, podemos ver el mar, los ríos; los mismos que no son producto de una declaración previa para su existencia como tal; pero existen otros tantos que no se encuentran en tal situación

Por ello, el inicio de la afectación y por consiguiente el régimen de demanialidad no se produce de la misma forma para todos los bienes de Dominio Público; ello resulta lógico dada la variedad de ellos.

Al respecto WASHINGTON LANZIANO⁹⁶ señala: “La destinación; es decir la finalidad para la cual un bien está hecho o ha sido determinado puede o no corresponderse con su destino, aun jurídico, por ejemplo un mar puede no necesariamente ser público” por ello podemos aseverar que el destino no es siempre corolario de la destinación cuya función y/o uso como por ejemplo un parque recién

⁹⁶ Lanziano, Washington. Ob. Cit. Pág. 93.

*inaugurado, un edificio público, una pista o una calle nueva que antes no eran tales o no se veían como tales pertenezcan al dominio público. Justamente para determinar la naturaleza jurídica de la afectación se pensó en distinguir previamente entre los bienes públicos naturales (llamado **dominio público necesario**) y bienes públicos artificiales (denominado **dominio público accidental**).*

El destino público es un resultado que tiene diversas fuentes, siendo las más importantes, la relativa ontología del propio bien y la habilitación al uso común; en el primer caso, es la secuela ordinaria de la destinación y en el segundo, generalmente la acción de la administración, lo que bien ha devenido en llamarse AFECTACION, la misma que luego del tratamiento del primer capítulo deviene en el elemento fundamental del dominio público.

La afectación dicha en otras palabras es la fuente del destino de bienes naturales o de bienes artificiales no produciéndose de forma igual e inmediata para todos los bienes del dominio público; en el caso de los primeros, los mismos conllevan ordinariamente destino público y en el caso de los bienes artificiales, su realización es para dejarlos expeditos en su utilización por el público previo actos generalmente de la administración, teniendo siempre por mira una utilidad o función pública.

Así los Bienes de Dominio Público natural como ríos, zona marítimo-terrestre, las playas etc., adquieren el carácter demanial normalmente en función de dos elementos según PARADA⁹⁷.

⁹⁷ Parada, Ramón. Ob. Cit. Pág. 66

- “La aplicación de un precepto de carácter general que establezca esa condición para todo un género de bienes.
- La circunstancia de que en un bien, en concreto se den las características físicas que permitan considerarlo incluido en aquel.”. *Lo que vendría a ser una expropiación en el Perú.*

*En estos casos, la demanialidad es independiente del comportamiento de la administración y queda en manos del legislador, de la propia naturaleza y/o evolución de la cosa; siendo que la afectación surge del propio acto que establece el carácter dominial del bien; es decir, para esta clase de bienes la atribución de carácter público vale como afectación automática que no pueden ser dominiales por su sola condición física, el legislador lo debe declarar. En este mismo sentido asevera **DROMI**⁹⁸ “en el dominio público natural, la ubicación dentro del dominio público que efectúa la Ley, implica su afectación de pleno derecho”. En este caso encontramos los ríos y las islas.*

Caso diferente sucede con relación a los bienes de dominio público artificial (constituido como se ha dicho por bienes cuyas condiciones físicas son similares a los de otros bienes de propiedad privada como por ejemplo los edificios), el comienzo de la demanialidad se produce por virtud de una actividad administrativa, que incorpora el bien al régimen jurídico de la demanialidad; esa actividad es justamente la técnica de la afectación del bien a un uso o servicio público y puede resultar de un acto administrativo o de una situación de hecho como resultado igualmente de una ley u acto administrativo.

⁹⁸ **Dromí; José.** Ob. Cit. Pág. 31

*De esta forma concluye **DIEZ**⁹⁹ afirmando “la naturaleza jurídica de la afectación podrá ser tratándose de los bienes públicos naturales una ley nacional y tratándose de los bienes de dominio público artificial, una ley provincial, un acto administrativo o un hecho de la misma administración”; es decir, para el autor la naturaleza jurídica de la afectación no solo gira en función a la naturaleza de los bienes sino del órgano competente respecto de los mismos, aseveración que no es compartida por el español **SAINZ MORENO**¹⁰⁰ cuando señala dentro del tema de clases de afectación “la misma consiste en el caso de los bienes naturales en una clasificación de los bienes, mientras que para los bienes artificiales se trata de una aplicación concreta de las previsiones legales”.*

Consideramos que si bien es cierto, resulta importante la diferenciación entre la clase de bienes en la forma de actuar de la afectación ello no puede explicar su naturaleza jurídica, en la medida que la afectación expresa la imperatividad de la sujeción del bien al destino público; sujeción al servicio de cuya efectividad está el correspondiente régimen jurídico exorbitante. Este régimen puede y debe ser único para todos los bienes, no obstante la heterogeneidad de estos y también de los regímenes propios de las funciones públicas a las que los mismos deben de servir de soporte; es decir, al margen de la heterogeneidad de los titulares de los bienes, la afectación constituye en sí el criterio definitorio del dominio público como la relación en si misma.

Señalar que la naturaleza jurídica de la afectación gira en función a los bienes es ver la afectación como una simple decisión de poder público, el ejercicio de una potestad cuya consecuencia sería la inclusión de determinados bienes en una categoría legal y la

⁹⁹ **Diez, José María.** Ob. Cit. Pág. 420

¹⁰⁰ **Sainz Moreno, Fernando.** Ob. Cit. Pág. 465

lógica aplicación del régimen jurídico propio de ésta. En esta misma línea acota BIELSA¹⁰¹ “afirmar sobre esta división no se trata de la diferencia entre los llamados bienes naturales y/o artificial, pues esta división no tiene razón de ser ni utilidad jurídica y lo mismo su denominación”.

2.2.2 Afectación: Acto o hecho

Pues bien, claro está que el inicio de la afectación y por consiguiente del régimen de demanialidad, no se produce de la misma forma para todos los bienes de dominio público, situación que resulta lógica dada la variedad de estos y la consiguiente diversidad de regulaciones donde no siempre son posibles las unitarias; pero ello no significa que la naturaleza de la afectación descansa en dicha diferenciación.

Muy por el contrario, en este subcapítulo trataremos de ilustrar la naturaleza jurídica sobre la base de poder determinar si la afectación se constituye solo por un acto ejercitado por el órgano administrador correspondiente o también puede ser efecto de los hechos; es decir distinguir entre:

- *La afectación como acto de voluntad de la administración pública expresable administrativa o legislativamente; y*
- *La afectación manifestada en hechos administrativos que dejan expedito el bien para ser usado por el público.*

Al respecto, LANZIANO¹⁰² tratadista uruguayo quien diferencia “la destinación” a la “afectación” afirma “el destino público de los bienes, puede originarse por la afectación,

¹⁰¹ Bielsa, Rafael. Ob. Cit. Pág. 460

¹⁰² Lanziano, Washington. Ob. Cit. Pág. 95

pero dicho destino no siempre tuvo su causa en la afectación”, *sostiene que* “la afectación se manifiesta por hechos y excepcionalmente por actos”; *opinión inversa a la del argentino DIEZ*¹⁰³, *quien señala* “que será por acto administrativo y por excepción por hechos”.

Al respecto *BIELSA*¹⁰⁴ *si bien es cierto no refiriéndose a la afectación sino al dominio público en si asevera* “se establece por actos y por hechos que necesariamente están bajo el régimen del derecho público” y *que* “están declarados por Ley o por afectación”.

Consideramos que la voluntad pública se expresa en la afectación ordinariamente a través de hechos, generalmente secuelas de actos administrativos; la afectación al uso público de acuerdo a lo señalado no resulta ser un estadio, una etapa por la que un bien puede adquirir calidad pública. Por ella, el órgano administrativo correspondiente y por lo tanto competente ejecuta su voluntad dispuesta de manera expresa o tácita directa o indirecta materializando el ingreso de su bien particular al dominio público.

Cuando la administración programa crear un bien público, comienza un proceso para dicha finalidad, la cual varía según las circunstancias. No es lo mismo construir un puente carretero sobre un río librándolo al uso público que destinar una isla al uso público. No hay bien público sin destino público, dando por sentado que la propiedad es estatal. El destino público presupuesta la calidad de bien público, resultando este de la concordancia con los requisitos que conforman la especie, los cuales están dados por la ley; en síntesis, la afectación se expresaría por la realización de hechos o actos

¹⁰³ **Diez Manuel, José.** Ob. Cit. Pág. 422

¹⁰⁴ **Bielsa, Rafael.** Ob. Cit. Pág. 460

administrativos al margen de las normas, pero definitivamente ello no significa que las mismas no son necesarias en su nacimiento.

2.3 Clases o formas de afectación

Siendo varias las categorías de los bienes de dominio público, esto tiene su reflejo en la existencia de una variedad de formas de afectación.

Expresa: En la cual se deberá acreditar la oportunidad y legalidad del acto bajo un expediente, es decir presupone el asentimiento de la autoridad competente, como consecuencia de ello no se admite que un particular pueda afectar por si solo un bien al dominio público; dada para los bienes naturales y artificiales.

En España, esta clase de afectación la proveen los artículos 116.1 de la Ley del Patronato del Estado y 8.1 y 2 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales.

Implícita: Cuando la vinculación del bien a un servicio o uso público deriva de actos de la administración dictados como por ejemplo las ordenaciones de habilitación urbana, (lo que en el Perú podrían ser los aportes reglamentarios); en estos casos, debe ser inequívoca la voluntad de la administración; un ejemplo adicional lo constituirían las de igual modo las expropiaciones. Artículo 92° y 119° de la Ley y 8.3 del Reglamento de Bienes de Corporaciones Locales, donde la Ley incluye la afectación cuando señala el fin de la misma.

Presunta o tácita: En esta clase no hay necesidad de acto formal alguno, se entiende producida de dos formas; automáticamente cuando el bien patrimonial se utilizare por

mas de 25 años (España) en uso o servicio público estatal y por medio de la usucapión con arreglo al derecho civil si el bien viniera estando destinado a un uso o servicio público. Artículo 8.4 del R.B.C.L. En este tipo o clase no se está ante un acto o acción sino OMISION de parte de la administración.

*Sobre esta forma de afectación **BASAVILVASO**¹⁰⁵ dice “si bien es cierto que las personas jurídicas públicas pueden aplicar la prescripción, ello solo tiene como efecto la incorporación de la cosa al dominio privado de Estado, para que ese bien prescrito forme parte del dominio público es menester la afectación a un destino de utilidad pública”, en esta misma línea **DIEZ**¹⁰⁶ asevera de igual modo, que “no hay afectación tácita” a diferencia de **GARCÍA DE ENTERRIA**¹⁰⁷ quien propugna “la afectación y la desafectación de las cosas del uso público resultará simplemente y de modo ordinario de las puras circunstancias de hecho del uso o del no uso, sin presunción de ninguna de formulas sacramentales”.*

En España se contempla los 3 tipos de afectación (la última solo para los casos de bienes locales) mientras que en Argentina y en la mayoría de la doctrina, la tácita no es aceptada de tal forma que se requiere de forma ineludible la declaración de la administración.

¹⁰⁵ Villegas Bsasavilbaso, Benjamín, Ob. Cit. Pág. 309

¹⁰⁶ Diez, José María. Ob. Cit. Pág. 428.

¹⁰⁷ García De Enterría. Ob. Cit. Pág. 24

2.4 La afectación, como criterio diferenciador y clasificador

2.4.1 Diferenciación de bienes en público y privado

Como es de conocimiento, el Estado es titular de bienes ya sea como titular o como ente administrador en representación de la nación y como tal, dicha titularidad es respecto de bienes sobre los cuales ejerce un dominio público y otros respecto de los cuales ejerce un dominio privado; el primero con una serie de privilegios y prerrogativas por cuanto le permitirá el cumplimiento de sus fines, el mismo que por lo dicho escapa al concepto e instituciones del derecho civil.

Y de otro lado, están los demás bienes respecto de los cuales ejerce un dominio privado sin privilegio alguno y que podrían ser tratados bajo el derecho privado en forma supletoria (derecho común) luego de la aplicación de normas dadas al respecto por especialidad. Respecto a esto último; cabe señalar que existiendo tanto en España y Argentina normas referentes a la administración de la propiedad estatal (con diferentes acepciones) creemos que de todos modos la normatividad aplicable hasta para los bienes del dominio privado (mejor llamados patrimoniales) debe ser especial no con las características de los bienes de dominio público pero con normas aplicables por la especialidad, como sucede en el caso peruano con la existencia del Reglamento de la Administración de la Propiedad Estatal, lo cual de acuerdo a lo comparado con otras legislaciones sería equivalente a normas para el tratamiento de los bienes denominados “patrimoniales”.

Esta división en bienes públicos y privados y la consiguiente diversidad de régimen jurídico para unos y otros está generalizada en los diferentes sistemas jurídicos de

origen francés como el nuestro, distinción fundada sobre la diversidad del sistema de protección y la forma de su utilización.

En todo caso, decimos que la afectación ha producido la gran división de los bienes pertenecientes a las colectividades públicas en bienes de dominio público (denominados demaniales) y bienes de dominio privado llamados también patrimoniales y por consiguiente diversidad de regímenes jurídicos se encuentran generalizados en los sistemas jurídicos de origen francés como son los de España, Argentina y como debería ser el caso peruano. Aunque si bien es cierto, existe unidad de criterio respecto a que el Estado sobre una categoría de bienes ejerce un dominio público y sobre otros un dominio privado, estando sujeto a un doble régimen jurídico; también lo es que hay un tratamiento igual en cuanto al contenido de los mismos.

Justamente **ULLOA**¹⁰⁸ no concuerda con esta clasificación y señala al igual que nosotros al analizar la naturaleza del Estado como persona jurídica que “es una persona jurídica **pública**, por lo que su actuación debe ser acorde con su propia naturaleza; es decir, siempre actuará como persona pública no como particular”... “Todas las actividades que realiza, las realiza con un fin social, común, general, ajeno a la actividad del particular, siendo pública la propiedad no se puede admitir la clasificación en dominio privado, al cual se le debe regir por normas de derecho público”. En todo caso, este constituye otro tema interesante de investigación; **la doble personalidad del Estado** respecto a sus bienes pero que no cambia el hecho de aseverar que la afectación realiza esta diferenciación de los bienes estatales, el hecho de las facultades o prerrogativas con las que puede actuar el Estado en cada caso concreto,

¹⁰⁸ Ulloa. María Luisa. Ob. Cit Pág. 76

corresponderá al sistema jurídico, el mismo que con lógica y concordancia al interior del mismo sistema se aplicará.

Regresando al tema, recordemos que en nuestro país solo el Tribunal Constitucional se ha referido a la diferenciación de los bienes del Estado, clasificándoles en bienes pertenecientes al dominio público y al dominio privado de una forma referencial más no vinculante o impositiva. PARADA¹⁰⁹ señala “son demaniales en efecto, los bienes cuyo destino es la satisfacción de un fin público pero de forma tal que ese fin satisfaga directamente con su uso (por ejemplo: una carretera que ata inmediatamente la comunión de dos ciudades) y son patrimoniales los que estando destinados a fines públicos los realizan de una manera instrumental, es decir a través únicamente de su utilización económica o de su valor de cambio.”

... ULLOA¹¹⁰ recoge sobre este punto a Jeze y Duguit , quienes en este punto con muy pequeñas variaciones coinciden en señalar: “La distinción entre el dominio público y el dominio privado radica en si los bienes están destinados a la prestación del servicio público o a su funcionamiento”.

... VALENCIA ZEA¹¹¹ plasma de igual modo la importancia de la afectación como criterio diferenciador de bienes del Estado al señalar “que la clasificación de los bienes fiscales en dos categorías. Los destinados actualmente a la prestación de una función pública y los que no se encuentran afectados...”.

¹⁰⁹ Parada, Ramón. Ob. Cit. Pág38

¹¹⁰ Ulloa, María Luisa. Ob. Cit. Pág. 67

¹¹¹ Valencia Zea, Arturo. Derechos Reales. Pág. 158 y ss.

... **DIEZ**¹¹² agrega que como punto final no es tanto la afectación en si sino la declaración legal cuando afirma “la denominación de si los bienes son públicos o privados constituye un problema legal, ya que implica determinar la relación de las cosas con las personas y por cuanto el acto administrativo no puede ser fuente atributiva del carácter público o privado de una cosa”.

En todo caso, de la definición del dominio público señalado en el primer capítulo podemos extraer que la diferenciación o motivo de clasificación dada en España y Argentina, además de otros sistemas latinoamericanos como por ejemplo en México (artículo 128° 129°, 130° de la constitución mexicana); Panamá (artículo 254° de la constitución ; Colombia (artículo 183°, 184° y 202° de la constitución) y Uruguay (artículo 477° y 478° del Código Civil) entre otros; recae en la afectación a determinado fin o uso colectivo, es dicha posibilidad la que permite un tratamiento especial y privilegiado a los bienes de dominio público dejando a los bienes de dominio privado bajo la misma condición de los bienes patrimoniales de los particulares, con la atingencia que por medio de la afectación dicho bien perteneciente al dominio privado del Estado podría pasar a formar parte de los bienes del dominio público, siendo para ello necesario la manifestación de voluntad del legislador.

Por ahora señalaremos que en Argentina la clasificación se encuentra en los artículos 2340° y 2342° del código civil en los cuales se realiza una relación de las clases de dominio del cual el Estado puede ejercer, y en España dicha diferenciación se encuentra plasmada en los artículos 339ª y 340ª del código civil.

¹¹² **Diez, José María.** Ob. Cit. Pág. 376.

