

Julio Pablo Comadira | Miriam M. Ivanega
Coordinadores

DERECHO ADMINISTRATIVO

Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira



El dominio público y los bienes afectados a la prestación del servicio público

IGNACIO M. DE LA RIVA

La maestría en derecho administrativo de la Universidad Austral es, probablemente, uno de los frutos más exquisitos que nos legó Julio Comadira. Él fue su indiscutida *alma máter*, y de ello somos bien conscientes quienes tuvimos el privilegio de pasar por las aulas de dicho programa, en particular durante sus primeros años de andadura.

Y si es de estricta justicia que los egresados del Máster le rindamos homenaje, esta iniciativa no nace de un legítimo sentimiento de deuda, sino como tributo al amigo que partió prematuramente, dejándonos una herencia cargada de entrega generosa en su labor docente, de gestos afectuosos en su amistad, de coherencia en su ejemplo de vida.

La huella que Julio dejó a su paso es profunda, y nos interpela a seguir profundizando y practicando aquello que de él hayamos podido aprender. Entre tantas cosas, se nos hace presente su compromiso con la defensa de la juridicidad en todos los ámbitos del quehacer público, declamado y vivido por él de manera elocuente. Ser fieles a ese legado será nuestro mejor homenaje.

1. Noción de dominio público

Es frecuente que se aluda al derecho administrativo como un derecho en formación. Con ello se hace referencia al hecho innegable de que las nociones e instituciones jurídicas que lo integran no han adquirido, todavía, una configuración plena y definitiva, lo cual se traduce en el hondo debate que normalmente se abre frente a cada una de las figuras basilares de dicho derecho.

El dominio público no es, por cierto, una excepción.¹ Si bien hay coincidencia en señalar que la noción hunde sus raíces en el derecho romano,² lo cual demuestra su añeja estirpe, ello no impide que la esencia y naturaleza de dicha figura sean motivo de profundas diferencias doctrinarias aún en la actualidad.³

Entre nosotros, a la hora de definir qué es el dominio público, los autores y los tribunales se han ceñido mayoritariamente a la postura de Marienhoff, para quien la noción se estructura sobre la base de cuatro elementos constitutivos, a saber: el elemento subjetivo —que alude al titular público del dominio público—; el objetivo —que se refiere a qué tipo de bienes o cosas pueden integrar esta categoría—; el teleológico —que apunta al fin con vistas al cual una cosa se incorpora o no al dominio público— y el normativo —que determina cuándo una cosa pertenece efectivamente al dominio público—. Para que una cosa se considere integrante del dominio público deberá, pues, reunir todos los elementos antedichos.⁴

Los bienes públicos respecto de los cuales concurren esos cuatro elementos quedan sometidos a un régimen jurídico especial, el cual se caracteriza, primordialmente, por las notas de la inalienabilidad e imprescriptibilidad.⁵

¹ Una rápida reseña de los distintos enfoques desde los que tradicionalmente se ha abordado esta institución puede verse en Díez, Manuel M.: "Naturaleza jurídica del derecho del estado sobre el dominio público", en *LL (Páginas de ayer)*, Año 4, n° 2, marzo de 2003, pp. 13 y ss.

² PAREJO ALFONSO, Luciano: "Dominio público: Un ensayo de reconstrucción de su teoría general", en *Revista de Administración Pública*, n°s. 100-102, enero-diciembre 1983, pp. 2380 y ss.

³ Hace ya casi dos siglos que la doctrina especializada viene debatiendo acerca de la naturaleza jurídica del dominio público. Mientras la postura clásica, encabezada en Francia por Hauriou y vastamente extendida en España y entre nosotros, percibe al dominio público como la modalidad pública del derecho de propiedad (por cierto que con caracteres propios que lo distinguen de la propiedad privada), otra vertiente, inaugurada por Villar Palasí, postula que el dominio público no sería otra cosa que un título de intervención. Para una noticia más reposada de los términos en que se ha desarrollado esta interesante polémica, remito a GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.: *La titularidad de los bienes del dominio público*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pp. 34 y ss.

⁴ MARIENHOFF, Miguel S.: *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed. actual., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, t. V, pp. 53 y ss.

⁵ Ídem, pp. 262 y ss.

2. *La afectación al uso público como nota esencial de la figura*

✧ De los cuatro elementos que configuran la noción de dominio público, el teleológico, consistente en la *afectación* al uso público o a un servicio público de los bienes involucrados, ha cobrado particular fuerza en los últimos tiempos como núcleo central y razón de ser del instituto.⁶ Es, precisamente, el uso público al cual están destinados dichos bienes lo que exige y justifica la existencia de un régimen jurídico especial que garantice la satisfacción y goce de ese uso,⁷ con vistas a proteger a los bienes abarcados tanto de la acción de terceros, como de la gestión desáprensiva que de ellos pueda hacer el propio Estado.

A este respecto, sin embargo, durante mucho tiempo se discutió si sólo cabía admitir el uso público directo, o también un uso público indirecto, que es precisamente el que tiene lugar cuando se trata de bienes afectados a la prestación de un servicio público. Tal disputa hoy se encuentra superada, de modo que tanto el uso público directo como el indirecto quedan abarcados dentro de los fines que hacen que un determinado bien integre el dominio público.⁸

3. *Relevancia del elemento normativo*

La centralidad del elemento teleológico no opaca, sin embargo, el hecho de que la existencia de los bienes del dominio público depende de la voluntad del legislador, a punto tal que sin ley que lo sustente ningún bien tiene carácter dominial.⁹ En otras palabras, el elemento normativo es constitutivo del dominio público.¹⁰

⁶ GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de derecho administrativo*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2002, vol. II, pp. 468 y ss.; 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, septiembre-diciembre 1999, p. 482; y PAREJO ALFONSO: ob. cit., pp. 2418 y ss.

⁷ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín: *Derecho administrativo*, TEA, Buenos Aires, 1952, t. IV, p. 109.

⁸ MARIENHOFF: ob. cit., t. V, pp. 127 y ss.

⁹ Díez, Manuel M.: *Derecho administrativo*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1969, t. IV, p. 374.

¹⁰ MARIENHOFF: ob. cit., t. V, p. 143.

En nuestro sistema jurídico, la norma que determina con carácter general qué tipo de bienes integran el dominio público debe tener jerarquía legal. Lo único que puede hacer la Administración es individualizar qué bienes de carácter artificial pasan a integrar efectivamente el dominio público, a través del pertinente acto de afectación al uso público.¹¹

Hechas estas aclaraciones preliminares, vayamos ahora al tema específico de este trabajo, dirigido a indagar en qué medida los principios rectores del dominio público se proyectan sobre los bienes afectados a la prestación de los servicios públicos.

4. Status jurídico de los bienes afectados a la prestación de los servicios públicos

En orden a precisar el régimen jurídico que gobierna a los bienes afectados a la prestación de los servicios públicos, lo primero que corresponde analizar es si ellos integran el dominio público. Ello equivale a preguntarnos sobre el *status* jurídico de tales bienes.

La respuesta a dicho interrogante sólo puede darse a partir de un análisis llevado a cabo desde las tres perspectivas siguientes: *i)* los principios del dominio público, *ii)* las normas del Código Civil y *iii)* las disposiciones específicas de cada servicio público (léase, su marco regulatorio y el pertinente contrato de concesión o licencia).

4.1. Reflexiones a partir de los principios del dominio público

Es preciso aclarar de entrada que no existe un *status* jurídico unívoco de los bienes afectados a la prestación de los servicios públicos.¹²

Por empezar, dichos bienes pueden tanto pertenecer al concedente como al concesionario. En el primer caso se estaría ante bienes que el Estado afecta al servicio para permitir que el concesionario desempeñe su cometido. En el segundo, se trata de bienes aportados

¹¹ DIEZ: ob. cit., t. IV, p. 376.

¹² En este sentido, MATA, Ismael: "Régimen de los bienes en la concesión de servicios públicos", en AA.VV., *Contratos administrativos (Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho)*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 291.

por el concesionario,¹³ sea al inicio de la concesión, sea en el transcurso de ésta.¹⁴

A la luz de los cuatro elementos que configuran la noción, parece indudable que los bienes pertenecientes al Estado afectados a la prestación de un servicio público integran, en principio, el dominio público.¹⁵ Ello con independencia de que el servicio en cuestión lo preste directamente el Estado o se encuentre concesionado.

Con arreglo al mismo razonamiento, distinta sería la situación de los bienes que el concesionario aporta al servicio: ellos no estarían en condiciones de formar parte del dominio público, básicamente por cuanto no concurre a su respecto el elemento subjetivo de la figura. En consecuencia, debe colegirse que dichos bienes son propiedad privada del concesionario.¹⁶ Ello equivale a decir, entre otras cosas, que no cabe predicar a su respecto el principio de inalienabilidad propio de los bienes del dominio público, aun cuando resulte indudable que las facultades del dueño de tales bienes se encuentran severamente limitadas mientras persista su situación de afectación al servicio público.¹⁷

El análisis desde la óptica de los principios y criterios inherentes a la noción del dominio público ofrece, sin embargo, según se adelantó, una visión parcial del *status* jurídico de los bienes afecta-

¹³ La Corte Suprema ha reconocido desde antiguo la propiedad privada que ejercen los concesionarios sobre ciertos bienes afectados a los servicios públicos (véase *Fallos*, 139:349).

¹⁴ MATA: "Régimen de los bienes...", cit., p. 292.

Por cierto, también cabe la posibilidad de que los bienes en cuestión sean de titularidad del concesionario o del licenciataria en virtud de su transferencia por el Estado. Señala Tawil que aun cuando tales activos hubieran pertenecido anteriormente al dominio público estatal, no sería irrazonable pensar que los mismos hayan resultado desafectados a los fines de su transferencia al particular a cargo de la prestación del servicio (véase su trabajo "Algunas reflexiones en torno al régimen jurídico de los bienes afectados al servicio público", en AA.VV., *Organización administrativa, función pública y dominio público (Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho)*, RAP, Buenos Aires, 2005, p. 535).