Finalmente, cabe hacer mención que entre la distinción entre bienes de dominio público y bienes de dominio privado se ha introducido una nueva categoría intermedia “bienes patrimoniales afectados a fines públicos”. Por ejemplo SAINZ MORENO¹¹³ señala comentando la sentencia del Tribunal Constitucional 166 del 15-07-1998 en España: “Tales bienes parecen que deberían ser de dominio público puesto que están afectados a un fin público, pero el Tribunal Constitucional entiende que no lo son cuando su fin público no es lo suficientemente fuerte para convertirlos en demaniales, quedando como patrimoniales, pero con la nota de inembargables”; podría ser en este caso, una cuenta bancaria destinada al pago de planillas de funcionarios públicos. En el mismo sentido, BIELSA¹¹⁴ hace alusión a la división de los bienes patrimoniales en razón de su afectación, señalando que “el criterio de la distinción se determina por la forma de la utilización -en natura- de los bienes del Estado”.

Sobre esta clasificación habría que agregar que el Estado nunca puede actuar como los particulares, porque aparte de buscar el bienestar general, está sujeto a un presupuesto en el que deben aparecer todos los bienes, los gastos que del sometimiento de estos deriven y las utilidades logradas.

El hecho es que la determinación dependerá de cada ordenamiento jurídico porque cada uno de estos contiene o puede contener notas particulares que en dicho orden de ideas lo distinguen de otros ordenamientos jurídicos. En todo caso, la clasificación resulta válida conforme lo señala GARRIDO FALLA¹¹⁵ al señalar “la distinción debe admitirse no solo por que es cómoda a fines didácticos sino por que esta científicamente justificada”.

¹¹³ Sainz Moreno, Fernando. Ob. Cit Pág. 479.

¹¹⁴ Bielsa, Rafael. Ob. Cit. Pág. 463

¹¹⁵ Garrido Falla, José. Ob. Cit. Pág. 139

2.4.2 Clasificación de bienes en uso y Servicio público

Lo que hasta este momento se ha afirmado es que por medio de la afectación los bienes de dominio público DEBEN estar afectados al uso directo e indirecto de la colectividad (servicio).

Girando la afectación sobre los conceptos de uso y servicio público, si bien el primero no se consolida hasta los años treinta; en un momento dado deja de aparecer como el único elemento a considerar en la determinación de la demanialidad. En efecto, progresivamente fue perfilándose un criterio adicional que acabó por instalarse de manera definitiva en el régimen jurídico del dominio público, los bienes del servicio público debían estar adaptados exclusivamente o esencialmente a las finalidades particulares del servicio, la afectación pura y simple no era suficiente.

Sobre el particular, ordenamientos como el español otorgan a los bienes destinados o afectados a los servicios públicos calidad dominial (artículo 339°), pero en otras no, por ejemplo en Italia (artículo 826° del CC), donde se establece que los bienes afectados al servicio público forman parte de su patrimonio indisponible, lo cual es distinto a que esas cosas sean del dominio público, salvo que tengan esa calidad al margen de la afectación al uso.

Posición en contrario la encontramos en Uruguay donde no se admite que por el solo hecho de afectar un bien al servicio público, ello pueda significar su ingreso a la dominialidad; LANZIANO ¹¹⁶ señala al respecto “para la realización de los servicios públicos se requiere de bienes, los que aunque sean de un organismo público no por ello son dominicos, puesto que su uso no les pertenece a los habitantes en general, no

¹¹⁶ Lanziano Washington. Ob. Cit. Pág. 86

obstante tener los servicios públicos por finalidad y causa la satisfacción de sus intereses”.

Para sustentar su dicho el autor señala por ejemplo en el caso de la aplicación de servicios a concesionarios sobre bienes de su titularidad.; el caso de servicio de ómnibus realizado por una empresa de servicio, donde cada chofer es propietario de su vehículo, éste realiza el servicio pero en modo alguno el vehículo ya sea del chofer o de la empresa se convierten con ello en público, resultando ser propiedad privada aunque el servicio sea público.

Si bien es cierto lo aseverado por el autor; ello no significa que en el caso comentado el servicio en sí no sea público, pero es realizado por concesionarios (rutas) quienes realizan el servicio con bienes particulares, pero sin permiso alguno no podrían ser realizados, es lo que se denominada la intermediación de terceros en la satisfacción del servicio, situación que no se presenta en los bienes afectos al uso público..

Creemos en todo caso, que las dos concepciones (destino para el uso público, destino para servicios públicos) no se excluyen, sino que se complementan, pues la dominialidad pública se observa tanto por que el destino sea para el uso de todos, cuanto porque esté afectado a un servicio público; habiendo servicio público sin que todo el mundo disfrute de él y cosas usadas por todos no afectadas por un servicio público (podríamos poner por ejemplo el mar).

Bienes de uso Público.

Según **PARADA**.¹¹⁷ “esta categoría en España la integran en primer lugar, los bienes demaniales por naturaleza, los definidos en la Ley como aquellos que reúnen determinadas condiciones físicas como los ríos, torrentes, riberas del mar, playas, radas, bienes que la doctrina italiana incluye en el demanio necesario; y también, los que siendo obra del hombre están afectados el uso público en **forma directa** como los caminos, canales, puertos, puentes (artículos 339° y 344° del Código Civil)”. *El subrayado es nuestro, por cuanto consideramos importante resaltar la forma del uso, en este caso, los bienes de uso público presentan efectivamente un uso público directo de parte de la colectividad, generalizado y no individualizado.*

A modo de ilustración el Art. 74.1 del Real Decreto Legislativo cita: “son bienes de dominio público local los caminos y carreteras, plazas calles, paseos, parques, aguas, fuentes, canales, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y policía sean de la competencia de la entidad local”. Definitivamente la relación no debe entenderse cerrada sino abierta por cuanto el código se refiere a otros bienes análogos aludiendo además a obras públicas de aprovechamiento o utilización general.

Aunque dicha clasificación no se encuentra plasmada en un cuerpo legal, en nuestro país encontramos con que por leyes especiales, mediante los cuales los bienes afectos al uso público por su condición natural serían el mar, las playas, los ríos (aquellos que en todo caso puede entenderse que siempre van a ser de tal condición y del cual los particulares tienen un acceso directo), así también se encontrarán en esta clase de bienes los afectados por una determinada acción al uso de todos como las plazas, las

¹¹⁷ Parada, Ramón. Ob. Cit. Pág. 44

avenidas, las calles, los cuales son de uso de todos y son producto de una acción de la administración, entendida mayormente bajo la figura de la expropiación, la misma que implica en sí una afectación (por cuanto se habla de un fin determinado) es lo que se venimos denominando afectación implícita.

*En el ordenamiento argentino, encontramos una situación bastante parecida, se plasma dicha situación en la legislación y agrega la doctrina algunos puntos respecto del uso; es así que recogiendo a **DIEZ**¹¹⁸ podemos señalar que “el uso común debe ser libre, gratuito, igual para todos y sin limitación de término” y a **MARIENHOFF**¹¹⁹ cuando señala “en materia de uso común no es acertado hablar de usuarios individualizados, dado que respecto al uso común strictu sensu el usuario siempre es anónimo, indeterminado y no individualizado”.*

*Es decir, el Uso Público resumiendo a **DROMI**¹²⁰ puede ser “común o especial”. (afirmación que no resulta contradictoria) toda vez que será común por ser el uso que pueden realizar todas las personas en forma directa, individual o colectivamente sujetándose al cumplimiento de las normas dictadas, debiendo ser este uso libre, gratuito, impersonal, ilimitado; mientras que el uso especial es aquel que solo pueden realizar las personas que hayan adquirido la respectiva facultad de conformidad con el ordenamiento jurídico, debiendo ser reglado, oneroso, personal, limitado y bajo las formas de concesión o permiso”.*

Desarrollando lo señalado, podemos indicar que la libertad del uso público concentrará sus límites en la protección del mismo bien y en las funciones de la

¹¹⁸ **Diez, José María.** Ob. Cit. Pág. 510

¹¹⁹ **Marienhoff, Miguel.** Ob Cit. Pág. 44

¹²⁰ **Dromí, José.** Ob Cit. Pág. 33

administración de cautela y protección del mismo bien (tránsito por las vías); respecto a la gratuidad la misma podría entenderse en el tránsito vehicular por las vías la misma que podría tener una tasa, lo que en nuestro ordenamiento puede entenderse como peaje, el mismo que no vulnera dicho requisito sino que deberá entenderse dentro del tema de una concesión de uso para la protección del mismo; podrá ser de uso perpetuo pero con las limitaciones que indique a la administración para la protección del mismo; ello se encuentra plasmado en el artículo 2341^a del Código Civil Argentino.

Respecto al uso de particulares del bien demanial, este puede ser en forma directa, ya sea individual o colectivamente; o en forma indirecta de igual forma individual o colectivamente. La forma directa e individual sería el permiso o la concesión de uso, vale decir los usos especiales. La forma directa colectiva sería por ejemplo el uso de las vías públicas, calles y caminos. La forma indirecta de utilización serían los servicios públicos, los cuales se desarrollaran seguidamente.

Bienes del Servicio Público:

Antes de continuar, cabe aclarar que el servicio público en si (como las comunicaciones y electrificación) se entienden dentro del régimen dominial; lo cual es diferente a los BIENES que como producto de ser destinados o afectados a un servicio público ingresan al régimen dominial; por cuanto en el primer caso nos encontramos ante bienes que por naturaleza o acción humana devienen en demaniales cosa diferente al tema de la presente investigación.

La doctrina ha tratado de limitar el concepto de bienes afectados a la prestación de un servicio público, de donde resultaría la limitación del concepto mismo de los servicios

públicos; en Francia por ejemplo se acepta que los bienes tengan una adaptación exclusiva o esencial al fin particular del servicio público.

El derecho español ha pasado de una concepción restrictiva y prudente de los bienes afectados al servicio público (que es la que luce el código civil) a una mucho más amplia que solo exige para la clasificación del bien como de dominio público que se encuentre afectado a un servicio público, tomando el concepto en su más amplia concepción subjetiva, como sinónimo de organismo subjetivo, dejando de lado la restricción de la titularidad del Estado (artículos 339-2 y 344 del Código Civil); así como la aplicación para la defensa nacional; bastando pues la simple afectación o vinculación con este servicio sin la exigencia añadida de que esa afectación lo sea en función de su especial naturaleza o por haber sido materia de un acondicionamiento.

*Esta ampliación del concepto se debió según **PARADA**¹²¹ a la Ley del Patrimonio del Estado que al delimitar los bienes de dominio privado o patrimoniales de los demaniales deja fuera de aquellos “los bienes que se encuentren afectados al uso general o a los servicios públicos”, precisando además que los “edificios propiedad del Estado en que se alojen órganos del mismo tendrán la consideración de demaniales art.1º”.*

El derecho español contempla al respecto el Art.: 74.2 de la norma acotada bienes de servicios públicos como los destinados al cumplimiento de fines públicos de responsabilidad de las entidades locales, tales como casas consistoriales, palacios provinciales y en general, edificios que sean sede de las mismas, mataderos, mercados,

¹²¹ Parada, Ramón. Ob Cit. Pág. 42

lonjas, hospitales, hospicios, museos; así como los montes catalogados de propiedad provincial.

En el derecho positivo argentino, los bienes que están afectados al uso directo e inmediato de la colectividad, son la casi totalidad de las cosas enumeradas en el artículo 2340° del código civil, pero las cosas destinadas a utilidad o comodidad común no solamente se destinan a un uso directo, por ejemplo un camino sino también a un uso indirecto, por ejemplo una biblioteca pública que traduce la prestación a un servicio público. El código civil argentino incluye en el dominio público toda obra construida para utilidad o comodidad común de manera tal que el derecho positivo indica que la afectación es al uso directo o indirecto de la colectividad, una de cuyas formas es el servicio público; se puede sostener por ello que la palabra utilidad o comodidad común empleada en el código tiene un contenido mas amplio que el de servicio público aunque contenida en el.

La diferencia con el derecho argentino radica en que “los bienes afectados a la prestación de un servicio público, presenta un régimen especial que se asimila al del dominio público, sea que el servicio lo preste directamente el Estado por medio de concesionarios, en razón a la finalidad que se persigue con la prestación del servicio público: satisfacer una necesidad colectiva”. De igual manera podemos encontrar coincidencia con nuestro ordenamiento, cuando se legisla respecto al tema de áreas de aporte reglamentarios (Reglamento Nacional de Construcciones) y las áreas de parques (servicio Nacional de Parques), donde se determina que los bienes dedicados a la prestación de un servicio público deben estar dirigidos efectivamente a ello. La PRESTACION de un bien público como son los servicios de agua potable. Alumbrado,

postas médicas, biblioteca, lugares de culto, sanidad, policiales, etc.; aunque en el Perú se denomine recreación pública.

*En el derecho colombiano no existe uniformidad en su aceptación, por cuanto mientras Carlos Pareja integra en el concepto de dominio público a los bienes afectados al servicio público, Valencia Zea los coloca dentro de los bienes fiscales. Cita formulada por **ULLOA**¹²² al revisar al respecto.*



¹²² **Casto de Ulloa. Ana Luisa.** Ob. Cit. Pág. 76.

LA DESAFECTACION

*Si por el principio de paralelismo de formas, los bienes deben salir del dominio público de manera análoga a aquella a la cual ingresaron, debemos colegir que si un bien ingresa al dominio público por medio de la afectación, debe salir de dicho régimen por medio de la denominada DESAFECTACION. Figura que los franceses llaman “*declassement*”.*

De acuerdo a lo señalado, la desafectación en estricto produce efectos jurídicos contrarios a la afectación; es decir, constituiría por así decirlo la salida del campo de la dominicalidad, salida que no implica en lo general un cambio de titularidad del bien ya que este puede seguir perteneciendo a su anterior propietario, es decir al organismo público (ya sea Estado, Municipio u otra denominación, dependiendo de la estructura orgánica funcional del ordenamiento en estudio).

*Sobre este punto **PAREJO**¹²³ señala, “si la afectación supone una vinculación, la desafectación implica una desvinculación como resulta del análisis de los artículos 341° del Código Civil, 1.1 de la Ley del Patrimonio del Estado y 5. 8.5 del Reglamento de*

¹²³ **Ramón Parejo**. Ob. Cit. Pág. 2420.

Bienes de las Corporaciones Locales. Se trata de figuras simétricas, por lo que la desafectación está sujeta al principio de *contrarius actus*”.

Dicho de otra manera, la desafectación como bien lo señala DIEZ¹²⁴ “puede repercutir sobre el elemento teleológico subjetivo o sobre ambos”. En general digamos aquí, que lo mas importante es la repercusión sobre el elemento teleológico vale decir que la situación se producirá sobre el bien que no esta ya consagrado al uso directo o indirecto de la colectividad.

3.1 CONCEPTO

De acuerdo a los lineamientos del presente trabajo, veremos a continuación conceptos de quienes han desarrollado el tema en cuestión, así encontramos a PARADA¹²⁵ quien señala: “Cesará la afectación en primer lugar por una derogación o modificación de la norma, de igual modo por degradación o desnaturalización, es decir por alteración de los caracteres físicos que definen el género al que el bien pertenece o pertenecía como ocurre en la desecación de un río o la retirada del mar; por lo demás, el efecto de la desafectación es hacer cesar como se ha dicho la demanialidad convirtiendo el bien dominial en particular”, para luego agregar “en los casos de dominio público artificial se producirá por medio de la desafectación”.

Acotamos que el termino “particular” debe ser entendido como “patrimonial” por cuanto en la desafectación no puede hablarse de cambio de titularidad como bien lo

¹²⁴ Manuel Diez María. Ob. Cit. Pág. 431.

¹²⁵ Ramón Parada. Ob Cit. Pág. 67 y 68..

señala **SAINZ MORENO**¹²⁶ quien entiende la desafectación como el “acto contrario a la afectación y que produce el efecto de la juridicidad de la cualidad de derecho público del bien en cuestión. La desafectación no implica sin embargo necesariamente un cambio de titularidad”

Así podemos concluir, que desafectación es entendida en España como el cese de la demanialidad convirtiendo el bien demanial en bien patrimonial, excepción notable y ciertamente singular a ese efecto general la constituye el supuesto de variación del cauce de un río, en el cual una tradicional regla de accesión consagrada en el artículo 370° del código civil español resuelve en el sentido de atribuir la propiedad a los dueños de los predios ribereños. El demanio no pierde por ello en términos cuantitativos, ya que en base del artículo 372° del mismo código se produce una conversión del nuevo cauce en bien demanial.

*De otro lado, en el derecho argentino encontramos opiniones al respecto como la de **DIEZ**¹²⁷ quien señala: “La desafectación consiste en una declaración de voluntad de un órgano del Estado o de un hecho que trae como consecuencia hacer salir un bien del dominio público del Estado para ingresar en el dominio privado del mismo o de los administrados”.*

BIELSA¹²⁸ acota al respecto “la desafectación de las cosas del dominio público determina el cambio de régimen jurídico y su virtual incorporación en el dominio patrimonial..., efectuándose en principio por acto de derecho público; en consecuencia,

¹²⁶ Sainz Moreno. Ob. Cit. Pág. 501

¹²⁷ Diez, José María. Ob. Cit. Pág. 431.

¹²⁸ Bielsa, Rafael. Ob. Cit. Pág. 413 y 414

la cosa pierde los atributos jurídicos del dominio público y podría ser adquirida por los medios del derecho privado, por ejemplo la prescripción”.

*A razón del primero de los autores citados, la desafectación puede concretarse en un acto legislativo o en un acto administrativo, también pueden los hechos servir de base a la desafectación, pudiendo ser estos hechos naturales o humanos, posición no compartida por **BIELSA**¹²⁹ quien entiende que la desafectación se da solo por Ley.*

*De otro lado encontramos al Uruguayo **LANZIANO**¹³⁰, quien indica que la desafectación es la “supresión permanente del destino de los bienes públicos al uso de los habitantes, por actos de la autoridad pública competente, para que los mismos se transformen en bienes particulares”; autor que definitivamente centra su concepto en el entendido que la desafectación es la especie de un genero denominado “extinción del destino público” (cese de la demanialidad). Entendiéndose la transformación en bienes particulares como una posibilidad a futuro y no que se produzca luego del acto y de otro lado, que la misma debe venir de quien se encuentre autorizada para ello.*

Naturalmente, los atributos o cualidades jurídicas del bien público resultan del destino a dicho uso público, pero en cuanto la afectación de los bienes cesa, cesarán también dichas características; podemos ver acaso de lo dicho hasta este punto, que la desafectación requerirá siempre de un acto formal que la declare, ella no puede resultar del propio hecho o por el hecho que la cosa se haga imposible para el destino público del dominio; una calle no dejará de pertenecer al dominio público por el hecho de su inutilidad pues es necesario además en todo caso para que valga como

¹²⁹ Idem. Pág. 400

¹³⁰ **Lanziano Washington**. Ob Cit. Pág. 171.

desafectación que emane de una declaración, la misma que deberá ser regular y legalmente ordenada; realmente sin ella la palabra imprescriptibilidad del dominio público sería una palabra hueca o sin sentido.

Es por ello que surge de todo lo dicho, la necesidad de revisar por ejemplo las formas en las que puede manifestarse; los motivos que la producen y sobre todo las consecuencias de la mismas en los diferentes planos de acción y reacción; para ello, continuando con la metodología del trabajo, se harán cuadros comparativos entre los 2 ordenamientos jurídicos que nos sirven de referencia.

3.2 CLASES O FORMAS

Retomando lo dicho por uno de los autores citados, aceptando que la desafectación está sujeta al principio “contrariu actus”; lógicamente, cuando la afectación se produce por acto singular la desafectación podría ser expresa o implícita con la sola particularidad del llamado dominio público natural (en la que cabe la desafectación por simple degradación o desnaturalización, lo que no constituye propiamente una excepción).

*Es decir, desafectación no implica una sola forma de manifestarse, pudiendo ser de formas diferentes (al menos aceptada en doctrina) por ejemplo **DIEZ**¹³¹ dice: “La desafectación entonces puede concretarse en un acto legislativo o en un acto administrativo, también pueden los hechos servir de base a la desafectación. Estos*

¹³¹ **Diez, José.** Ob. Cit. Pág. 431

hechos pueden ser naturales o humanos”. *Es por ello que se hace necesaria la revisión de cada caso en concreto dentro del ordenamiento correspondiente.*

3.2.1 FORMAL o EXPRESA

ESPAÑA

Siendo que el cese de la demanialidad se produce a través del fenómeno inverso a la afectación (artículo 341º del Código Civil); en principio ésta puede revestir también las formas o variedades antes expuestas en el tema de afectación. Sin embargo, el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales en su versión de 1955 (sin aludir a la desafectación implícita ni la expresa, a las que lógicamente se aplicaban las mismas reglas que a la afectación) regulaba únicamente la desafectación presunta en el párrafo 5 del artículo 8, “se entenderá asimismo - decía este precepto- producida sin necesidad de acto formal la desafectación de los bienes del dominio público y de los comunales que se convertirán en bienes propios cuando hubieran dejado de ser por esta vía”; se admitía de hecho una excepción clara al principio de imprescriptibilidad ya que pasados los 25 años sin utilización del bien por la administración este quedaba desafectado, convirtiéndose en bien patrimonial y desde allí posible de empezar a contarse los plazos prescriptorios civiles.

Se nota que ALVAREZ GENDIN¹³² apoya dicha teoría cuando asevera: “La desafectación de los bienes del uso público o al interés nacional, para hacerlas comerciales se requiere que sea expresa no tácita, es decir por acto administrativo o por aprobación de un proyecto de obras y servicios que pretende sustituir la obra o el otro servicio”.

¹³² Alvarez Gendin. Ob. Cit. Pág. 41

Sin duda con la intención de cubrir la brecha, el reglamento de bienes de 1986 no reguló la desafectación presunta por lo que la desafectación solo podría tener lugar de forma expresa, a través del expediente donde se acreditara su oportunidad y legalidad sin que la incorporación al patrimonio de la entidad de los bienes desafectados; es decir, su conversión en patrimoniales se entiende efectuada hasta su recepción formal continuando mientras tanto ostenta el carácter de bienes de dominio público.

Dicha posición legislativa fue modificada, afirmamos esto siguiendo a SAINZ MORENO¹³³ (en su obra a 50 años de creación de la Revista de Administración Pública) indica categóricamente, “los supuestos de desafectación se darán de la misma forma en la que se produjo la afectación; es decir, si se ingresó por Ley debemos hablar de una modificación de la misma; si se produjo por cambio de condiciones naturales (agotamiento de una mina por ejemplo o por deslinde al comprobarse nuevos límites) o por acto administrativo y en tal caso, será tácita, expresa o presunta (artículo 120º de la Ley del Patrimonio Estatal)”.

Podemos observar como con el transcurso de los tiempos, la teoría de la desafectación tácita ha ido tomando cuerpo en España y dejando de ser la expresa la única forma de desafectación.

ARGENTINA

Sobre el tema planteado, DIEZ¹³⁴ apunta “puede consistir en una declaración de voluntad de un órgano del poder público. Sería lo que se entiende por desafectación formal”.

¹³³ Sainz Moreno. Ob Cit. Pág. 501

¹³⁴ Diez. José María. Ob Cit. Pág. 489

Entiéndase que el autor no hace distinción entre acto legislativo o administrativo; en Argentina la desafectación puede consistir de acuerdo con lo que se ha señalado, en una declaración de voluntad de un organismo o del poder público, es lo que se denomina “desafectación formal” o puede producirse por hechos cuyo origen puede ser natural o humano, pudiendo referirse a bienes naturales o artificiales y tratándose de bienes naturales, la desafectación puede ocurrir quedando subsistente su individualidad o no quedando subsistente su individualidad.

En el primer caso, la desafectación de un bien de dominio público natural no alteraría la estructura física, el bien desafectado continuará no obstante el cambio de su condición jurídica existiendo como tal, en consecuencia se puede afirmar que la potestad para desafectar bienes públicos naturales cuya estructura física permanece inmutable, pertenece a la nación y solo puede ser realizada por ley formal. En el segundo caso, ocurrirá una desafectación por transformación del bien, produciéndose cambio en su individualidad o naturaleza jurídica por ejemplo un lago que se deseeque o se transforme parte del cauce del río en tierra firme.

En el caso de los bienes artificiales siendo creación o construcciones destinadas a utilidad común, la desafectación en este supuesto tiene por efecto la pérdida de la individualidad y el cambio de la condición jurídica del bien. El bien desafectado en este supuesto deja de subsistir como tal. Por ejemplo una plaza que es un bien público artificial en virtud de lo dispuesto por el artículo 2340° inciso 7 del Código Civil Argentino, al ser desafectada se convierte y deja de subsistir como bien de dominio público para el futuro.

De otro lado **BIELSA**¹³⁵ señala “la desafectación debe ser establecida por Ley, decimos establecer en el sentido de crear la norma legislativa pues una cosa es la norma o institución, y otra es el caso que recién se aplica, ese acto es administrativo, pues la administración pública es la que determina y rectifica por la alineación que es lo que se afecta al uso público”

Siendo así, cuando decimos que la desafectación supone siempre un acto o un hecho administrativo, no queremos decir que baste el solo hecho. El hecho constituye el supuesto físico, por eso un hecho puede ser el supuesto real de la desafectación, por ejemplo la modificación física de la cosa, el cambio de curso de un río, el aluvión donde creemos necesaria en todo caso la desafectación formal, aunque la cosa ya no sea apta para su destino de uso público.

3.2.2 DESAFECTACION POR HECHOS o Implícita

*Pero la desafectación no solo se produce según la doctrina estudiada por actos formales sino por hechos; DIEZ*¹³⁶ *justamente señala “en algunas oportunidades los bienes dominiales pueden ser desafectados por hechos humanos o por hechos de la naturaleza, evidentemente los bienes públicos naturales no pueden ser desafectados por hechos humanos”. Lo dicho por el autor resulta coherente en la medida que los bienes públicos naturales solo podrán ser materia de desafectación por hechos de la naturaleza como por ejemplo el cambio del lecho del río, el retiro del mar, etc.*

En cuanto a los bienes artificiales; pueden ser desafectados por hechos humanos realizados por órganos competentes por ejemplo un edificio destinado al uso público

¹³⁵ Bielsa Rafael. Ob Cit. Pág. 400

¹³⁶ Diez José María . Ob. Cit. Pág 436

que con posterioridad es sustraído a dicho uso. En este caso, dicha disposición debe provenir de autoridad competente (tema que se tratará mas adelante); es de señalar, que la cesación de dominio público por hecho natural debe derivar de la circunstancia de que el uso público resulte imposible, caso contrario, de existir la potencialidad de existencia del destino deberá subsistiendo como tal.

Lo dicho en este caso podría implicar una excepción al principio de paralelismo de formas, porque si ingresó al dominio público por un acto administrativo debería salir del mismo por otro acto, pero la doctrina señala que no necesariamente, el caso por ejemplo de una calle que es cerrada definitivamente al tránsito; o el cementerio trasladado a otro lugar, el lugar “desocupado” habría perdido la calidad de dominio público. Cabe acotar que dichos hechos o actos deben ser de la administración por cuanto no se entiende desafectación por hecho o acto humano.

BIELSA¹³⁷ considera que “la desafectación por hechos como una excepción y en este caso asevera que resultará necesaria la **RECTIFICACION ADMINISTRATIVA**, es decir la existencia de un acto administrativo posterior”. En términos generales, la desafectación requiere siempre un acto formal que los declare, por que no puede ser solo producto de los hechos por los cuales la cosa se haga imposible para el destino público del dominio; un canal que se cierra u obstruye por ejemplo y deja de ser canal sin convertirse en camino o calle, no deja de pertenecer al dominio público por el hecho de su inutilidad, pues sería necesario además para que ese hecho valga como desafectación emane de la administración, con lo cual el abandono no representa una forma de desafectación.

¹³⁷ Bielsa Rafael. Ob. Cit. Pág. 413.

En España este rechazo de las formas de desafectación implícita y presunta sitúa la regulación local en leonina con la rígida solución de la Ley del Patrimonio del Estado, que igualmente rechaza el efecto propio de la desafectación presunta es decir del cese de la demanialidad por la vía del hecho, desafectación que no se produce en tanto no se produzca la recepción formal del bien, de no existir seguirán perteneciendo a los bienes del dominio público (artículo 123º).

Para algunos autores se considera errónea la posición de estos publicistas, la cual tiene su origen en asimilar en los ejemplos la extinción del dominio público (especie) con la desafectación, dado que no es lo mismo desafectar a que hechos sin participación del hombre cambien la naturaleza del bien. La desafectación no responde a hechos, aunque se realiza mediante hechos.

Lo que la doctrina no admite en todo caso en términos concretos, es que por un hecho denominado “venta” se desafecte un predio del dominio público, porque para proceder a dicha venta debió previamente desafectarse, con objeto de que el bien ingresara al dominio privado del Estado, y de tal manera se pudiera vender a un particular. La venta del bien dominical en tal caso devendría en NULA.

3.2.3 DESAFECTACION TACITA o PRESUNTA

Tal vez sea esta la forma más complicada y de difícil aceptación; por cuanto si bien es cierto se ha admitido la desafectación por hechos (en algunos casos con declaración posterior), hablamos ahora que la desafectación pueda producirse por el solo transcurso del tiempo y no se le haya dado al bien el uso público que corresponde; es decir; en este caso no nos encontraríamos frente a la disquisición entre actos o hechos,

de lo que se trataría es de OMISION de la administración de un lado y del otro la acción del particular para que se perfeccione la desafectación.

El argentino DIEZ¹³⁸ siguiendo a Marienhoff señala: “El abandono muy prolongado de parte de la administración pública, agravado por la total ausencia de los más elementales trabajos de mantenimiento requeridos esencialmente por el uso público a que la cosa esté destinada, al extremo de que dicho uso público no se efectúe o sea de muy difícil realización, podrá interpretarse como desafectación tácita, aunque debe ser de interpretación muy restrictiva”.

Mientras que para el uruguayo LANZIANO¹³⁹ “la desafectación es tácita, cuando resulta de declaraciones, disposiciones y actuaciones de la entidad pública, que sin tener por finalidad específica desafectar, son sin embargo incompatibles con la subsistencia del bien público”.

De las comparaciones de las citas señaladas tenemos que el autor uruguayo disiente con el argentino por cuanto no admite que el no uso implique desafectación, es más agrega textualmente: “Como corolario de lo expuesto, rechazamos a la desafectación por el no uso inmemorial - aún limitada al dominio público artificial” admitida por DIEZ¹⁴⁰ para quien “el no uso inmemorial comporta una desafectación tácita por hechos humanos, siendo de tener presente, que la calidad dominial, no cesa por el comportamiento de los particulares”.

¹³⁸ Diez, José María. Ob. Cit. Pág. 437

¹³⁹ Lanziano Washington. Ob. Cit. Pág. 177

¹⁴⁰ Diez, José María. Ob. Cit. Pág. 182

Tenemos que la doctrina en su mayoría le ha puesto una serie de reparos a esta forma de manifestación de la desafectación, tal vez lo que mas incide en su no aceptación sea el que para algunos comprometería el dogma de la “imprescriptibilidad del demanio”; aceptar que por el no uso (por el transcurso de años) el bien demanial deje de serlo, implicará que se acepte el hecho que un particular por medio de la posesión del mismo pueda apartar al bien de su función propia a la cual estaba formalmente afectada y con ello por medio de la usucapión poder adquirir el dominio del predio.

*A pesar de todo lo dicho, quien mejor ha desarrollado esta forma de desafectación resulta ser el tratadista español **GARCIA DE ENTERRIA**¹⁴¹ quien en forma muy convincente señala: “La tesis de la afectación y desafectación tácita ha concluido por imponerse”; sostiene en forma sucinta que todo el régimen jurídico de las cosas públicas debe venir determinado fácticamente; siendo ello así, la afectación y por ende la desafectación devendrían de las puras circunstancias de hecho del uso o del no uso, sin precisión de formula sacramental alguna. Agrega además al respecto que “la desafectación no es previa sino simultanea e indivisible respecto del efecto usucapiente constituyendo su argumento superestructural....”*

El autor señala que los distintos sistemas han tomado el tema de las desafectaciones tácitas, incluso Francia (seguidor del cartesianismo administrativo) habría admitido la teoría en su generalidad, contradicción u oposición entre la simple destinación de hecho o titularidad pública.

¹⁴¹ **García De Enterría**. Ob. Cit. Pág. 26, 41 y 42

*La explicación de su teoría se basa en la interpretación del artículo 341° del código civil español el cual señala: “Los bienes del dominio público, cuando dejan de estar destinados al uso general o a las necesidades de la defensa del territorio pasaran a formar parte de los bienes de la propiedad del Estado”, refiere que la clave al respecto se encuentra en la frase – **dejar de estar destinados**; parece referirse a un solo resultado de hecho sin que sea necesario la declaración previa o posterior; es más, agrega para sustentar su tesis que si la inalienabilidad es un atributo del principio de la afectación y por tanto no es realizada por acto formal y solemne, así la desafectación puede resultar igualmente por un medio tácito remisible a la interpretación factica.*

Creemos al respecto, que se debe distinguir dos momentos, primero la adquisición por usucapión y luego la desafectación; de acuerdo a lo sostenido por el autor ambos se dan en un solo momento, es más parecerían ser causa- efecto; es decir, al adquirirse por prescripción habría operado la desafectación; afirmación que no compartimos por cuanto no se entiende la prescripción de un bien que no haya sido desafectado.

*De acuerdo a lo expuesto, la desafectación tácita se presentaría cuando los bienes del dominio público dejan de poseer tal carácter, no por cambiar su calificación, sino por que la cesación de esa calidad se debe a un hecho exterior de la naturaleza o a la transformación en su estado externo, **LA INACCION**; es decir el hecho que el predio no fuera aplicado al fin propuesto por causas varias o por el solo transcurso del tiempo no implicaría la perdida de su calidad dominial; ello nos lleva a preguntarnos en tal caso, si habría diferencia entre inacción de la administración o la acción de los particulares (llámesele ocupación del bien); si el autor se habría puesto en ambos*

*supuestos para hacer hincapié solo al transcurso de tiempo y la comprobación de la no destinación.*¹⁴²

Pero también en España encontramos opositores a la teoría de la desafectación tácita al señalar sus vacíos y sus incongruencias jurídicas; por ejemplo el quebrantamiento de la doctrina de la imprescriptibilidad; así encontramos a:

... **DROMI**¹⁴³ cuando dice: “No puede hablarse de desafectación tácita para designar actos irregulares que supongan hacer caso omiso de la legislación de fondo, como ocurre con las enajenaciones directas decididas sin previa desafectación ordenada por el órgano del Estado correspondiente (en el caso de bienes del dominio público del Estado, una ley especial) o con la admisión de actos particulares que avancen sobre el dominio público estatal (caso de allanamiento del Estado en los juicios de prescripción veinteñal o treintañal)”.

... **ALVAREZ GENDIN**¹⁴⁴ “no basta el simple abandono... no es admisible la desafectación tácita para prescribir pues con ello se desquebraría la doctrina de la imprescriptibilidad”.

La desafectación tácita, como se dijo fue admitida por el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 1955, estableciendo el plazo de 25 años de falta de afectación del bien al uso o servicio público; esta técnica de las desafectaciones tácitas

¹⁴² Otro tema que resulta importante, es cuestionar el concepto que el autor le asigna a – dejar de estar destinados. Sin duda alguna toma un concepto amplio del término y de la acción del verbo, por cuanto el estar destinados no puede ser una cosa de la nada, si no que ameritaría un comienzo y un fin; en el entendido del autor surge la duda del cómputo. Desde cuando se computaría el tiempo para la dación de la desafectación.

¹⁴³ **Dromi, José.** Ob Cit. Pág. 33

¹⁴⁴ **Alvarez Gendin.** Ob Cit Pág. 42

no llegó a admitirse en la legislación del Estado así como tampoco fue recogida por el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 1986, tratando de ser consecuentes con lo señalado por el artículo 132.1 de la constitución que ha impuesto la regla de la imprescriptibilidad a los bienes del dominio público.