¹⁵ MARIENHOFF: ob. cit., t. II, p. 111. Así lo ha declarado, también, la jurisprudencia (véase CNCiv. y Com. Fed, Sala I, en autos "FEMESA c/Vera, Juan R. H. y otros", fallado el 5/6/2001, LL, 2002-F, p. 949; y CNEsp. Civ. y Com., Sala IV, "Guerenstein, Marcos O. c/Guerenstein, Héctor y otro", sentencia del 17/5/1985).

¹⁶ MARIENHOFF: ob. cit., t. II, p. 112.

¹⁷ BIELSA, Rafael: *Derecho administrativo*, 5ª ed., t. II, Depalma, Buenos Aires, 1955, pp. 272 y ss.

A lo largo de los aparts. 5 y 6 de este trabajo, se ofrecerán diversos ejemplos de nuestro ordenamiento positivo que ilustran el alcance de las limitaciones aludidas.

dos a la prestación de los servicios públicos. Las conclusiones que dicho examen proporciona son de carácter francamente preliminar, y necesitan ser contrastadas con las soluciones que emanan del derecho positivo, en particular, del Código Civil y del marco jurídico propio de cada servicio público.

4.2. Reflexiones a partir de los preceptos del Código Civil

En lo que se refiere al Código Civil debe recordarse, en primer lugar, que su art. 2340, inc. 7º, prevé que "las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común" forman parte del dominio público. Este precepto ha sido reiteradamente invocado para fundar la pertenencia al dominio público de los bienes del Estado construidos por el hombre que se encuentran afectados a la prestación de un servicio público.¹⁸

¿Cabe afirmar lo mismo de las obras realizadas por el concesionario en el transcurso de la concesión como parte del plan de inversiones previsto en el contrato? A la luz del criterio amplio antes recordado, es indudable que el elemento teleológico (es decir, la afectación, en el caso indirecta, a un destino de utilidad o comodidad común) sí se verifica. Lo que estaría ausente, en cambio, es el elemento subjetivo, es decir, la titularidad pública del bien, salvo en aquellos casos en que el marco regulatorio o contractual establezcan claramente que, desde el momento de su construcción e incorporación a la unidad de afectación, tales bienes dejan de pertenecer al concesionario o licenciatarario (quienes pasan a ser meros administradores de dichos bienes), y se incorporan al patrimonio público.¹⁹

A su vez, si bien no se trata de un precepto que haga estricta referencia a la categoría de bienes bajo examen, el art. 2336 del mis-

¹⁸ SALOMONI, Jorge L.: "Régimen de los bienes públicos en las concesiones o licencias de servicios públicos (El caso de la explotación de la distribución de gas natural", en AA.VV., *El derecho administrativo, hoy (Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho)*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 307; y TAWIL: "Algunas reflexiones en torno al régimen...", cit., p. 531.

¹⁹ Resulta válida, no obstante, la aclaración hecha por un sector de la doctrina en cuanto a que si se trata de bienes incorporados por el prestador privado que acceden físicamente a bienes de titularidad estatal, por imperio del art. 2315 del Cód. Civil ellos pasarán a ser automáticamente de titularidad estatal, por accesión (conf. MATA: "Régimen de los bienes...", cit., p. 293).

mo Cód. Civil dispone que "están en el comercio todas las cosas cuya enajenación no fuere expresamente prohibida o dependiente de una autorización pública". Lo cierto es que, tal como luego se verá, es frecuente que los marcos regulatorios y los contratos de los servicios públicos prohíban la enajenación de los bienes esenciales afectados al servicio, o al menos la supediten a la previa autorización del órgano administrativo competente.²⁰ De acuerdo con el precepto aludido, tal circunstancia importaría la exclusión del comercio de los bienes en cuestión, lo cual, sin embargo, no produce por sí solo su incorporación al dominio público, cambio de *status* que conllevaría la sujeción de tales bienes a un régimen jurídico todavía más restrictivo.

Ahora bien, el art. 2604 del Cód. Civil nos pone, a este respecto, frente a un problema, en tanto establece que "el derecho de propiedad se extingue de una manera absoluta (...) cuando la cosa es puesta fuera del comercio". De acuerdo con el tenor literal de la norma, el derecho de propiedad sobre las cosas afectadas a la prestación de un servicio público cuyo régimen específico prohibiere su enajenación, quedaría extinguido de manera absoluta para su titular. ¿Ello significa que tales cosas pasan a convertirse en *res nullius*? Tal conclusión no parece acertada, toda vez que no rige para ellas el derecho de apropiación por parte de cualquier tercero. ¿Cabe, entonces, pensar que ellas ingresan al patrimonio del Estado? Tampoco hay motivos para sostener semejante cosa, en tanto no se advierte a qué título esto último pueda haber ocurrido, a menos que las normas del contrato de concesión o licencia respectivo así lo hubieren previsto.²¹

Sin que esto importe dar solución acabada al problema planteado, no debe perderse de vista que, de acuerdo con los arts. 2336 y siguientes del propio Código Civil, el carácter inalienable de las cosas puede ser absoluto (cuando su venta está prohibida) o relativo (cuando se requiere previa autorización para enajenarlas). De allí que la pérdida absoluta del derecho de propiedad sobre las cosas *extra comertium* que sienta el precepto antes comentado deba ser matizado a la luz de las normas concordantes aludidas.