Pero a pesar de la eliminación en el derecho español de una regla en que apoyara la validez de las desafectaciones tácitas, un sector doctrinal insiste que con relación a los bienes afectos a servicios públicos, no hay ninguna objeción de principio que se oponga no ya al juego de la desafectación tácita, sino mas aún a que se entienda producida en el momento mismo en la cual comienza la ocupación de tercero. La razón resulta obvia, aquí estamos en presencia de bienes que sin cambio de su naturaleza, pueden pertenecer tanto al dominio público como al patrimonial de las entidades administrativas, solo mientras están efectivamente sirviendo de soporte a un servicio público pueden ser considerados de aquella naturaleza jurídica.

En todo caso, corresponde a cada ordenamiento agregar o no esta forma de desafectación al momento de legislar, teniendo como base lo señalado hasta este momento. Creemos que en el Perú resultaría bastante difícil de aceptarla en la medida que la misma usucapión debe ser declarada en la vía judicial para que opere y sea opuesta y hasta la desafectación en forma incipiente legislada, no está pensada para que se produzca de forma tácita por el problema de vivienda en el país.

3.3 ORGANO COMPETENTE

Para quienes admiten la naturaleza dual a la afectación: legislativa y administrativa en función a la clase de bienes de los cuales hablamos; tenemos que en dicha línea de ideas la desafectación obedecerá o estará en función a la forma de la afectación dada.

... **LANZIANO**¹⁴⁵ “si la creación del bien público fue dispuesta por la Ley, únicamente otra ley podrá disponer la extinción del dominio público para ser transformado en bien particular, salvo que por aquella misma ley, se haya autorizado a la administración a suprimírsele o lo que ésta, está dotada de facultades especiales al respecto”.

... **BIELSA**¹⁴⁶ “la afectación lo mismo que la desafectación deben ser establecidas por Ley por entender que una cosa es la norma y otra es “el acto por la que se aplica” ese acto es administrativo”.

... **DROMI**¹⁴⁷ “cuando se trata de dominio público natural respecto del cual la determinación de su condición jurídica importa su afectación, la autoridad competente será el Congreso, dado que le corresponde dicha determinación. Lo mismo sucede para la desafectación, ya que implicando el cambio de su condición jurídica, solo puede hacerla la mencionada autoridad; en el caso de un bien del dominio público artificial, ella puede devenir del Congreso, de las legislaturas provinciales o de los órganos municipales. La desafectación a su vez, puede declararla la misma autoridad administrativa que realizó la afectación”.

¹⁴⁵ Lanziano Washington. Ob. Cit. Pág. 170

¹⁴⁶ Bielsa Rafael. Derecho Administrativo. 4ta Edición. Tomo II Pág. 434

¹⁴⁷ Dromi, José. Ob. Cit. Pág. 32

... **DIEZ**¹⁴⁸ “la desafectación al uso público para hacer que la cosa entre en el patrimonio privado, debe ser siempre acto del Poder Legislativo, cualquiera sea la esfera de relaciones jurídicas de que trate; el poder administrador puede reglar la cosa del dominio público sometida al uso público con el objeto de permitir o conceder sobre ella un uso especial siempre que este no importe prácticamente una desnaturalización del uso general de la cosa.” **Y además** “es evidente que la desafectación de la cosa respecto al uso público o cese de la facultad de modificar su destino, es el mayor acto de disposición y materia de la autoridad legislativa”.

*De acuerdo a lo indicado, colegimos que habría que diferenciar en este tema cuando se trata de bienes naturales o bienes artificiales; agrega **DIEZ**¹⁴⁹ al respecto: “Es fácil establecer que el único órgano competente para modificar el status jurídico de los bienes naturales es el legislador nacional ya que la Constitución nacional ha sentado el principio de unificación de la legislación civil (art. 67 inciso 11)”. En consecuencia se puede afirmar que la potestad para desafectar bienes públicos naturales cuya estructura física permanece inmutable, pertenece a la nación y solo podría ser realizada mediante ley formal.*

En cambio, al ser los bienes públicos artificiales creaciones o construcciones destinadas a utilidad común por criterio humano, la desafectación tiene por efecto la pérdida de la individualidad y el cambio de la condición jurídica del bien, dejando de subsistir como tal por ejemplo, una plaza que es un bien de dominio público artificial (en Argentina Art. 2340° inciso 7 del CC), así por medio de la desafectación se convertiría en dominio privado para el futuro; siendo así, primero se deberá tener

¹⁴⁸ **Diez José María**. Ob. Cit. Pág. 500 - 501

¹⁴⁹ Idim. Pág. 489

presente el órgano que sea su titular (persona jurídica pública) y que justamente le asigne dicha calidad; de ahí entonces que la potestad para desafectar estos bienes le correspondan a la Nación, a las provincias, facultad que le pertenece como corolario lógico de la que tiene para afectar los mismos bienes.

El sentido de afirmar la existencia de un órgano competente implica la negación que la desafectación pueda producirse por acto de particulares (ocupaciones y/o invasiones); ello resulta no solo del contenido de las citas sino de la lógica que inspira la demanialidad, se puede discutir respecto al órgano que pueda ser competente, así como del instrumento idóneo para ello pero lo que escapa a toda discusión es la participación del particular en la desafectación del bien dominial.

En el caso de los bienes muebles, de igual manera la desafectación puede ser realizada por acto administrativo, por lo que si no tiene actitud para el uso público o para el servicio, así lo amerita.

3.4 EFECTOS DE LA DESAFECTACION

Las consecuencias y/o efectos de la desafectación (denominada por LANZIANO supresión del destino público) son múltiples, dependiendo en gran medida del concepto del dominio público que detente el ordenamiento jurídico. Pero en todo caso, dado que en términos generales la misma elimina la destinación al uso del público, tiene como efecto principal, extinguir el dominio público y como efecto secundario, cambiar la naturaleza jurídica de los bienes; para términos didácticos se ha subdividido las consecuencias en 3 campos o referidos a 3 rubros a seguir:

3.4.1 En la demanialidad y/o titularidad:

... **BIELSA**¹⁵⁰ “la desafectación de las cosas del dominio público determina cambio de régimen jurídico y su virtual incorporación en el dominio patrimonial sea al de los particulares, sea el del mismo Estado”.

... **PARADA**¹⁵¹ “por lo demás el efecto de la desafectación es hacer cesar como se ha dicho la demanialidad convirtiendo el bien demanial en bien patrimonial”.

... **DIEZ**¹⁵² “el efecto fundamental de la desafectación consiste en el cambio de la condición jurídica del bien que de público pasa a privado y cuya titularidad en principio le seguirá correspondiendo al Estado”, **además** “las Cortes han señalado que como consecuencia de la desafectación se produce el efecto general de cambiar la condición jurídica del bien terminando la propiedad pública con ella, tornándola en enajenable, prescriptible, embargable y regida por el derecho civil”.

Desprendemos de ello que por efecto de la desafectación, el Estado o la comuna no pierde la titularidad (entendida esta como propiedad administrativa) ni la potestad (Argentina) sobre el bien, por cuanto no se trata de un cambio en la condición estatal, pero lo que sí genera es que pasa a ser bien patrimonial; perdiendo su condición de bien del dominio público no cambiando generalmente la titularidad del mismo. En el derecho español encontramos una excepción (Art. 370º del Código Civil) por cuanto se

¹⁵⁰ Bielsa Rafael. Ob. Cit. Pág 413

¹⁵¹ Parada Ramón. Ob. Cit. Pág. 69

¹⁵² Diez, José María. Ob. Cit. Pág. 432

establece “los cauces de los ríos que queden abandonados o varíen naturalmente el curso de las aguas, pertenecen a los dueños de los terrenos ribereños en toda la longitud respectiva a cada uno”.

Retomando lo dicho en el capítulo primero sobre el dominio público y su naturaleza jurídica; podemos afirmar que esta clase de consecuencia constituye una de las pruebas o argumentos en los cuales se basa la teoría de la titularidad del Estado respecto a los bienes de dominio público; por cuanto ello explica como el Estado puede enajenar sus bienes una vez desafectados, si no fuese así no se entendería tal facultad (no se puede transferir lo que no se tiene), no podríamos considerar que la sola desafectación pueda convertir en título constitutivo de dominio; si bien es cierto la afectación y desafectación son decisivas en el régimen jurídico aplicable al bien, pero no pueden privar o crear propiedad en contra o a favor del Estado.

3.4.2 En la naturaleza del bien:

...LANZIANO¹⁵³ “de producirse el cambio de la naturaleza del bien, al quedar el bien público transformado en bien particular o fiscal se hace prescriptible”.

Se desprende de ello, que el efecto fundamental de la desafectación consiste en el cambio de la condición jurídica del bien que de dominio público pasa al dominio privado (es decir acto contrario a la afectación).

Los efectos de la desafectación se manifestarán sobre la condición demanial de los bienes. El bien deja de ser del dominio público y pasa al dominio privado, perdiendo

¹⁵³ Lanziano Washington. Ob. Cit. Pág. 155

las características que le sirven de defensa pero el cambio no se producirá automáticamente sino a través de un acto formal de recepción; al respecto el artículo 123° de la Ley de Patrimonio Estatal español acota : “La incorporación al patrimonio del Estado de los bienes desafectados, incluso cuando procedan del deslinde del dominio público no se entenderá efectuada hasta la recepción formal por el Ministerio de Hacienda de los bienes de que se trate y en tanto aquella no tenga lugar, seguirán teniendo aquellos carácter de dominio público”.

Al respecto quisiera acotar, que los bienes en sentido jurídico, son susceptibles de propiedad privada, pero en todo caso habría que distinguir entre el hecho que un bien NO DEBE ser de propiedad privada y NO PUEDE ser de propiedad privada, pues no hay bien alguno no susceptible de serlo, bastaría decirles que no hay dependencia del dominio público que una vez desafectada no pueda ser validamente enajenada por la administración y por lo tanto no sea tratada y administrada como un objeto de propiedad. Con ello queremos insistir que los bienes dominiales no es que no puedan ser materia de venta sino que no deben por sus propias características, las mismas que le vienen del régimen jurídico al que pertenecen.

3.4.3 En terceros:

Finalmente, la desafectación podría alterar los derechos o intereses de quienes tiene una relación con el bien en cuestión; el derecho español en la Ley de Patrimonio Estatal se pone en el supuesto de los concesionarios y el derecho de preferencia de los mismos:

Artículo 127° : “Continuarán en la posesión de sus derechos los titulares de concesiones o autorizaciones otorgadas legalmente

sobre bienes de dominio público cuando éstos pierdan su carácter por incorporarse al patrimonial del Estado”.

Artículo 128° : “Siempre que se acuerde la enajenación de bienes incorporados al patrimonio del Estado, los titulares de derechos vigentes sobre ellos que resulten de concesiones otorgadas cuando los bienes eran de dominio público, tendrán la facultad potestativa de adquirirlos con preferencia a toda otra persona”.

Estamos ante el caso, que como producto de la desafectación se origina la privación de una ventaja o una prerrogativa importante, por ejemplo el cierre definitivo de una calle que impide todo acceso a las propiedades y reconocimiento de un derecho de tanteo y retracto sobre la vía desafectada.

Quienes de igual modo se encuentran en esta situación, serían aquellos denominados “usuarios” de dichos bienes, quienes producto de la desafectación dejarán de algún modo de “usar” o “hacer uso” de dichos bienes dominiales.

Lamentablemente no encontramos en la doctrina una solución a dicho supuesto según señala SAINZ MORENO¹⁵⁴ “el derecho vigente no ha dado solución adecuada a la lesión que pueden sufrir como consecuencia de la desafectación. No obstante, nada impide aquí la aplicación de reglas generales de interdicción de la arbitrariedad y de responsabilidad patrimonial de la administración”.

¹⁵⁴ Sainz Moreno. Ob. Cit. Pág. 502

Sobre esta “categoría” de usuarios la doctrina ha discutido en todo caso, si por ello gozan de un derecho subjetivo o de un simple interés; se argumenta el derecho por el hecho de la defensa ante perturbaciones o impedimentos ilícitos, salvo que se entienda que el nacimiento del derecho esté sujeto a condición suspensiva.

Si efectivamente el usuario tuviera derecho, la acción no expresa un derecho diverso del que por ella se reclame, puesto que es una facultad implícita en todo derecho subjetivo. Rechazamos que el usuario tenga como tal, derecho subjetivo puesto que esta desprovisto de coacción para que se mantenga su ordinaria utilización en los bienes públicos a cargo de la administración, pudiendo esta como es notorio lícitamente alterarla. Los usuarios están protegidos por el ordenamiento en su calidad de persona y no de usuarios.

Sobre el tema LANZIANO¹⁵⁵ señala: “El usuario común de los bienes dominiales tiene un mero interés simple que no constituye derecho, puesto que únicamente cuando la voluntad individual o del ordenamiento o la situación jurídica, son presupuesto y medida del interés, éste puede ser considerado derecho”.

Y MARIENHOFF¹⁵⁶ dice: “En cuanto al uso común que se trata de derechos naturales del individuo de atributos inherentes a la personalidad humana que siempre se presupone está al margen de una atribución legal; es un derecho pre-existente al Estado, innato en el individuo, a quien le pertenece en calidad de miembro de la colectividad y que no constituye un derecho subjetivo, sea privado o público. Posición seguida por

¹⁵⁵ Lanziano Washington. Ob. Cit. 125

¹⁵⁶ Marienhoff Miguel. Régimen y legislación de Aguas Públicas y Privadas. Pág. 705

DIEZ¹⁵⁷ cuando señala: “el uso común constituye por consiguiente un simple interés para los particulares, que como tal no esta reconocido ni protegido en modo directo por el ordenamiento”

Consideramos que a las personas les corresponde el uso común de las cosas del dominio público afectadas a él y ello es como acto inherente a la libertad social y que quien usa de la cosa común no ejerce un derecho privado o público sino que se limita a ejercer una facultad que forma parte integrante de su libertad. Cosa diferente sucede con aquellos que como producto de un acto administrativo reciben bondades del mantenimiento de la dominialidad; en tal caso procederá la conclusión del mismo acto por imposibilidad jurídica, en la debida cuenta que tanto la concesión y el permiso están dados en los casos de los bienes perteneciente al dominio público..

3.5 Desafectación. ¿Cese de demanialidad?

Hemos encontrado a lo largo del tema dominical, una serie de diferencias de parte de los tratadistas citados; claro está que ello deviene de una consecuencia lógica de los ordenamientos jurídicos en que se encuentran inmersos; diferencia de posiciones y doctrinas en cuanto a su naturaleza, objeto, y sujeto entre otros (es decir en cuanto a su nacimiento y vida) no podía ser diferente en cuanto a su “muerte”.

Así encontramos términos como “extinción del destino público”, “supresión del destino público” y “desafectación” todos referidos al cese de la dominialidad.

¹⁵⁷ Diez, Jose María Ob. Cit. Pág. 518

Equiparar por ende desafectación a cese de demanialidad no resulta ser una exageración ni un error; por cuanto en la mayoría de los ordenamientos materia de estudio se ha equiparado la desafectación a todo cese de demanialidad. Así lo ha señalado LANZIANO¹⁵⁸ cuando refiere “obvio es señalar que si un bien público nunca fue afectado, lo que corresponde es suprimirle el destino y no desafectarlo. Esto en rigor etimológico. Sin embargo, tanto en la doctrina como en la legislación, se ha impuesto el término desafectación, prefiriéndose, quizás por inercia, de la inexcusable imprecisión lexicológica”.

De otro lado, se diferencia de igual modo en función a la clase de bien, tratase de bien demanial natural o artificial, por cuanto respecto al primer caso por ejemplo no se entiende la desafectación puesto que no existió afectación para su nacimiento, y en el segundo caso si se equipara la desafectación a la única forma de cese de demanialidad. Justamente, LANZIANO hace hincapié a esta diferenciación cuando advierte: “Para los bienes públicos de origen natural, el cese de la dominialidad, para todo o parte de ellos, puede resultar:

I.- De hechos naturales, por lo que la transformación correspondiente en bien particular, no es supresión de destino público ni desafectación sino extinción de destino;

II.- De hechos, acciones o trabajos ejecutados por la administración, tendientes a lograr el mismo fin, en cuyo caso el cese de la dominialidad, es por la supresión de destino público (llamadas por muchos desafectación); y

III.- De hechos, acciones, trabajo y obras efectuadas en otro sitio por la administración y que indirectamente en el mismo supuesto con apariencia natural, producen el cese de

¹⁵⁸ Lanziano Washington. Ob. Cit. Pág. 171

la dominialidad y por lo tanto, la transformación en bien particular, lo cual podría por ser efecto de acciones administrativas, enmarcables como supresión de destino público (o desafectación oblicua o refleja)”.

Una situación emparentada con las supuestas pero diversa por no constituir desafectación, sino cese de dominialidad por extinción natural (y por lo tanto sin intervención de órgano alguno) se produce en las accesiones aluviónales, dado que la parte del álveo que pasa a tener naturaleza particular, en vez de permanecer en el patrimonio del Estado, se atribuye a los ribereños.

A fin de absolver la pregunta implícita en el sub capítulo; sobre la equivalencia del término desafectación y cese de demanialidad; nos permitimos mostrar una serie de situaciones en las cuales se entiende el cese de demanialidad, ubiquemos la existencia de la desafectación en sus variadas formas de ser el caso. Tenemos por ejemplo:

- *Una vía de tránsito real no incluida en un nuevo plan de vías de planos oficiales.*
- *El no uso por el público de un bien público.*
- *El uso en contrario del bien público.*
- *Destrucción de obras públicas de parte de la administración desafecta al terreno.*

Pues bien veamos en el primer caso, tenemos que la no aprobación no significa que el bien hubiera perdido la condición de calle, avenida, pasaje, el carácter público; aunque implícitamente podría pensarse que sí. En este caso, ameritaría la acción de la

administración que al asignarle otro uso diferente al bien estaría desafectado; caso contrario sucede si el bien se mantiene en su uso y por un error no se le consigno en el nuevo plan, creemos que sigue siendo público por la naturaleza en si.

En el segundo caso, el no uso del público resulta diferente a que hubiera perdido su condición de tal, la calidad de dominio público no cesa por comportamiento de particulares y el uso en contrario por persona diversa al titular público no transforma a este en bien particular, no implicando en ningún caso supresión del destino público ni desafectación por ende. Caso diferente sería el uso en contrario por el mismo organismo, en tal caso si estaríamos ante desafectación implícita. Ya en el último caso, habrá que considerar que un puente deteriorado o destruido, no convierte el terreno que queda solo en no público, habría que ver la acción de la administración respecto al terreno.

Si bien es cierto, es LANZIANO quien propugna que la desafectación es una de las maneras de hacer cesar el dominio público; es decir que constituye una especie del genero cesación del dominio público y que como los bienes públicos pueden perder su aptitud específica sin ser desafectados, en tal supuesto, el cambio de su naturaleza jurídica se opera sin que haya mediado desafectación. Consideramos que tal diferencia obedece al hecho de desconocer la desafectación en los casos del dominio público natural (al cual se le reputa como supresión).

Ante lo mostrado, y poniendo énfasis antes que en la clase de bien sino en los efectos, creemos que desafectación es equivalente a CESE DE DOMINIALIDAD; ya sea que se manifieste por la administración mediante acto administrativo (autorizada por norma)

o por ley en el caso de los bienes naturales, pero el efecto en definitiva es el mismo; al igual que en la doctrina mayoritaria apostamos por la generalización del término en desafectación si el usado para el inicio es afectación.

Recordemos que en el caso de los bienes naturales, si bien es cierto no media un acto administrativo que lo declare, entendamos que la norma declarativa implica en si una afectación y por ende la salida del mismo puede ser validamente por otra ley, una ley que en estricto reconocemos no será un acto administrativo, pero cumpliría el silogismo del paralelismo de formas.



CAPITULO CUARTO: TEMAS REFERENTES AL DOMINIO PÚBLICO EN EL PERU

4.1 Políticas de Administración de bienes Públicos. Marco normativo.

Las políticas de vivienda y urbanismo también se encuadraron dentro de la denominada “modernización del Estado” imperante durante la década del 90°, El Estado se perfilaba a ser cada vez mejor administrador de sus bienes y ello origino la creación de una Superintendencia de Bienes ¹⁵⁹ como el organismo encargado de la administración, control, cautela y como verificador del buen uso de los predios del Estado, aunque en dicho momento no se realizo diferenciación alguna con relación a los bienes.

Dicho organismo hizo uso del único ¹⁶⁰ cuerpo normativo aplicable en el tema de administración de propiedad fiscal; el Reglamento de Administración Fiscal aprobado por Decreto Supremo N° 025-78-VC¹⁶¹; pero el mismo que contenía en si una serie de normas referentes a la administración, no decía nada respecto a los bienes dominiales,

¹⁵⁹ La Cuarta Disposición Final del Decreto Ley N° 25738 – Ley Orgánica del Ministerio de la Presidencia modificada por Decreto Ley 25538 creo la Superintendencia de Bienes Nacionales como organismo público descentralizado con el fin de llevar el registro, control y administración de los bienes inmuebles y muebles que comprenden el patrimonio estatal.

¹⁶⁰ Si bien es cierto existía (y aún vigente) el D.S. N° 004-85-VC modificado por DS N° 004-86-VC. Reglamento de adjudicación de terrenos eriazos.

¹⁶¹ Modificado por Decreto Supremo N° 154-2001/EF y D.S. N° 107-2003/EF; si presentan rasgos al respecto del tema de la referencia.

en todo caso, contenía únicamente la diferenciación general de bienes en muebles e inmuebles.

Lo demás era, solo una serie de normas que se encontraban diseminadas en otros cuerpos normativos; pero en ninguno de ellos se hacía mención al dominio público (materia de estudio), salvo para declarar la inclusión de determinado bien dentro del régimen demanial, pero sin ninguna aclaración del porque de dicha inclusión.

Desde el campo constitucional, encontramos referencias al tema pero que en nada ayudaban a la administración al mejor tratamiento del tema y sobre todo a su aplicación.

La constitución de 1993 respecto al tema contiene 2 artículos: el 73° “Los Bienes de dominio público son inembargables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden concederse a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico” y el 66° “Los recursos naturales, renovables, y no renovables, son patrimonio de la nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento..... por ley se fijan las condiciones para su otorgamiento a particulares” .

*Aparece así de su sola lectura, que el sentido de la norma es identificar o asociar los bienes dominiales **solo** con los bienes naturales situación que de alguna manera era similar en constituciones anteriores con ciertos cambios por ejemplo; el artículo 128° de la Constitución de 1979 hablaba de “los bienes públicos” refiriéndose solo a los bienes del dominio natural lo mismo que el artículo 33° de la constitución de 1933.¹⁶²*

¹⁶² Este mismo concepto se repite en todas las constituciones de la historia republicana; en algunas se hace referencia a lagos, ríos, caminos etc. Caso diferente sucedió en la constitución de 1867 en la cual se

De otro lado, la constitución en su norma base para el tema en comento hace una remisión legal; dicha remisión creemos puede ser entendida hacia dos campos; primero para el tratamiento de los bienes dominiales y segundo para el tema de las concesiones. El hecho es que en ninguno de los dos supuestos existe a la fecha la norma alegada, para no decir invocada (hablando en forma general, por que específicamente se han creado normas referentes a concesiones varias.

En todo caso cabe acotar, que resulta un hecho que la constitución circunscribe lo dominial a los bienes de uso público dejando de lado a los que se conoce como bienes del servicio público, tema interesante y que resulta a la fecha urgente de regulación normativa.

Legislativamente, recordemos que el Código Civil aplicable en dicho marco normativo era de 1984; el cual no recogió el tratamiento referente a los bienes públicos como si lo había hecho el Código Civil de 1936¹⁶³. Aunque claro está, dicho marco legal tampoco dio una definición del dominio público, solo estableció un listado imperfecto, aunque por lo menos contempló el tema, cosa que no se puede decir del Código Civil de 1984. Dicha actitud podría entenderse (estando a lo señalado en su exposición de motivos) en el sentido que el código civil regularía relaciones entre particulares bajo normas de derecho privado por ende lo referente a los bienes públicos debería estar ubicado en un cuerpo normativo aplicable al tema con normas enmarcadas dentro del derecho

considero el concepto “bienes de propiedad nacional”. Otro punto rescatar es el hecho de no haber referencias a las características que señala nuestra actual carta magna. Vease ello en **José Pareja Paz Saldan**. Las Constituciones del Perú. Ediciones Cultura Hispánica. Madrid. 1954.

¹⁶³ El Código Civil de 1936 en su artículo 821 al 823 (teniendo como marco de referencia la constitución de 1933), dedicó el Título II del Libro Cuarto al tema de los bienes del Estado y los particulares. Artículo 823° Los bienes de uso público son inalienable e imprescriptible.

público. Pero no era de esperarse que dicha dación a razón de 20 años aún no se hubiera dado.

Ante dicho vacío, el panorama referente al dominio público se ve completo con normas referentes a casos específicos (servicios públicos, recreación, minas, parques, playas etc.), asignándoseles calidad dominial a ciertos bienes aplicándoseles caracteres por remisión constitucional pero sucedía que existían otros bienes que no tenían tal denominación (justamente por los cambios legales) pero que por su naturaleza eran entendidos y tratados como pertenecientes al dominio público por los diferentes órganos de la administración en algunos casos y en otros no (principalmente el tratamiento de las áreas de aportes reglamentario - justamente situación que originará la necesidad del presente estudio).

Es por ello, que el Estado aplicando el concepto de saneamiento en su acepción más extensa, inicia una serie de procedimientos y crea marcos normativos para corregir los problemas de informalidad, carencia de vivienda en el país y el crecimiento poblacional de la ciudad por traslado migracional de provincias producto del fenómeno terrorista que afectara al país durante la década; lo cual trajo como corolario la evidencia de predios dominiales ocupados por particulares, y habiéndose trasladado la litis al ámbito judicial, complicándose aún más las soluciones.

En dicho momento se estimo la creación de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal ¹⁶⁴; creación que si bien es cierto tuvo como fin corregir la informalidad y el problema de vivienda en el país; pero lamentablemente la solución fue vista desde un punto de vista horizontal (Lima crecía hacia sus lados), cuando los

¹⁶⁴ COFOPRI; creada por Decreto Ley N° 803.

efectos de crecimiento poblacional en línea vertical resultaba mucho más provechoso; creándose de tal forma una serie de inconvenientes e inseguridad jurídica, además del incentivo de las invasiones y la población de cerros, actos que más adelante traerían como corolario problemas como la judicialización de las acciones de la comisión por vulneración de principios constitucionales.

Cosa parecida sucedió con la venta de los mercados públicos a sus poseedores y transferencias de aporte reglamentario por medio de permutas¹⁶⁵.

Dicha situación ha ocasionado y sigue ocasionando una serie de incongruencias no solo administrativas sino también legislativas en cuanto a los bienes estatales; por un lado tenemos a un Estado inmerso en una política de modernización y privatización pero que en este tema tiene “las manos atadas” por cuanto normativamente (a pesar de los vacíos existentes) los bienes dominiales no pueden ser materia de disposición, podría hasta sostenerse que la denominamos “exagerada” protección de los mismos impide su utilización en la prestación de servicios para la colectividad; dicha situación origina que en forma inadecuada la administración (tanto en el campo administrativo y judicial) así como en el campo normativo creara una serie de situaciones que no hacían más que presentar como una necesidad la dación de la Ley del Dominio Público.

En el año 2001, una vez que la Superintendencia de Bienes Nacionales es adscrita al sector economía, bajo el criterio de maximización de recursos¹⁶⁶ se expide el Decreto Supremo N° 154-2001/EF por el cual se aprueba el nuevo Reglamento de Administración de Propiedad Estatal; el mismo que contiene por primera vez un

¹⁶⁵ Puesta de manifiesto en el estudio realizado por Funcionarios de la SBN en Propiedad Estatal. Apuntes Jurídicos y Administrativos. 1988. Lima. Pág. 31

¹⁶⁶ Ley N° 23597. Decreto de Urgencia N° 071-2001.

concepto sobre el dominio público pero que no legisla sobre dichos bienes sino respecto a los bienes de dominio privado del Estado (como señalan sus creadores) como se desarrollara más adelante .

4.2 El Dominio Público en la legislación HOY.

Trataremos de revisar lo que se dice en la legislación actual sobre el dominio público; para ello haremos uso de normas aplicables en el ámbito nacional, regional y municipal, dado los aires de descentralización y regionalización en los que se encuentra envuelto el país (claro con las limitaciones y contradicciones del caso). Ello nos permitirá evidenciar si lo hecho normativamente alrededor de este punto se enmarca dentro de los nuevos aires sobre el tema y sobre todo bajo el concepto de modernización del Estado y Globalización.

4.2.1 Innovaciones del Reglamento de Administración de Propiedad Estatal: DS. 154-2001/EF

La presente revisión no va hacer mención alguna a los defectos y/o innovaciones de la norma en materia que no sean referentes al tema dominial; desde ya dicha revisión resultaría suficiente material de otro trabajo de investigación. (a la fecha en elaboración)

Concepto y clasificación

Es con la dación del Decreto Supremo N° 154-2001-EF que se aprueba el nuevo Reglamento de administración de la Propiedad Estatal (vease el cambio en la

denominación); se deja de lado el termino medieval “fisco” haciendo uso del termino “Estado”.

Respecto al tema propuesto, se recoge por primera vez un concepto sobre dominio público, que si bien es cierto la norma tiene carácter reglamentario y regula sobre bienes de dominio privado, resulta interesante su estudio por cuanto por primera vez en más de 15 años se hace referencia al dominio público en términos generales para conceptualizarlo.

El concepto del dominio público lo encontramos en el artículo II del titulo preliminar de la norma acotada; cuando señala “son bienes de dominio público:

1. Los bienes **destinados** al uso público, constituidos por las obras públicas de aprovechamiento o utilización general, cuya conservación y mantenimiento le corresponde a una entidad estatal
2. Los bienes de servicio público, que son aquellos **destinados** directamente al cumplimiento de los fines públicos de responsabilidad de las entidades estatales; así como los bienes destinados directamente a la prestación de servicios públicos o administrativos
3. Los bienes **reservados** y **afectados** en uso a la defensa nacional
4. Todos aquellos a los que por ley se les confiera tal calidad”

Dicho concepto distingue 4 clases de bienes que deberán ser considerados dentro de la demanialidad; de dicha clasificación se observa en hora buena la inclusión de los bienes del servicio público; corrección del error constitucional que desde nuestro punto

de vista asocia lo dominial únicamente a los bienes naturales, quedando claro en este caso además, que los bienes de uso público son una especie dominial pero no son equiparables ni único bien demanial; por ende podemos afirmar en forma concordante con la doctrina que el dominio público constituye el genero mientras sus especies devienen en manifestarse en los de uso público y servicio público.

*De otro lado, se recoge por primera vez la incorporación de bienes dominiales por acto de la administración (para los casos del servicio público), es decir la inclusión de los denominados “bienes dominiales accidentales o artificiales”; lamentablemente la terminología no resulta adecuada por cuanto presenta complicaciones al momento de la lectura sistemática; el Reglamento usa indistintamente los términos “**destinación**” y “**afectación**” (el sombreado es nuestro), lamentablemente por ello y sobre todo por la equiparación de la afectación a un acto de disposición es que no podemos afirmar categóricamente que se habría recogido la teoría de la afectación en la construcción del dominio público; pero lo que si se desprende del concepto es que el ordenamiento peruano recoge la teoría de la dualidad de ingreso al dominio público; es decir, el ingreso por mandato legal y por medio de acto de la administración (en todo caso valga recordar que ello es justamente lo que en derecho comparado se entiende como afectación).*

Creemos que en forma tenue se menciona el término afectación cuando se habla de los bienes de defensa nacional pero en forma copulativa al termino “reservados”, pero no se desarrolla al respecto una teoría o no se recoge lo esencial del tema; tal vez lo correcto hubiera sido señalar la destinación para los bienes dominiales naturales y la afectación para los bienes del servicio público (artificiales). Diferenciación de términos

en cuanto al objeto, por cuanto lo esencial en un primer caso es la destinación (natural) en cambio la afectación es por aplicación; sea tal vez la única explicación a este confuso uso de términos por la presencia en nuestro ordenamiento del mismo termino para referirse a un acto de disposición.

*Analizando los grupos de bienes señalados, tenemos que en el inciso 1, se constriñe el concepto “uso público”; por cuanto señala que será dominial “**el bien de uso público constituido por obras públicas de aprovechamiento o utilización general...**”; de ello podría interpretarse que solo los constituidos por obras serán dominiales pero nos preguntamos y los demás; por ejemplo las calles, los ríos, el mar, el aire; en fin, todo aquello que naturalmente es dominial no lo sería. Si bien es cierto, el inciso 4 puede corregir tal hecho, ello no significa que no tomemos en cuenta el error. Es más, consideramos que el inciso al no hacer mención a los bienes dominiales naturales por excelencia, estaría privando de declaración lo que constituye dominial por su destinación en su nacimiento en términos generales (como bien lo señala la doctrina).*

Un reconocimiento a los bienes naturales no hubiera estado de más, y copulativamente agregar las obras públicas. Ya que el solo ser un bien de uso público ya lo hace pertenecer al régimen dominial, no resultaría entonces necesario que se hagan distingos ni exclusiones.

*El inciso de igual modo, pudo haber contenido una relación usualmente encontrada en el derecho comparado por cuanto sabemos que a la fecha de su dación tuvo inspiración de la doctrina española. Tal vez, se pretendió corregir dicha falencia con el inciso 4 como señalamos, cuando se habla en forma general “**a todos los bienes que la Ley les***

confiera tal calidad”, pero ello nos llevaría nuevamente a dejar en la interpretación la designación de los bienes demaniales, la misma que de acuerdo a lo señalado sería solo materia legislativa o administrativa (afectación).

El inciso 2, indica desde nuestro punto de vista la designación de los bienes artificiales que ingresan a la dominialidad por causa de la afectación, aunque se haga uso del término “destinación”. Consideramos que la norma pudo ser mas rica en el detalle por tratarse de una de contenido reglamentario y sobre todo por la abundante doctrina al respecto del tema.

Podría pensarse al respecto, las causales que llevaron al legislador a no llamar por su nombre a la afectación, tal vez por un lado el hecho que en el derecho peruano existe una figura denominada “afectación” (muy arraigada en la normatividad de derecho público) y por otro la no inclusión de las áreas de aporte reglamentario dentro del ámbito dominial, por lo que a fin de evitar confusiones en el uso de los términos se hizo uso de un termino diferente, pero lamentablemente la norma en si contiene muchas imperfecciones y por ende ha traído las consecuencias que se señalan

*Al final del artículo sub-examen, encontramos expresamente la opción del legislador respecto al tema de la titularidad sobre los bienes dominiales; se le asigna al Estado no un derecho de propiedad o titularidad, sino una **potestad reglamentaria, administrativa y tutela de acuerdo a ley**, hecho que se contradice creemos con lo señalado en las normas existentes referentes al dominio público; donde se hace alusión expresa a la titularidad del Estado¹⁶⁷*

¹⁶⁷ Ley de Aguas. DL 17752. Ley de Playas N° 26306. Como muestra, la relación la podemos encontrar en el primer capítulo cuando se desarrolla el tema de Titularidad Dominial.