Por lo demás, no ha de olvidarse que nos encontramos en un ámbito donde el derecho público y el privado se entrecruzan, de modo

²⁰ Sobre el final de este trabajo, se traerán a colación algunos ejemplos.

²¹ Véase en este sentido, lo dispuesto en los arts. 5.2 y 11.4 de los respectivos Subanexos I de los Anexos "A" y "B" del dec. 2255/92, que imponen a los licenciatarios de los servicios de transporte y distribución de gas natural la obligación de transferir al otorgante de la licencia, o a quien éste indique, los activos esenciales al término de la licencia.

que las soluciones ideadas por el legislador para regir las relaciones en ese segundo campo no pueden aplicarse, en todos los casos, sin las previas adecuaciones (dictadas por la técnica de la analogía) que exija la realidad sobre la cual pretenden proyectarse.²²

4.3. Las soluciones específicas de los marcos regulatorios y de los contratos de concesión o licencia

Como puede advertirse, los principios del dominio público y las normas del Código Civil no alcanzan a estructurar un régimen jurídico coherente y completo en lo que hace al *status* jurídico que corresponde asignar a los bienes afectados a los servicios públicos.

El análisis abordado desde esas dos perspectivas permite anticipar, sin embargo, una observación que luego será corroborada por el estudio singular de los regímenes sectoriales de los distintos servicios públicos, sentados en sus respectivos marcos regulatorios y en los pertinentes contratos de concesión o licencia. Me refiero al hecho innegable de que la condición jurídica de los bienes afectados a cada una de dichas actividades difiere no sólo de un sector a otro, sino también, incluso, entre los distintos bienes afectados a un mismo servicio, en razón del carácter esencial o accesorio que ellos pudieren revestir de cara al servicio en cuestión.²³

Sucede, en efecto, que no todos los bienes aportados por el concesionario para ser afectados a la prestación del servicio presentan el mismo grado de utilidad e importancia de cara al destino al cual han sido consagrados: mientras en ciertos casos ellos son indispensables para la prestación del servicio, en otros son susceptibles de ser reemplazados, y en ocasiones, incluso, resultan enteramente prescindibles.²⁴ Esta distinción se ve claramente reflejada en aquellos regímenes sectoriales que clasifican los bienes afectados entre *activos esenciales* y otros bienes que el prestador del servicio libremente decide incorporar a la unidad de prestación.²⁵

²² CASSAGNE, Juan C.: *Derecho administrativo*, t. I, 8ª ed. actual., LexisNexis/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, pp. 212-214.

²³ La doctrina más autorizada hace hincapié en el hecho de que no basta con que se verifique la titularidad estatal y la afectación a un servicio público para que la cosa revista carácter dominical, sino que hace falta, además, que ella desempeñe una función *principal* (conf. VILLEGAS BASAVILBASO: ob. cit., t. III, pp. 71-72, con cita de JÉZE).

²⁴ MATA: "Régimen de los bienes...", cit., p. 295.

²⁵ Así ocurre, por ejemplo, en materia de transporte y distribución de gas natural. Véase los Anexos "A" y "B" del dec. 2255/92, que aprueban los modelos de

4.4. Conclusión: ¿Cuál es el factor determinante del *status* jurídico de los bienes bajo examen, su dominialidad o su afectación al servicio público?

Dentro de este abanico de situaciones, es indudable, sin embargo, que los bienes afectados a la prestación de los servicios públicos están sujetos, en conjunto, a un marco jurídico que, en atención a la utilidad pública que aquéllos prestan, limita considerablemente la esfera de facultades de su titular.

Tal circunstancia confiere a esos bienes un evidente sesgo iuspublicista, cuyo origen podría atribuirse tanto a su supuesta dominialidad, como al servicio público al cual se encuentran afectados.

A mi juicio, las soluciones que proporcionan los regímenes a los que están sujetos los bienes en cuestión, teñidas, como digo, de un mayor o menor color publicista, según los casos, no se inspiran por lo general en el carácter dominial de los bienes involucrados —carácter que, como quedó dicho, en muchos casos no se presenta—, sino primordialmente en las exigencias inherentes a la actividad a la cual están afectados, caracterizada como servicio público. Ello se aprecia con claridad respecto de los bienes que son de propiedad del concesionario: no obstante la propiedad privada que de ellos se predica, no puede desconocerse que su afectación a la prestación de un servicio público los somete a un régimen especial, de indudable carácter público.²⁶

licencia de transporte y distribución, cuyos respectivos Subanexos I recogen la figura de *activos esenciales* con los alcances referidos.