Sobre este tema, si bien es cierto no hay unanimidad en la doctrina ni en la jurisprudencia, es de señalar que de la revisión de las normas sobre designación de bienes dominiales se puede colegir que el legislador peruano habría optado por IDENTIFICAR dominio público con titularidad, pero no bajo el concepto de poder absoluto de “propiedad” del Código Civil (que regula relaciones particulares) por ello nos asombró que el Reglamento se hubiera inclinado por el termino “administración”; en todo caso, habría que ver a que se hace referencia con el termino “administración”, creemos que resulta claro que “administración” esta siendo usado en este caso, bajo el concepto que los bienes dominiales no pueden ser materia de propiedad, siendo así, el tema implicará una doble contradicción; la primera referida a la regulación en la cual los bienes dominiales producto de leyes son de “titularidad del Estado” ejerciéndose derecho de propiedad de parte de éste dentro del marco jurídico y los que fueran producto de la aplicación del reglamento son “administrados” pero no son propiedad de nadie; la segunda referida al contenido de la constitución, la cual hace referencia a un “dominio” y no a una “facultad” o “prerrogativa”.

Si bien es cierto no existe una única solución al respecto; debe tenerse presente que con el paso del tiempo, luego de la evolución social, tecnológica y doctrinal se han impuesto ciertas tendencias en identificar el derecho de propiedad estatal con lo dominial; justamente por ello consideramos que la contradicción entre en reglamento y las normas existentes sobre dominio público debería ser vista en una ley; en todo caso, la cuestión radica en este momento en el énfasis a la hora de definir el dominio público, ya sea en las potestades dominicales o en la orientación vinculante de la administración y sus medios de satisfacción del interés general.

De otro lado, encontramos en el Reglamento la designación de la clasificación de los bienes estatales; los de dominio público y dominio privado (recordemos que ha sido únicamente el Tribunal Constitucional quien por sentencia ya comentada, hizo mención a dicha clasificación sin base legal nacional debiendo remitirse al derecho comparado para dicha declaración)..

*El artículo III del título preliminar hace referencia a los bienes de dominio privado en contraposición a los del dominio público, señalándose que “estos” si son pasibles de propiedad por no estar destinados al uso público ni afectados al servicio público. Hasta aquí el concepto resulta lo más completo; es más, se nota el uso correcto de los términos, aunque disentimos con el segundo párrafo donde se refiere “...se ejerce el **derecho de propiedad con todos sus atributos, sujetándose a todas las normas del derecho común**”; sobre este tema convencidos de la finalidad del Estado, creemos que los bienes estatales denominados patrimoniales o de dominio privado no pueden regirse por normas de derecho privado, la prueba lo constituye justamente el mismo reglamento que ha sido dado para la aplicación a los bienes de dominio privado o en todo caso en su defecto, la aplicación de normas de derecho privado.*

Afectación.

*Encontramos en el artículo anterior el termino “afectación” referido a los bienes de defensa nacional como ingreso al dominio público; en otros momentos se encuentra el termino “destinación” pero creemos que por la esencia de su contenido, se usa destinación cuanto quiere decirse afectación; tal vez el problema en el uso del termino afectación aplicado al dominio público colisiona con lo que se señala mas adelante cuando se acota: **artículo 78º**: La afectación en uso es el derecho que permite a una*

entidad pública o a un particular usar y administrar un predio de propiedad estatal a título gratuito, para un fin determinado compatible con la función del Estado” ¹⁶⁸

*Es más, la administración ha desarrollado una serie de disposiciones al respecto (directivas) que regulan la actuación de la administración, estableciendo causales, obligaciones, prerrogativas tanto de los afectatarios y el Estado, funciones y sobre todo causales de extinción¹⁶⁹, pero ello no es visto como el ingreso a la dominialidad a pesar que se trata de bienes de dominio privado a excepción de los aportes reglamentarios, opinión en contrario la encontramos en **GARCIA MONTUFAR** para quien la afectación implica el ingreso a la demanialidad¹⁷⁰ por la esencia del uso que se realiza*

Creemos que esto trae como corolario una confusión; decíamos en el primer capítulo que la terminología “afectación” no era la indicada para determinar el punto central de la dominialidad sino la de consagración; pero en el caso peruano se suma además la existencia de “afectación” como acto de disposición. Podría entenderse de este modo las dos acepciones que tendría el término, ello podría explicar el uso del término “destinación”.

Sobre este punto sería oportuno analizar el contenido del artículo 23° del Reglamento que a la letra dice: “No pueden ser afectados en uso los predios del dominio público del Estado”; siendo así, en el entendido que la afectación constituye el ingreso a la

¹⁶⁸ Figura a la que se hace referencia en el antiguo reglamento D.S. 025-78-VC (artículos 67° y 72°; acto administrativo por el cual el Estado entrega a una entidad pública o a una institución privada que contribuya con las funciones del Estado, el uso y administración de un predio a efectos que lo destine a los fines institucionales bajo sanción de reversión; el Estado no pierde la titularidad del dominio y se inscribe como carga.

¹⁶⁹ Directiva N° 005-2002/SBN aprobada por Resolución N° 022-2002/SBN del 12.07.2002 publicada el 25.07.2002.

¹⁷⁰ **García Montufar, Guillermo.** Ob. Cit. Pág. 43

dominialidad resultaría comprensible que no pueda afectarse un bien de dominio público (imposibilidad jurídica); de otro lado, si se entiende a la afectación como acto de disposición (bajo el entendido que los bienes dominiales no pueden ser materia de disposición salvo la concesión y el permiso) de igual modo no sería posible jurídicamente por hacer referencia a particulares. Todas estas situaciones resultan necesariamente ser corregidas y ello solo puede darse por medio de la Ley al respecto.

De lo expuesto tenemos, que el reglamento si bien es cierto contiene una serie de innovaciones, las mismas que a la luz del derecho comparado tienden a opacarse por las incongruencias en su contenido (solo nos estamos pronunciando sobre el tema dominial). Estas interrogantes que no tienen respuesta en el reglamento y que en su aplicación han llevado a contradicciones, lamentablemente no han sido tomadas en cuenta en su modificatoria contenida en el D.S N° 107-2003 por cuanto no se da cuenta de ello, pensándose tal vez en la próxima dación de la Ley del dominio público.

Desafectación.

*A lo largo de los capítulos antelados, la doctrina usa el término “afectación” como ingreso a la dominialidad y por ende la desafectación como la salida del mismo; veamos ahora si el reglamento ha recogido el sentido y el fin de la desafectación (salida del régimen dominial) sobre este punto, el reglamento en su artículo 15° señala “los bienes provenientes de aportes reglamentarios que tengan atributos de inalienabilidad, imprescriptibilidad, intangibilidad, reserva o caracteres similares podrán excepcionalmente incorporarse al dominio privado del Estado, **previo procedimiento de desafectación** ante la Superintendencia de Bienes Nacionales” Pero más delante de igual modo en los artículos 96° y 98° se expone sobre las causales y efectos de la*

desafectación en uso (aplicado como acto inverso a la afectación en uso). Dicho así, se pueden desprender varios puntos a desarrollar.

Lo primero que viene a nuestra mente es que en el primer artículo comentado, la *desafectación* es tomada como el procedimiento por el cual, la administración podría disponer de los aportes reglamentarios (sin reconocerle calidad dominial claro esta) siendo así el termino no estaría refiriéndose en todo caso a lo que se entiende en la doctrina como *desafectación* – cese de demanialidad en la medida que no se habla de dominialidad previa. Creemos que solo ha sido usado para solucionar el problema de las permutas y ventas de los aportes y en nada hace referencia al concepto mostrado en el capítulo anterior.

De otro lado, se habla de un procedimiento el mismo que no existe en el reglamento, recordemos que las directivas dadas sobre el procedimiento de *desafectación* (existente) se encuentra referida a las *desafectaciones en uso* las mismas que se aplican a la fecha sin tomar en cuenta la calidad de los bienes. En todo caso, las incongruencias referidas en el campo de la *afectación* se repiten de igual modo en el tema de la *desafectación*, por lo que no se puede entender como *plasmación normativa* el artículo 15° del Reglamento.

Que si bien es cierto, la terminología puede presentar una serie de inconvenientes, creemos que en todo caso lo principal deviene en la *ratio legis* de la norma; tendría sentido señalar que por medio de la *afectación* se incorpora un bien del dominio privado al dominio público, pero siendo así, como puede entenderse que se pueda *afectar* un bien de calidad de aporte reglamentario a determinado uso, podemos pensar

que ello implica aseverar que por dicho acto el bien quedaría incorporado al dominio público por cuanto antes no lo era; y siendo así, no había sentido para aplicar la desafectación a los aportes; una respuesta que podría saltar a la vista es, **solo para hacerlo disponible**; pero ello trae como corolario y afirmación que para el reglamento el aporte no es dominial, lo cual se contradice con las normas sobre la materia y sobre todo por la esencia de los aportes (servicios públicos), que desarrollaremos más adelante.

Acotamos de otro lado que la redacción del artículo en comento¹⁷¹ es pésima por cuanto haría referencia a los aportes que tengan ciertas características, dejando abierta a la interpretación la existencia de aportes que no los tengan, trayendo como corolario el argumento que deberá existir un acto por el cual los aportes adquieren dichas características.

Otro de los inconvenientes de dicho razonamiento descansa en el hecho que de acuerdo a la norma, la afectación en uso puede ser asumida por particulares para realizar justamente la aplicación en uso, cuyo incumplimiento devendría en la desafectación, con lo cual se admitiría la desafectación producto de acto particular, lo cual resulta contrario a lo apuntado en el tercer capítulo.

Insistimos que el Reglamento solo ha recogido el tema de la desafectación por una cuestión coyuntural (venta de los aportes reglamentarios), el mismo que a la luz del

¹⁷¹ **Artículo 15° del D.S. N° 154-2001-EF:** Inmuebles Fuera del Comercio. Los predios provenientes de aportes reglamentarios que tengan atributos de inalienabilidad, imprescriptibilidad, Intangibilidad, reserva o características similares, podrán excepcionalmente, incorporarse al dominio privado del Estado previo procedimiento de desafectación ante la Superintendencia de Bienes Nacionales.

Reglamento en todo caso no es considerado ni bien privado ni público. Se ahondará en el tema cuando se trabaje sobre aportes.

4.2.2 Normas Municipales.

La Ley Orgánica de Municipalidades aprobada por Ley 27972¹⁷² contiene de igual manera referencias acerca del tema dominial pero con sus propios acepciones y del mismo modo con sus propios errores. Recordemos que lo dominial no es exclusivo del gobierno central, pueden ser municipales y hasta regionales (dependiendo de la estructura orgánica del país al cual se aplica).

*Así, el capítulo II dedicado al patrimonio municipal; se refiere a las características de la dominialidad conocidas en su artículo 55° penúltimo párrafo (inalienabilidad e imprescriptibilidad). Resultando interesante que se ubique el tema de las características dominiales dentro de este artículo dedicado a las disposiciones generales del capítulo de la **propiedad** municipal; ello podría llevarnos a concluir que la Ley de Municipalidades se aparta del Reglamento por cuanto estaría apuntando a la teoría de la propiedad respecto a los bienes dominiales.*

El contenido del artículo 56° referido a los bienes que conforman propiedad municipal creemos que nos da la razón, por cuanto se hace referencia en el mismo (bienes muebles e inmuebles de uso público destinados a servicios públicos y locales); lo cual al margen de conllevar a interpretaciones incoherentes si representa una posición diferente a la señalada en el reglamento y que en todo caso es conocida y aceptada por la doctrina en forma mayoritaria como lo expusiéramos en el primer capítulo.

¹⁷² Publicada con fecha 27 de mayo del 2003

De otro lado, veamos ahora las consecuencias que podemos desprender de la lectura del artículo: por ejemplo, “solo los bienes públicos destinados a servicios públicos son de propiedad de la municipalidad”, lo cual nos lleva a preguntarnos a contrario sensu quien sería titular de los bienes públicos no destinados a servicios públicos, lamentablemente, la norma no dice nada al respecto ni mucho menos cuales son esos bienes dejándose nuevamente todo a la interpretación. El artículo no hace mención a los ríos, aguas, playas (los cuales por naturaleza son dominiales), no los incluye pero luego los tiene presente en el artículo 62° referente a la condición de bienes públicos denominados bienes naturales.

Pero lo que resulta peculiar es el contenido del artículo 65° al hablar de la cesión en uso o concesión, por cuanto dicha facultad es respecto a los bienes de propiedad de la municipalidad; es decir, vemos que efectivamente esta ley si asocia titularidad con bien dominial a diferencia del Reglamento.

Posteriormente; en mérito a la norma materia de comentario, la Municipalidad del Callao en forma sorpresiva y sorprendente legisla mediante Ordenanza sobre el régimen de constitución, clasificación, atributos y administración de los bienes de uso público, por ende referido al dominio público; en la cual hace mención a lo que se entiende por dominio público¹⁷³ y las competencias de la municipalidad al respecto.

La ordenanza en su artículo 2° contiene un concepto de bien público; definiéndolo como “todos los utilizados por la población para la satisfacción de sus necesidades cotidianas entre ellas tenemos a las calles, veredas, parques, puentes, carreteras, playas, ríos entre otros” de allí podemos desprender que se hace referencia en forma indistinta

¹⁷³ Ordenanza Municipal N° 000015 del 17 de setiembre del 2003

a los bienes naturales como a los artificiales. Pero distingue luego en el artículo 5°, en mérito a la finalidad de los bienes de uso público en los destinados al uso público y los de servicio público local (en el entendido que estamos hablando de una norma municipal). Distinción que como vamos a ver no hace más que agrupar nuevamente en forma indistinta los bienes naturales y los artificiales.

*Concentra en el primer grupo a las plazas, parques, paseos, alamedas, malecones, bosques, vías públicas, intercambios viales, puentes túneles, así como las fajas marginales de los ríos aplicables a los usos previstos en los planos, las zonas de dominio restringido y la franja permitida de playas, **los aportes reglamentarios**, los equipamientos con fines de educación, deportes, recreación y otros similares, así como las áreas de reservas paisajísticas y de conservación local y otros análogos de aprovechamiento o utilización general; a diferencia del segundo que agrupa a aquellos que sirven a la prestación de cualquier servicio público local, así como edificios, bibliotecas, museos, mercados, playas de estacionamiento, postas medicas, campos deportivos, áreas para relleno sanitario, el mobiliario urbano general y otros similares; es decir **TODO ES DE USO PUBLICO** a excepción de lo que la misma municipalidad decida, prerrogativa que creíamos habría sido superada por la doctrina mayoritaria al aceptarse la existencia de bienes de derecho privado del Estado.*

Para reforzar lo dicho, en el caso de haber obviado algún bien, en la primera disposición complementaria de la ordenanza hace alusión a una relación de bienes que deben ser entendidos como bienes de uso público de la municipalidad.

Continúa la municipalidad sobre el tema y dedica el capítulo II al tema de las afectaciones; resultando bastante peculiar el contenido del artículo 14° en el cual se señala que “por la afectación se establece que determinada propiedad sea del Estado, de las municipalidades o de terceros, se vincula o integra al concepto y a las regulaciones aplicables a los bienes de uso público” agregándose en el siguiente artículo (15°) que “la afectación puede ser dispuesta por ley, ordenanzas o acto administrativo”

En este caso, definitivamente el concepto “afectación” se encuentra bastante distante del trabajado en el segundo capítulo (dominante en la doctrina sobre el tema de la dominialidad); no podemos entender a que clase de afectación se está refiriendo la municipalidad, no creemos que se trate del ingreso de bienes a la dominialidad si se habla de bienes de terceros, por cuanto una premisa de los bienes dominiales es que se traten de bienes del Estado, Municipal o Regional, recordemos que el paso a la dominialidad no supone cambio de titularidad; situación que se presentaría en el caso del contenido del artículo en comento. Pero lamentablemente, parecería de la lectura sistemática de la ordenanza, que se hablaría del momento preciso de ingreso a un régimen de regulaciones aplicables a los bienes de uso público.

Surge de este modo, la inquietud por determinarse si la norma estaría equiparando el término “bien público” a “bien de uso público”; tratemos en todo caso de salir del oscuro túnel donde nos hemos sumergido dadas las constantes ensayos de innovación de la normatividad al respecto.

Señalamos que la doctrina suele asemejar los términos de bien dominial a bien público, de otro lado resulta claro que los bienes del Estado pueden ser de dominio público y de

dominio privado, los de dominio público pueden ser destinados al uso público (comunidad, libre, gratuito, general no individualizado) o servicios públicos (determinados), pero la premisa de la cual se parte (como lo hemos visto) es que sean públicos (Estatales, municipales o regionales), por lo que hablar de bienes de uso público implica que la norma debe estar referida definitivamente a los bienes públicos, los cuales producto de la llamada “destinación” ó “afectación” ó “consagración” se encuentran inmersos en el régimen dominial, por ende resultaría un contrasentido hablar de bienes de uso público de particulares (en el entendido que los terceros sean particulares), en este caso el “bien” previamente debe ingresar a la “titularidad” o “administración” como quiera llamársele del ente público para hablar luego con pertinencia de la destinación de los mismos y diferenciarlos.

Insiste la norma en el sentido de concordar afectación con bienes de particulares cuando señala en el artículo 21º “toda afectación sobre áreas de propiedad privada tendrá una duración de 10 años contados a partir de la vigencia de la norma que aprobó la afectación, pudiendo ser renovada por una sola vez”; indicando de igual manera un termino (es decir su cese) de su condición sin que tenga que ver en ello la destinación o cosa que se le parezca.

Pero lo que más nos impresiona es el contenido del artículo 24º referente a la extinción de esta clase de “afectaciones”, se dice que: “las afectaciones de duración definida quedarán sin efecto de pleno derecho, si el inmueble de propiedad privada no fuese adquirido durante la vigencia de la afectación por la entidad o el organismo público en cuyo favor haya sido impuesta” y aseveramos sorpresa por que definitivamente el artículo confirma la teoría, la ordenanza encierra una expropiación con nombre

diferente y sin causa alguna ni existencia de justiprecio, lo cual no solo constituye un exceso sino un acto inconstitucional que va en detrimento del sistema jurídico.