²⁶ Grecco lo ha venido a explicar de una manera magistral, al destacar que “aquello que verdaderamente ostenta significativa relevancia es el supuesto en el que la titularidad y la afectación aparecen escindidas. Es decir, concretamente, cuando el servicio público se realiza con bienes de los particulares (pertenezcan, o no, al concesionario) y en donde la titularidad privada es conjugada con la afectación a un fin público. No es difícil imaginar —prosigue el autor—, en tales casos, la potencial colisión entre los títulos en juego: del servicio público se predica, en efecto, su sujeción continua y regular, postulado éste que, por consiguiente, determina inevitablemente un ejercicio particularmente intenso de las potestades administrativas. En contraposición se ubican las facultades dispositivas del concesionario cuando reviste la titularidad de los bienes afectados; los eventuales derechos de terceros sobre dichos bienes y las garantías que ellos significan, la situación concursal del concesionario, etc., aspectos éstos que son resueltos de diferentes formas por el ordenamiento jurídico administrativo y para cuyo análisis comporta presupuesto metodológico inex-

✱ En ese sentido, entre los principios que estructuran el régimen jurídico del servicio público, el que proyecta mayormente su influjo sobre el régimen de los bienes es, sin duda alguna, el de continuidad del servicio. Es, en efecto, consecuencia del principio de continuidad del servicio público que el dueño de tales bienes debe soportar graves limitaciones sobre su uso y disposición, originadas en la primacía del interés público inherente al servicio prestado, limitaciones cuyos contornos precisos serán demarcados por el régimen específico —legal, reglamentario y contractual— aplicable al caso.²⁷

Disiento, en consecuencia, de quienes afirman que los bienes de titularidad privada adscriptos al servicio público caen bajo un régimen jurídico que participa de los caracteres del dominio público, y que *por tal motivo* no son, en principio, enajenables, prescriptibles o embargables.²⁸ En mi opinión, la causa de tales limitaciones está, más bien, en las exigencias derivadas de los principios propios del servicio público al cual dichos bienes se encuentran afectados.

Cabría, a lo sumo, distinguir entre los bienes de propiedad del concedente afectados al servicio, cuya condición jurídico-pública derivaría tanto de su carácter demanial como de la *publicatio* de

cusable el rol que la afectación ha venido tradicionalmente cumpliendo" (GRECCO, Carlos M.: "Aproximación al régimen jurídico de los bienes privados afectados al servicio público", en la obra en coautoría que escribió con Guillermo A. MUÑOZ: *Fragmentos y testimonios del derecho administrativo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 404-405).

²⁷ Esta postura es coincidente con la sostenida por un calificado sector de la doctrina nacional. En este sentido, véase BIELSA: ob. cit., t. II, p. 273; y TAWIL: "Algunas reflexiones en torno al régimen...", cit., pp. 528 y 535. Por su parte, también Villegas Basavilbaso señaló que "las cosas afectadas al servicio público tienen una condición jurídica especial", ya que "la satisfacción de las necesidades colectivas no podría ser cumplida en forma regular y continua si las cosas constitutivas del servicio estuviesen sujetas al régimen de la propiedad privada" (ob. cit., t. III, p. 71).

Entre quienes se han ocupado del tema en la doctrina extranjera, traigo a colación la autorizada opinión de Gaspar Ariño Ortíz, quien participa de la convicción de que la garantía de la continuidad del servicio público es lo que justifica las restricciones que pesan sobre el titular de los bienes afectados a su prestación (véase su libro en coautoría con CASSAGNE, Juan C.: *Servicios públicos, regulación y renegociación*, LexisNexis/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, pp. 134-135).

²⁸ MATA: "Régimen de los bienes...", cit., p. 292.

la actividad; de los bienes del concesionario, respecto de los cuales la primera de dichas razones está ausente, de modo que las notas públicas del régimen que los gobierna sólo pueden atribuirse al segundo de los motivos expuestos, es decir, a la *publicatio* de la actividad.

5. Régimen durante la vida del contrato de los bienes afectados al servicio público

Recapitulando lo hasta aquí expuesto, estamos en condiciones de sentar las siguientes conclusiones preliminares:

- a) los bienes afectados a la prestación de los servicios públicos carecen de un *status* jurídico unívoco; y
- b) pese a ello, es posible afirmar que todos ellos están sometidos a un marco jurídico teñido de notas iuspublicistas.

Toca ahora, entonces, precisar de qué manera se concreta el matiz publicista del régimen que gobierna a dichos bienes. A tal fin, cabe adelantar que los efectos del marco jurídico así caracterizado se proyectan, fundamentalmente, sobre dos momentos: durante la vida del contrato de concesión o licencia y al tiempo de su extinción.

Es sabido que durante el transcurso de la ejecución del contrato de concesión de servicio público, el concedente goza de ciertas prerrogativas de control y dirección sobre la forma en que el concesionario desempeña su tarea. Ello es consecuencia de la titularidad del servicio que, en virtud de la *publicatio*, le corresponde, titularidad que no se transfiere por el hecho de la concesión en tanto ésta sólo implica una delegación de la *gestión* del servicio. En suma, el concedente continúa siendo el último responsable frente a la comunidad por la adecuada prestación del servicio.

En ejercicio de tales prerrogativas, el concedente debe velar porque el concesionario preste el servicio en las condiciones de calidad previstas por el marco jurídico aplicable, lo cual supone, entre otras cosas, mantener los bienes afectados al servicio en condiciones adecuadas en lo que hace a su materialidad.

El régimen apunta también, sin embargo, a la preservación de la condición jurídica de tales bienes (esto es, de su calidad de integrantes del patrimonio de afectación), lo cual requiere de mecanismos adecuados para impedir que ellos sean objeto de negocios jurídicos que puedan poner en riesgo el destino al cual están consagrados.

En particular, el régimen debe garantizar que el concesionario no pueda sustraer —de hecho²⁹ o de derecho—³⁰ tales bienes del patrimonio de afectación al que pertenecen, sin el debido conocimiento —y, en su caso, venia— de la autoridad concedente.

Justamente por no tratarse, en muchos casos, de bienes del dominio público (en tanto han sido aportados por el concesionario y pertenecen a él), su entrada y salida del patrimonio de afectación está sujeta a recaudos mucho menos rigurosos que aquellos que han de acompañar a la afectación o desafectación de bienes del dominio público.³¹ En ocasiones, por ejemplo, la salida de dichos bienes de la unidad de afectación puede producirse por mera decisión de la autoridad regulatoria, o por voluntad del mismo concesionario que —bajo el control de aquélla— decide dar de baja un bien de

²⁹ Así, por ejemplo, el art. 14 de la ley 24.065 dispone que “ningún transportista ni distribuidor podrá abandonar total ni parcialmente las instalaciones destinadas al transporte y distribución de electricidad (...) sin contar con la aprobación del ente, quien sólo la otorgará después de comprobar que las instalaciones o servicios a ser abandonados no resultan necesarios para el servicio público en el presente ni en un futuro previsible”. De manera similar, el art. 19 de la ley 24.076 establece que “ningún transportista o distribuidor podrá abandonar total o parcialmente las instalaciones afectadas al transporte y/o distribución de gas natural (...) sin contar con la autorización del Ente, quien sólo la otorgará después de comprobar que las instalaciones o servicios a ser abandonados, no resultan necesarios para la prestación del servicio público, en el presente o en un futuro previsible”.

A su vez, ambos marcos regulatorios contienen preceptos que expresamente autorizan al respectivo ente regulador a realizar inspecciones, revisiones y pruebas periódicas sobre las instalaciones y equipos afectados a la prestación del servicio, pudiendo ordenar la suspensión del servicio y la reparación o reemplazo de dichas instalaciones y equipos (arts. 16, ley 24.065 y 20, ley 24.076). En materia eléctrica, la ley obliga a transportistas y distribuidores a efectuar “el mantenimiento de sus instalaciones en forma de asegurar un servicio adecuado a los usuarios” (art. 27, ley 24.065). El marco jurídico del gas, por su parte, delega al ente regulador la tarea de “dictar reglamentos con el fin de asegurar que los transportistas y distribuidores establezcan planes y procedimientos para el mantenimiento en buenas condiciones de los bienes afectados al servicio durante el período de las respectivas habilitaciones” (art. 52, inc. c, ley 24.076).

³⁰ En tal sentido, el art. 5.4. del Subanexo I del Anexo “A” del dec. 2255/92, y su similar art. 5.5 de igual Subanexo del Anexo “B” del citado decreto, prohíben a la licenciataria (de transporte y distribución de gas, respectivamente) disponer por ningún título de los activos esenciales, ni afectarlos a otros destinos que la prestación del servicio licenciado, sin previa autorización de la autoridad regulatoria.

³¹ MATA: “Régimen de los bienes...”, cit., p. 293.

acuerdo a las condiciones previstas en el régimen —caso de sustitución u obsolescencia técnica.³²

Las pautas señaladas se traducen, también, en las limitaciones que se presentan para gravar o trabar embargo sobre bienes afectados a la prestación de servicios públicos.³³ Nuevamente, la *ratio iuris* de esta restricción está dada por la necesidad de impedir que la continuidad del servicio pueda verse vulnerada por la desafectación y venta de un bien indispensable para su prestación, a raíz de la ejecución de un crédito contraído por el dueño del bien en cuestión.³⁴

De allí que resulte válida la observación que hace Marienhoff en cuanto a que la mera traba de un embargo sobre dichos bienes (y lo

³² El distinto tratamiento que merecen, a este respecto, los bienes afectados a la prestación del servicio en función de su mayor o menor relevancia, se aprecia claramente en el caso del transporte y de la distribución del gas natural. En ese terreno, tratándose de activos esenciales, su disposición por cualquier título está sujeta a la previa autorización de la autoridad regulatoria, mientras que respecto del resto de los bienes de propiedad de la empresa licenciataria, ésta podrá disponer libremente de ellos, reemplazarlos o darlos de baja, en tanto no contraríe su deber de operar en forma eficiente, continua y regular el servicio licenciado (véase arts. 5.4 y 5.6 de los Subanexos I de los Anexos "A" y "B" al dec. 2255/92).

³³ BIELSA: ob. cit., t. II, pp. 273-274.

³⁴ De allí que la doctrina haya postulado que la regla de la inembargabilidad deba quedar acotada únicamente a los bienes que resultan de absoluta necesidad para la explotación regular del servicio (conf. GRECCO, Carlos M.: "Aproximación al régimen jurídico...", cit., p. 418).