Ello no significa que se niegue la existencia de determinados bienes que siendo propiedad privada cumplan fines de uso público por ejemplo el caso de una avenida, la misma que pudo haber sido diseñada como tal sin tenerse en cuenta su titularidad o el caso de la ampliación de una vía; en dichas situaciones se trata efectivamente de bienes de uso público, pero la administración en tal caso incorpora dichos bienes al ente público. En nuestro país y en la mayoría de los países del derecho comparado a esto se le conoce como expropiación.

Bueno, en todo caso si bien es cierto el concepto de afectación realmente no nos dice mucho, si refleja la intención del legislador para determinar el ingreso de los bienes a la dominialidad, aunque resultaría un retroceso aceptar que todo lo público es dominial y hasta de terceros.

La ordenanza contiene de igual modo la figura de la desafectación; el artículo 27° dice “mediante la desafectación cesa el uso público de un bien, sin que ello implique el cambio de titularidad de la propiedad del mismo”; concepto similar al que se desarrolla en la mayoría de la doctrina a la cual nos hemos referido en el tercer capítulo; pero que no guarda relación con lo que luego desarrolla la misma ordenanza respecto al tema.

Sobre este tema entendemos que la ordenanza diferencia “extinción de afectación” con “desafectación” aplicando el primero para los bienes de particulares y el segundo para

*los bienes públicos; pero lamentablemente en el tema de las formalidades de las desafectaciones encontramos otra incongruencia (artículo 29º) cuando señala “**las desafectaciones, en todos los casos, inclusive las de bienes de uso público.....**” siendo así se esta refiriendo que el termino desafectación también se aplica a los bienes particulares, lo cual guarda lógica con el contenido de afectación de la ordenanza, la misma que difiere diametralmente con lo expuesto por la doctrina.*

No pretendemos analizar artículo por artículo la ordenanza, pero era necesario para interés del presente trabajo, detenernos en los puntos más importantes, determinar las innovaciones y las incongruencias de las mismas a la luz del derecho comparado. Definitivamente vemos con buenos ojos el interés de la entidad local de legislar al respecto pero ello no ha hecho más que aumentar los contrasentidos y las consecuencias de las mismas se notarán en su aplicación.

Creemos que la ordenanza se distancia del Reglamento y si bien dichos entes son autónomos ello no significa que deban contener normas opuestas referidas a la dominialidad, encontramos de igual manera el interés de la municipalidad de legislar sobre bienes viales (que al ser público) ha querido incorporar o aplicar dicho concepto a todo, provocando las incongruencias a las que hemos hecho mención.

4.2.3 Normas referentes a razón del proceso de regionalización y competencias de las regiones.

Dentro de la normatividad existente sobre descentralización y regionalización¹⁷⁴, encontramos de igual modo referencia a los bienes del Estado una vez creada las

¹⁷⁴ **26922**. Ley Marco de Descentralización, publicada el 02.02.1998; **27783**. Ley de Bases de la Descentralización (20.07.2002); **27867**. Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales (18.11.2002).

regiones, algunas han emitido ordenanzas en las cuales podemos encontrar una serie de disposiciones sobre el tema de los bienes del Estado, pero no han hecho referencia alguna al tema dominial, dejando solo precedente respecto a la contienda de competencias existentes.

4.3 Análisis de proyectos de leyes pendientes en Congreso. Propuestas legislativas.

La necesidad de una Ley que legisle sobre los bienes públicos y en especial por los bienes dominiales descansa en la conciencia que tanto el reglamento como la ordenanza, al margen de los errores de los que puedan adolecer y de las innovaciones, no resultan ser la norma a la cual se remite la carta magna (remisión legal) por cuanto ya sea el Reglamento o la Ordenanza al ser normas de carácter reglamentario y de estrecha aplicación correspondientemente no serían competentes para establecer disposiciones generales aplicables a todas las entidades, ni la norma que pueda determinar restricciones o llamémosle limitaciones a los derechos de particulares en los temas de inembargabilidad e imprescriptibilidad de los bienes del Estado; sumado a ello encontramos el convencimiento que el vacío dejado por el Código Civil de 1984 no puede ser suplido por un reglamento ni mucho menos por una ordenanza (cuya aplicación es limitada al ente local).

Ley que de manera clara, expresa y general regule el régimen legal de los bienes del Estado, dentro de los que se encuentran definitivamente los bienes dominiales, pudiéndose de tal forma constreñir toda la normatividad existente; la cual pueda ser aplicada para los de dominio público municipal.

Justamente lo expresado resulta ser el propósito del Proyecto de Ley N° 3580 ¹⁷⁵ (uno de tantos proyectos que lamentablemente sigue en comisión) mediante el cual se propone como se señala en el mismo texto “establecer las pautas básicas para implantar el régimen y determinar los bienes que integran el dominio público protegido por la Constitución”; dicho proyecto ha sido materia de evaluación de los entes administrativos correspondientes y será materia de discusión congresal, por lo que resulta necesario esbozar a continuación sus aciertos y sus no – aciertos.

El Proyecto se encuentra aplicado a todos los bienes del Estado, cualesquiera sea su naturaleza señalándose dentro de sus disposiciones generales (artículo 2°) la conocida clasificación de los bienes estatales; en bienes de dominio público y bienes patrimoniales (existe un error tipográfico por que se hace uso de una disyunción en lugar de una conjunción); tema acertado en la medida que sería la primera norma con rango legal que contempla la clasificación que por unanimidad es aceptada.

Encontramos de igual modo en las disposiciones generales la reserva legal en materia de competencia sobre los bienes del Estado (artículo 4°); reservándose en la ley o Decreto Legislativo (por delegación) la facultad de determinar el ingreso y la salida del dominio público, lo cual entraría en contradicción con la teoría de la afectación (la misma que es considerada netamente administrativa) dándose de tal modo solo reconocimiento a la afectación expresa a la que hacíamos referencia en el capítulo segundo.

¹⁷⁵ Proyecto de Ley N° 03580 de fecha 14.08.2002. Comisión de Economía. En WWW.congreso.gob.pe. Basado en los Proyectos N° 5527 (legislatura 1995-2000) y N° 1962 de 07.2001.

Es en el Título II donde encontramos lo referente a los bienes de dominio público; en primer lugar en el artículo 9º ¹⁷⁶ encontramos definiciones respecto a las clases de bienes que el legislador denomina al dominio público; los de uso público, los afectados a un servicio público. Cabe acotar que respecto a estos 2 últimos se hace una relación, con lo cual podríamos entender que la clasificación se da de dos formas: las señaladas en el proyecto y por las determinadas en leyes, como ejemplo la Ley de Aguas.

La redacción no resulta ser del todo clara en la debida cuenta que los bienes de uso público y los destinados (afectados) al servicio público son especie del genero dominio público, Es decir ambos grupos devienen en dominio público, por lo que no entendemos que el legislador peruano persista en mantener el error.

Asimismo, encontramos confundidos dentro de los bienes de uso público los llamados bienes naturales y los artificiales; creemos que podría mejorarse la redacción si se agruparan los bienes a los cuales se hace mención; por ejemplo dentro del concepto de recursos naturales podríamos agrupar a (ríos, mares, lagos, aire, playas), dentro del concepto de obras de infraestructura (plazas, puentes, caminos, carreteras etc); y así en adelante a fin que los conceptos resulten algo más congruentes con la extensa doctrina citada.

¹⁷⁶ Artículo 9: Definición de bienes de Dominio Público.

9.1 Son bienes de dominio público aquellos que son destinados al uso público o afectados a algún servicio público, establecido como tal de acuerdo a Ley.

9.2 Los bienes de uso público son los caminos, carreteras, plazas, calles, paseos, parques, aguas, fuentes, recursos naturales, islas, playas, aeropuertos, puertos, canales, puentes y cualquier otra obra pública de infraestructura de aprovechamiento o utilización general cuya conservación y protección integral sea de competencia de las correspondientes entidades públicas o haya sido otorgado en concesiones a particulares.

9.3 Los bienes afectados a un servicio público son aquellos destinados directamente al cumplimiento de fines públicos de responsabilidad de las entidades públicas, tales como palacios, sedes gubernativas y en general inmuebles que sean administrados por las mismas tales como mercados públicos, hospitales, museos, escuelas, cementerios públicos, establecimientos penitenciarios, infraestructura deportiva y cualquier otro bien directamente destinado a la prestación de servicios públicos o administrativos.

Sería oportuno de igual modo acotar que el proyecto solo hace mención a los bienes inmuebles dejando de lado en el contexto a los bienes muebles, tema que podría corregirse, en la debida cuenta que los dominial no es exclusivo de los bienes inmuebles.

Lamentablemente no podríamos catalogar como acierto o desacierto lo legislado sobre afectación, por cuanto no se dice nada al respecto; solo se hace referencia en los artículos 11° y 16° a la afectación y desafectación (respectivamente) como producto de la acción del legislador por medio de Ley o Decreto Legislativo, pero no se señala en que consiste, desprendiéndose de ello la no aceptación de la afectación administrativa.

De otro lado, se repite el problema de semántica que contiene el Reglamento por cuanto en el Título III (referente a bienes patrimoniales). Se puede observar que se dispone en el artículo 19° como actos de disposición: inciso g) la afectación y desafectación en uso. Es decir, vemos que el legislador no ha tomado en cuenta la coexistencia de un término que se refiere al mismo tiempo a dos instituciones jurídicas. Cabe acotar que solo la legislación peruana contiene la afectación como acto de disposición de un bien estatal de dominio privado, por que no se puede hablar de afectación de un bien dominial (recordemos que los actos de disposición referente a bienes dominiales son solo el permiso y la concesión); por ello la afectación de aportes reglamentarios resulta todo un tema de discusión.

Pero así como los desaciertos son materia de análisis y de discusión, vemos con agrado que se haya contemplado el tema de inscripción registral de los bienes de dominio público en los Registros en la debida cuenta que de tal forma se le otorgaría publicidad

a aquellos bienes dominiales que no resulten a simple vista identificables. Esta teoría viene siendo cada vez más atendida y desarrollada por doctrinarios¹⁷⁷ si tomamos en cuenta que se admite con ello la titularidad estatal dentro del contexto del derecho público.

El tema de la inscripción de los bienes dominiales, resulta siendo un indicio que el proyecto se inclina por la teoría de la titularidad de los bienes dominiales, aunque no se haya considerado un artículo en forma expresa. Sobre este punto, creemos que el proyecto pudo haber solucionado el problema de opción dado que con el silencio mantiene la dicotomía sobre la naturaleza jurídica de los bienes dominiales; por cuanto si bien es cierto el Reglamento no habla de titularidad sino de potestad de administración (por ende se aparta del concepto de propiedad administrativa a la cual hacíamos referencia) las leyes que se refieren a bienes dominiales expresamente hablan del derecho de propiedad del Estado frente a estos bienes. En tal sentido, era oportuno que la Ley se pronunciara en forma clara al respecto; solo podemos desprender de la lectura de algunos artículos la titularidad del Estado, así encontramos en el artículo 13.2 y 14 donde se hace mención a la titularidad del Estado cuando se habla de su defensa e inscripción.

Lamentablemente; de seguirse así, se mantendría la incompatibilidad del Reglamento (que en forma clara hace alusión a administración y potestades) y la Ley que hablaría de titularidad. En todo caso, si bien es cierto nuestro ordenamiento no necesariamente debe aceptar la teoría de la titularidad, creemos que si debe existir congruencia entre la ley y lo que se avizora como su reglamento.

¹⁷⁷ Parejo Gamir, Roberto. Ob. Cit. Pág. 55

Finalmente, el proyecto señala en la Primera Disposición Complementaria que mientras no se reglamente la Ley se entenderá como reglamento el DS. 154-2001; ello lamentablemente lo que hace es mantener las incongruencias de dicho reglamento, pero esta vez bajo el amparo de una ley, cosa que resulta más preocupante, creemos que de salir la ley de la forma en la que esta propuesta el reglamento deberá modificarse, esto último no sucederá si en el camino que suele recorrer un proyecto, éste sufre modificaciones de “acomodamiento” al reglamento existente.

Dicho proyecto como lo señalamos se encuentra en comisión al momento de la redacción del presente trabajo y como todo proyecto deberá recibir los aportes de los organismos involucrados con el tema, como resultaría ser el caso de la Superintendencia de Bienes si la misma apunta a ser el ente normativo en el tema de propiedad estatal; en todo caso, consideramos que el legislador deberá tener presente lo ya normado, así como los vacíos y contradicciones señaladas al momento de legislar.

Si bien es cierto existe una endeble plasmación del concepto del dominio público, creemos que al margen de los términos, deberá quedar asentada en forma más clara que el dominio público descansa sobre la teoría de la afectación de los bienes en nuestro país en forma coincidente con el derecho comparado, afectación entendida como presencia de la administración, la misma que resulta implícita con la presencia del ente normativo legal. Aunque ello traiga como corolario que la administración comience a reformular el acto de disposición conocido como “afectación en uso”.

Sobre este tema, creemos que la afectación debe quedar como forma de acceso de los bienes estatales al régimen demanial, por lo que no serían aplicables a los aportes

reglamentarios por cuanto estos por mandato legal deberían ser serlo, no siendo necesario la afectación aludida para dicho ingreso. Claro está que la afectación a la cual nos estamos refiriendo no es la afectación en uso existente en el Reglamento.

De igual manera, si bien es cierto el tema de la titularidad del Estado resulta ser uno de opción de parte del ordenamiento, el mismo debe ser coherente con el sistema en su integridad; creemos que no se puede mantener la dicotomía entre las leyes existentes para cada caso de bien dominial que exista y lo que diga el reglamento o lo que pretenda señalar la Ley.

Si resulta una necesidad en todo caso, que el legislador no caiga en la tentación de incluir “todos” los bienes dentro del régimen dominial bajo la idea falsa de “protegerse”, lo cual solo sería una forma poco elegante de no asumir sus deudas, dicho pensamiento solo traería como corolario la inseguridad en la contratación con el Estado, recordemos que todo proteccionismo excesivo resulta incongruente con las funciones del Estado bajo la premisa de su modernidad y reforma.

Finalmente, si la afectación deviene en el ingreso al dominio público, la desafectación debería cumplir un fin inverso, la misma que debe ser mediante procedimiento que concluya en decisión administrativa en su generalidad, por lo que no compartimos lo señalado por el proyecto por cuanto ello implica en sí una desconfianza en la administración pública. Sabido es que la misma adolece de imperfecciones pero ello no significa que no se le asigne sus funciones propias, pensar en contrario no permitiría nunca descentralizar las funciones. De igual modo, el legislador debería descartar la costumbre de desafectar solo para poder vender, por cuanto la

desafectación no es la solución para poder disponer sino la forma de asignarle un mejor uso y aprovechamiento al bien justamente pensando en las finalidades del mismo, lo cual deberá ser materia de procedimiento que deba existir para ello, es decir no bastará que el funcionario decida que bien se desafecta o no sino que la desafectación cumpla con ciertos requisitos y sobre todo con el reconocimiento a que el bien ya no cumple la finalidad asignada.

Deberá de igual modo extenderse el tema a los bienes muebles, por cuanto lo dominial no se acaba en lo inmobiliario, cosa que no aparece del proyecto.

4.4 El aporte reglamentario. Un tema solucionado?

El Aporte Reglamentario constituye desde nuestro punto de vista, un atractivo modelo a fin de observar las peculiaridades del tratamiento de los bienes de dominio público hasta este momento¹⁷⁸, tanto de parte de la administración como de parte de los administrados; es decir por medio de un ejemplo observar sus limitaciones, contradicciones y como producto de los vacíos legales, se han producido contradicciones en el mismo sistema.

Para ello, partiremos por tratar de explicar que es el aporte; al respecto, debemos mirar hacía las habilitaciones para uso de vivienda donde se supone (sujeta su diseño al Plan Regulador de la ciudad), debe constituirse dentro de un criterio de estructura integral; es decir, ubicando los diversos elementos que conforman la urbanización (vías, áreas útiles, áreas de recreación pública, áreas para servicios públicos complementarios, etc.). Es así, que dentro de toda habilitación a fin que la comunidad

¹⁷⁸ Según el Sistema de Bienes Nacionales SINABIP, a la fecha de redacción del presente trabajo existen 20,769 predios de calidad de aporte reglamentarios afectados en uso a nivel nacional.

*pueda gozar de beneficios comunes suele entregarse un porcentaje del área para la implementación de servicios en favor de la comunidad, A dichas áreas se les denomina **aporte** y dicho aporte por ser producto de un mandato legal y determinado su cantidad, se le ha denominado **reglamentario**.*

El aporte reglamentario gratuito entregado dentro de las habilitaciones urbanas corresponden a porcentajes directamente relacionados con la superficie total urbanizada, siendo importante señalar que es producto de un análisis de diseño correspondiente y determinado con criterio técnico y de justicia social, pues debe entenderse que ampliarlos repercutiría directamente en perjuicio de los futuros compradores de los lotes vendibles (para vivienda, comercio y equipamiento sectorial).

Todas las anotaciones antes indicadas determinan que no existe aporte reglamentario si es que no esta predeterminada la obligación de entregar una porción de terreno en tal calidad. Es determinable y determinado según los porcentajes que la Ley obligue a cada urbanizador dependiendo del tipo de urbanización a efectuarse

Al respecto, encontramos en el Reglamento de Urbanizaciones y Sub-división de tierras¹⁷⁹, la norma que contiene el precepto obligacional por medio del cual el Estado adquiere bienes, ello definitivamente no es materia de cuestionamiento alguno; es más el Reglamento le asignaba la calidad de uso público a los aportes dada la

¹⁷⁹ El Decreto Supremo N° 82-F del 16 de octubre de 1964 “Reglamento de Urbanizaciones y Sub-división de tierras” dispuso en su artículo 1-01 que toda subdivisión o habilitación de tierras en la República para fines de vivienda, se regirá por las disposiciones del presente reglamento quedando obligada a su cumplimiento toda persona natural, jurídica, o institución oficial que con estos fines pretenda subdividir independizar o habilitar terrenos para la venta, traspaso, cesión, donación, partición judicial o extrajudicial, adjudicación en pago y otras operaciones, así como para edificaciones que impliquen o posibiliten la subdivisión o el cambio de uso de la tierra. Artículo 5-04 del Reglamento indica que “todas las habilitaciones urbanas para uso de vivienda cederán al Estado el 2% de área bruta para fines comunales”

concordancia con el Código Civil de 1936¹⁸⁰, es decir eran inalienables e imprescriptibles.