Parece, también, oportuno recordar que en ciertos casos la prohibición de gravar bienes afectados al servicio se ha visto morigerada, disponiéndose en su reemplazo la exigencia de la previa autorización de la autoridad regulatoria, lo cual apunta a compatibilizar la protección de la continuidad del servicio con los requerimientos provenientes de la necesidad de obtener financiamiento para la operación del mismo. Tal es, por ejemplo, lo que ocurre en materia de transporte y de distribución de gas natural, donde si bien se prohíbe gravar los activos esenciales sin autorización del ente regulador, tratándose de bienes incorporados en el marco de ampliaciones o mejoras afrontadas por la licenciataria, los mismos podrán gravarse para garantizar créditos tomados para financiar dichas ampliaciones o mejoras (véase los puntos 5.4 y 5.5 de los respectivos Subanexos I de los Anexos "A" y "B" al dec. 2255/92). También para el transporte y la distribución de energía eléctrica, los textos contractuales imponen al concesionario el deber de abstenerse de constituir hipoteca, prenda u otro gravamen o derecho real a favor de terceros sobre bienes afectados a la prestación del servicio, quedando excluida de tal prohibición la constitución de derechos reales sobre bienes al momento de su adquisición por la distribuidora y como garantía del precio de compra (véase el art. 22, inc. t], del contrato de concesión de transporte celebrado por Transpa S.A., y el art. 25, inc. t], del contrato de concesión de distribución celebrado por Edenor S.A.).

mismo cabría decir de cualquier otro tipo de gravamen) no sería obstáculo para que el servicio se siguiese prestando de manera regular y continua, en tanto se entienda que la medida cautelar limita sus alcances a evitar que el dueño de la cosa gravada la enajene a terceros una vez que ella ha dejado de estar afectada al servicio al cual se hallaba consagrada.³⁵

6. *Situación de los bienes afectados al servicio público al momento de la extinción del contrato*

El principio que impera en materia de bienes afectados a la concesión de un servicio público es el de la preservación del patrimonio de afectación al tiempo de la extinción del contrato. Ello permitirá que el sucesor en la prestación del servicio —sea el concedente que lo reasuma o un nuevo concesionario al cual se transfiera su gestión— pueda contar con dichos bienes a fin de cumplir con su tarea. El criterio referido opera, una vez más, en beneficio del principio de continuidad del servicio que rige en el campo de los servicios públicos.

Ahora bien, son varios los aspectos que habrán de ponderarse en orden a articular adecuadamente el régimen de los bienes al momento de la extinción del contrato de concesión o licencia. Básicamente, deberán tomarse en cuenta tres exigencias, a saber:

- i) el necesario respeto de la garantía constitucional de la propiedad (lo cual exige, entre otras cosas, un correcto sistema de valuación de los bienes, en la medida no amortizada);
- ii) el interés público por la conservación del patrimonio de afectación; y
- iii) la conveniencia de crear incentivos adecuados para asegurar un flujo razonable de inversiones a lo largo de toda la vida del contrato, en particular en su tramo final.

³⁵ No obstante, Marienhoff formula la precisión apuntada sólo con relación a los bienes que son de propiedad del concesionario, postulando la regla de la inembargabilidad en términos absolutos respecto de los bienes del dominio público (ob. cit., t. V, p. 282). Entiendo que la distinción no procede, ya que también cabría pensar (aun cuando se trate de una hipótesis que difícilmente ocurra) que el acreedor del Estado pretenda ampararse, a través de la traba de un embargo con los alcances arriba señalados, contra una eventual desafectación y posterior disposición de un bien del dominio público afectado a un servicio público. En la medida en que el ordenamiento lo consintiese, no advierto óbice para admitir semejante solución.

Comencemos por el primero de dichos puntos: el respeto del derecho de propiedad sobre los bienes que integran la unidad de afectación.

Respecto de los bienes que el Estado incorporó al patrimonio de afectación y que siguen integrando el dominio público, es evidente que al finalizar la concesión, por la razón que fuere, ellos deben reintegrarse gratuitamente al concedente.³⁶

¿Qué ocurre con los bienes aportados por el particular?

Entiende Marienhoff que, a falta de estipulación sobre el destino de estos bienes, al momento de la extinción de la concesión ellos deben ser restituidos a su dueño, esto es, al concesionario. En tales circunstancias, el Estado sólo podría apropiarse de dichos bienes a través del procedimiento expropiatorio y previa indemnización al concesionario.³⁷

Ello no obsta, sin embargo, a que con frecuencia el régimen reglamentario o contractual estipule que al momento de extinguirse el contrato dichos bienes pasarán a poder del concedente, bajo la llamada *reversión*.³⁸

³⁶ En el mismo sentido, ESCOLA, Héctor J.: *Tratado integral de los contratos administrativos*, Depalma, Buenos Aires, 1979, v. II, p. 133. El servicio aeroportuario ofrece un buen ejemplo de la solución expuesta, en tanto en dicho ámbito los bienes son transferidos al concesionario a mero título de tenencia, y deben, por tanto, ser restituidos a su dueño, el Estado concedente, al término de la concesión (véase los arts. 9º, inc. h], del dec. 375/97; las cláusulas 3.7 y 3.8 del respectivo pliego licitatorio; y el capítulo 6 y la cláusula 24.1 del pertinente contrato de concesión). Pueden verse algunas referencias al régimen de bienes en dicho servicio en MERTEHIKIAN, Eduardo: "La administración y explotación de los espacios aeroportuarios y la aplicación de la ley 17.091 a la concesión aeroportuaria nacional", *JA*, 2004-I, suplemento del fascículo n. 8, pp. 42 y ss.).