Pues bien, en este Reglamento de Urbanizaciones y subdivisión de tierras encontramos diversas clasificaciones de uso de la tierra como la habilitación semi-urbana, habilitaciones urbanas para uso de vivienda, habilitación urbana para usos industriales, entre otras mas, pero es precisamente en las habilitaciones enunciadas en las que incidiremos, toda vez que la constante en ellas es la entrega de las áreas de aporte para fines comunales. En efecto el artículo 4-04, del reglamento acotado dispuso que en las parcelaciones semi-urbanas, categorías “A” y “B” deba cederse al Estado el 2% del área bruta para fines comunales.

El actual Reglamento Nacional de Construcciones¹⁸¹ regula desde su vigencia los porcentajes de los aportes reglamentarios a los cuales están sometidas todas las urbanizaciones (personas naturales y jurídicas), según los diferentes tipos de habilitaciones.

El Reglamento¹⁸² hace alusión a los aportes para educación, para otros fines (de competencia municipal) y para servicios públicos, señalando de igual modo la concordancia con el código civil e indicando que dichos bienes constituyen bienes de

¹⁸⁰ Artículo 5-05 “las áreas o lotes cedidos para el Estado pro concepto del 2% para fines comunales son considerados como bienes de uso público”

¹⁸¹ Aprobado por **Decreto Supremo N° 039-70-VI del 11.08.1970** y **Decreto Supremo N° 063-70-VI** del 15.02.1970.

¹⁸² **Artículo II-V-3.5:** Todas las habilitaciones para uso de vivienda de tipo convencional deberán aportar áreas de terreno para fines específicos tales como recreación pública, servicios públicos complementarios y parques zonales”

Artículo I-III-2.1: Las zonas para servicios públicos complementarios son aquellas donde se ubican las edificaciones o áreas destinadas a satisfacer las necesidades educativas, de salubridad, comerciales, de comunicaciones, financieras, de seguridad interior, energía, religiosas, recreacionales y sociales.

uso público. Y del mismo modo, le otorga calidad dominial al realizar la concordancia ya comentada.¹⁸³

Lamentablemente, dado que el Código Civil de 1984 no contiene normas sobre bienes públicos la concordancia a la fecha no resulta aplicable por lo que se puede afirmar que los aportes reglamentarios no tienen declaración expresa de dominialidad pero respecto a ellos se tiene bastante claro que son “propiedad del Estado” por cuanto así se señala en las resoluciones de recepción de obras y se procede a su inscripción en Registros Públicos.

Las normas sobre propiedad informal¹⁸⁴ han contenido referencias sobre los aportes reglamentarios de los cuales solo se desprende la titularidad del Estado más no su calidad, lo mismo sucede con el caso del anterior Reglamento de Administración de Propiedad Estatal de 1978 y hasta de las actuales normas señaladas de competencia municipal.

Lamentablemente, el nuevo Reglamento aprobado por D.S: N° 154-2001/EF no trajó nuevas luces al respecto; en más, contiene normas de las cuales se desprendería que el aporte no es dominial a pesar de todo el contexto normativo existente anteladamente, se cuida mucho sobre la designación de la calidad de dicho bien, cuando más bien era la oportunidad de dilucidar al respecto ante la situación que se había generado al respecto.¹⁸⁵

¹⁸³ **Artículo II-VI-3.10:** Los terrenos cedidos para recreación pública y para servicios complementarios serán considerados como bienes de uso público siendo inalienables e imprescriptibles de conformidad con lo señalado por el artículo 823° del código civil de 1936.

¹⁸⁴ Decreto Legislativo N° 813. Ley de Acceso a la Propiedad Formal.

¹⁸⁵ El vacío legal sobre el tema dominial y la no existencia de una norma que expresamente señale la calidad dominial del APORTE REGLAMENTARIO, origino de parte de la administración un

El Reglamento hace referencia al Aporte Reglamentario pero no lo coloca ni dentro del dominio público ni tampoco dentro del dominio privado; señala que el mismo no es materia de disposición por cuanto goza de los atributos de inalienabilidad, imprescriptibilidad, intangibilidad o reserva pero que en todo caso para su disposición debe ser materia de “desafectación”¹⁸⁶. Es decir, goza de los atributos del dominio público pero no lo es (al respecto, conocemos otros bienes que sin ser públicos tienen algunas de las características por ejemplo los predios de las comunidades campesinas son imprescriptibles, pero ellos no son materia de desafectación).

Realmente, creemos que por solucionar actos concretos y coyunturales como puede ser la venta, permuta, afectación en uso¹⁸⁷ de los mismos se ha generado disposiciones que vistas en forma integral solo dan muestra de un error sistemático en el legislar.

Tal vez, el Reglamento pudo haberse inclinado por considerar al aporte como bien de dominio privado (aunque disentimos en ello), pero de tal forma sustentarlo claramente. Aunque los argumentos para dicho sustento serían bastante escasos sobre la base de la inclusión de un concepto (que al margen de los errores) puede muy fácilmente ser aplicado para los aportes.

En todo caso, vemos que si bien es cierto ha habido en estos últimos 2 años, cambios, innovaciones en el tema dominial, creemos que así como están planteadas las cosas, el

contrasentido en su actuar de un lado y del lado de la administración de justicia una serie de contradicciones sobre acciones de Prescripción Adquisitiva de Dominio sobre dichos predios.

¹⁸⁶ **Artículo 54º:** Excepcionalmente, el Estado representado por la SBN y previa desafectación podrá entregar en permuta terrenos calificados como aporte reglamentario siempre que estos se encuentren bajo su administración directa. (ante disposiciones constantes) **Artículo 79º:** Solo pueden ser afectados en uso los predios del dominio privado del Estado y los aportes reglamentarios de libre disponibilidad.

¹⁸⁷ A la fecha se encuentran registrados en el SINABIP 40,549 predios; de los cuales 22, 802 constituyen Aportes Reglamentarios. Además resulta interesante señalar que de los 21,917 predios del Estado AFECTADOS EN USO 20,769 son Aportes Reglamentarios. Sistema Nacional de Bienes. SINABIP.

tema del aporte reglamentario no encuentra solución alguna y más bien se agudiza por la errada sistemática del legislador de justamente legislar por temas coyunturales; cosa distinta se observaría cuando se opte por determinada posición dogmática sobre el dominio público y sobre los bienes que lo conforman, todo lo demás vendría por añadidura.

Queremos concluir sobre este tema señalando que el reconocimiento del aporte reglamentario como bien dominial no necesariamente DEBE ser expreso (si lo fuera en hora buena), pero de la correcta designación de los conceptos y del pronunciamiento del legislador de los 2 puntos citados serían más que suficiente para solucionar de una vez el problema, con lo cual queremos aseverar que aclarar el tema del dominio público significa aclarar el tema del aporte reglamentario. En todo caso, dada la calidad de norma reglamentaria de las actuales disposiciones, URGE que la nueva Ley del Sistema de Bienes Estatales consigne la calidad dominial del aporte reglamentario.

CONCLUSIONES

1. *El tema dominial no ha tenido un tratamiento coherente en el país, los vacíos legislativos y la inoperancia de las administraciones públicas han traído como corolario la presencia de tratamientos diferentes y hasta contradictorios en la administración; hecho que amerita la NECESIDAD y URGENCIA de la dación de una Ley que legisle sobre bienes estatales.*
2. *La necesidad de la Ley surge de un lado, de la carencia del rango de la norma que disponga respecto a los bienes estatales y con especial interés sobre los demaniales y por otro dado los vacíos, contradicciones y contrasentidos señalados en los normas existentes, sin dejar pasar la oportunidad de designar concepto, clasificación y el listado correspondiente, situación que no resulta exigible a la carta constitucional por no corresponder a la técnica sistemática normativa.*
3. *Si bien es cierto la relación y la calidad de dicha relación entre el Estado y los bienes públicos serán materia de opción (ya sea de titularidad o administración con las correspondientes consecuencias en cada caso). Resulta si una*

aseveración incuestionable que los bienes públicos pueden ser de dominio privado y de dominio público; siendo que respecto de los primeros existe una regulación especial siendo de aplicación supletoria el derecho común, por lo que consideramos que dichos bienes si bien es cierto forman parte del dominio privado ello no significa que su regulación deba ser equiparada a los bienes de particulares tomando en cuenta los fines del Estado; y de otro lado, que respecto a los de dominio público existiría un doble régimen especializado.

- 4. El dominio público implica vinculación con el interés público,, y por ende exclusión con propiedad de particulares, no siendo lo más importante en todo caso se hable de que bien se trate sino la vinculación con dicho interés, de allí que surge la idea de la afectación como fundamento de lo dominial.*
- 5. Los bienes dominiales gozan de la Imprescriptibilidad e inalienabilidad como características intrínsecas, siendo un corolario de esta última la inembargabilidad y como tal solo pueden ser materia de disposición de parte de la administración dentro del régimen normativo mediante la Concesión y el Permiso. Con lo cual hablar de afectación en uso de bienes dominiales no sería posible.*
- 6. Los bienes dominiales pueden manifestarse bajo la forma de bienes de uso público o bienes del servicio público; en el primer caso se encuentran los que por naturaleza son dominiales en forma permanente y difícilmente pueden salir del mismo por acto mayoritariamente legislativo que los declare; y en el segundo caso tenemos los bienes que son incorporados a la dominialidad por*

decisión de la administrativa (acto administrativo). A lo que en estricto se identifica como afectación en puridad.

- 7. De lo dicho en el punto anterior, descansa la afirmación que la declaración es requisito importante para la constitución de lo dominial, la misma que podría ser anterior o posterior (regularización), pero debe existir a fin que su contraparte la desafectación tenga razón de ser.*
- 8. Existen casos que explican y hacen necesario el ingreso de los bienes dominiales a los Registros Públicos como una forma de publicitarlos; creemos que ello en modo alguno va en contra de lo que se entiende por régimen dominial y más bien coadyuva en reconocer lo que se viene ejecutando en la doctrina como muestra de la titularidad del Estado respecto de los bienes dominiales, con posibilidad de disposición pero siempre dentro de un contexto normativo existente.*
- 9. La afectación constituye el ingreso de los bienes al régimen dominial, la misma que puede manifestarse por ley (bienes naturales) por aplicación del bien a un fin social determinado (acto administrativo); en el primer caso la sola designación de los bienes naturales como dominiales implican en si una afectación; siendo su corolario la desafectación; ejemplo de ello lo constituyen los bienes expropiados para uso público y los aportes reglamentarios por cuanto aquí se habla de afectación implícita..*

10. *De todas las formas en que pueda manifestarse la afectación, estando a la incipiente regulación del tema en nuestro país, resulta mucho más conveniente incorporar solo la expresa y hasta la implícita (ejemplo de las expropiaciones de terrenos de particulares para determinado fin), en donde la sola designación del fin implica una afectación y convierte al bien en demanial. Descartándose de otro lado las desafectaciones y afectaciones tacitas por los contrasentidos que pudieran generar con el tema de la imprescriptibilidad y los costos a nivel judicial.*
11. *Si bien es cierto la desafectación debe ser entendida como el cese dominial y ser pasible de parte de la administración, ello no significa que la misma pueda ser decretada por la autoridad competente por el solo “gusto” o “interés particular” sino debe ser producto de la aplicación del hecho concreto (la no aplicación del bien dado sus características) así como del seguimiento del procedimiento que debe señalarse al respecto, siendo el único la no posibilidad de seguir con el fin aplicado.*
12. *El aporte reglamentario constituye un bien demanial a la fecha por afectación en la norma que lo contempla la misma que debe ser considerada en la nueva ley de bienes (Declaración). Su no uso no puede entenderse como desafectación en modo alguno.*
13. *El reconocimiento de la tesis de la propiedad administrativa no creemos que represente un trastocamiento a la seguridad jurídica ni a lo absoluto del*

derecho de propiedad, sino que debe ser entendida como límites en orden al uso público e interés común.

14. *Creemos que el acto de disposición denominado “afectación en uso” sea denominado “cesión en uso” para evitar la confusión de términos y se aplicable para los bienes de dominio patrimonial y los aportes reglamentarios, sin que ello signifique ingreso a régimen dominial alguno. Ello tomando en cuenta el diagnostico que presenta a la fecha el tema de las afectaciones en uso y su relación con los aportes.(tómese en consideración la estadística)*

15. *Estando a la situación de los bienes públicos (característica de la actual administración pública discordante con un Estado Moderno); urge que el proyecto (que será pasible de modificaciones) apunte a la afectación como el ingreso a la dominialidad, por lo que los bienes de aporte reglamentario no pueden ser materia de afectación en la medida que la norma que los declare demaniales será suficiente. De esta forma se habrá dado el primer paso a corregir la figura de la administración pública actual.*

BIBLIOGRAFIA

1. **Alvarez Gendin, Sabino.** *El Dominio Público. Su Naturaleza Jurídica.* Casa Editorial Bosch. Barcelona. 1945.
2. **Avendaño Valdez, Jorge.** “EL Derecho de Propiedad en la constitución” En *THEMIS.* 2da Época, Lima N° 30. 1994.
3. **Ballbe, Manuel.** *Concepto de Dominio Público.* Barcelona. Bosch. 1945.
4. **Barcelona Llop, Javier.** *Novedades en el Régimen Jurídico del Dominio Público en Francia.* En Revista de Administración Pública N° 137
5. **Barraban Alfonso.** *Derechos Reales.* Temis. Bogota 1971. no hay cita
6. **Berthelemy, Rafael.** *Derecho Administrativo.* 4ta Edición. Editorial Mateneo. Buenos Aires. 1947.
7. **Bielsa, Rafael.** *Estudio de Derecho Administrativo.* 5Ta Edición. Tomo III. Editorial De Palma. Buenos Aires 1956.
8. **Biondi, Biondo.** *Los Bienes.* Casa Editorial Bosch. Barcelona. 1961.
9. **Castañeda, Jorge Eugenio.** *Los derechos Reales.* 4ta Edición. Tomo I. 1973
10. **Castro de Ulloa, Ana Lucia.** *De los bienes del Estado y especialmente de los bienes de Uso Público.* Bogotá. 1980.

11. **Clavero Arevalo, Manuel Francisco.** *La Inalienabilidad del dominio Público.* En Revista de Administración Pública. N° 25
12. **Coviello, Nicolas.** *Derecho Civil. Traducción de la Cuarta Edición Italiana.* Editorial Uteha. México. 1944.
13. **Diez, Manuel, José María.** *Domino Público.* Buenos Aires 1940. Tomo IV
14. **Dromi, José Roberto.** *Manual de Derecho Administrativo.* Buenos Aires. Tomo II. 1987.
15. **Ferdinand Cuadros Villena, Carlos.** *Derechos Reales. Tomo I. 3^{ra} Edición* Lima 1995. no hay cita
16. **García De Enterría, Eduardo.** *Sobre la Imprescriptibilidad del dominio público.* En Revista de Administración Pública. N° 13.
17. **Garrido Falla, José.** *El deslinde Administrativo.* Madrid. 1966.
18. **García Montufar Sarmiento, Guillermo.** *La afectación de uso inmobiliaria.* Tesis PUCP. Programa Académico de Derecho. Lima. 1982
19. **García- Trevijano, José Antonio.** *Titularidad y Afectación demanial en el Ordenamiento Jurídico Español.* En Revista de Administración Pública N° 29
20. **Lanziano, Washington.** *Estudios de Derecho Administrativo.* Uruguay. 1993
21. **Marienhoff Miguel.** *Tratado de Domino Público.* Ediciones Tipográfica. Buenos Aires. Argentina. 1960.
22. **Martínez Vasquez, Francisco.** *Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del dominio público.* En Revista de Propiedad Estatal. Apuntes Jurídicos y administrativos. Lima- Perú. 1998.
23. **Martínez Vásquez, Francisco.** *Que es el Dominio Público.* En Themis 40.
24. **Parada, Ramón.** *Derecho Administrativo. T. III. Bienes Públicos- Derecho Urbanístico.* 4ta. Ed. Madrid. 1991

25. **Pareja, Carlos.** *Derecho Administrativo. Tomo I.* Editorial El Escolar. 1939.
26. **Parejo, Alfonso.** *Dominio Público. Un ensayo de reconstrucción de su teoría.*
En Revista de Administración Pública. N° 100-102. Vol III. 1983.
27. **Parejo Gamir, Roberto.** *Protección Registra y Dominio Público.* Madrid.
Revista de Derecho Privado. 1975
28. **Reyes Rivero, Jorge.** *Naturaleza Jurídica del Permiso y de la Concesión
sobre bienes nacionales de uso público.* Editorial Jurídica de Chile. Santiago
de Chile. 1960
29. **Sánchez Morón, Miguel.** *Los Bienes Públicos.* Tecnos. 1997.
30. **Sainz Moreno, Fernando.** *El Dominio Público: Una Reflexión sobre su
concepto y Naturaleza.* *En Revista de Administración Pública N° 150*
31. **Valencia Zea, Arturo.** *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales. Tomo II.*
Editorial Temis. 1976.
32. **Vidal Perdomo, Jaime.** *Derecho Administrativo. 6ta Edición.* Banco
Popular. Cali. 1978.
33. **Villegas Basavilbazo, Benjamín.** *Derecho Administrativo. Tomo IV.*
Editorial De Palma. Buenos Aires. 1952.

Fuentes:

- *Boletín de la administración de la propiedad estatal*
- *Sistema de Bienes Nacionales. SINABIP*
- *Jurisprudencia del Tribunal Registral.*
- *Expedientes judiciales.*