³⁷ MARIENHOFF: ob. cit., t. III-B, pp. 645-646.

La Corte Suprema también ha sido rotunda a este respecto, y sostuvo que "la declaración de caducidad no autoriza de por sí la ocupación por parte de la autoridad concedente de los bienes propios de los concesionarios afectados a la prestación de los servicios que constituyen el objeto de la concesión. Una cosa es la concesión; otra los bienes del concesionario, por más que estén afectados del modo en que se acaba de indicar. A estos últimos los ampara la inviolabilidad de la propiedad que, en principio, sólo cede ante la expropiación por causa de utilidad pública formalmente declarada y previa indemnización (art. 17 de la C.N.)" (*Fallos*, 201:432).

³⁸ Remito, en este sentido, a los arts. 5.2 y 11.4 de los respectivos Subanexos I de los Anexos "A" y "B" del dec. 2255/92, ya citados, que exigen a los licenciatarios de los servicios de transporte y distribución de gas natural que, al término de su licencia, transfieran al otorgante de la misma, o a quien éste indique, los activos esenciales del servicio.

Cuando se hubiere previsto, entonces, la transferencia del dominio sobre dichos bienes al Estado concedente, cabe entender que tal traspaso forma parte de la economía del contrato, ya que debe asumirse que la entrega de los bienes en cuestión habrá sido suficientemente compensada al concesionario en el marco de las prestaciones intercambiadas.³⁹ En línea con esa misma interpretación sería también posible convenir que tal traspaso operará previa indemnización del valor no amortizado de los bienes.

¿Qué ocurre en caso de silencio de la normativa aplicable? La doctrina mayoritaria entiende que la solución expuesta (esto es, la transferencia de todos los bienes afectados al servicio a manos del Estado al fin de la concesión) no puede entenderse implícita, ya que la renuncia de los derechos no se presume.⁴⁰

En cuanto al interés público comprometido —el segundo aspecto apuntado al comienzo de este apartado—, va de suyo que él se orienta en dirección a la preservación de la unidad de afectación, como modo de garantizar la continuidad del servicio al momento de la extinción de la concesión o licencia. Dicha exigencia debe conciliarse, no obstante, con las otras dos a las que se hiciera alusión, esto es, con el respeto del derecho de propiedad y con la necesidad de idear mecanismos que incentiven la inversión hasta el final de la vida del contrato.

Desde esta última óptica, es preciso advertir que la técnica de la reversión resta alicientes a la realización de inversiones sobre los bienes durante el último período de la concesión, en tanto dichas inversiones no llegarán a amortizarse.⁴¹ Ello pone de manifiesto la

Parece oportuno recordar que el término *reversión* ha sido motivo de crítica, ya que si nunca antes los bienes pertenecieron al Estado no parece apropiado decir que ellos revierten a él (conf. MATA: "Régimen de los bienes...", cit., p. 296). En rigor, la expresión debería reservarse únicamente para los bienes aportados por el concedente, en la medida en que éste haya conservado su propiedad y se haya desprendido únicamente de su tenencia.

³⁹ ESCOLA: ob. cit., v. II, p. 135.

⁴⁰ MARIENHOFF: ob. cit., t. III-A, p. 559; ESCOLA: ob. cit., v. II, pp. 133-134; y SARMIENTO GARCÍA, Jorge: *Concesión de servicios públicos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, p. 329.

⁴¹ Así lo ha destacado GARCÍA DE ENTERRÍA, Gustavo: "El dogma de la reversión de concesiones", *Dos estudios sobre la usucapión en derecho administrativo*, tercera edición, Civitas, Madrid, 1998, pp. 82 y ss. En el mismo sentido, véase CASSAGNE, Juan C.: "Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización", en la *Revista de Administración Pública*, n° 157, 2002, p. 479.

necesidad de complementar el régimen de reversión que se hubiere estipulado, sea mediante la previsión de que las inversiones no amortizadas serán indemnizadas, sea a través de la imposición de obligaciones precisas a cargo del concesionario en materia de conservación y mejora de los bienes afectados durante todo el lapso de la concesión, con un correlativo régimen de sanciones.⁴²

No se me escapa, sin embargo, que las condiciones del traspaso al Estado de los bienes aportados por el concesionario deben guardar relación con las circunstancias y causas bajo las cuales se extingue la concesión: no da lo mismo que ello se produzca por el cumplimiento del plazo (forma normal de extinción), por caducidad o por rescate (variantes estas últimas de extinción anticipada del contrato).⁴³

En un escenario de extinción normal, será sencillo justificar la transferencia gratuita de los bienes al concedente, al asumir que las inversiones realizadas se encontrarán para entonces plenamente amortizadas.

Este argumento no vale, sin embargo, frente a los supuestos de terminación anormal del contrato, que por fuerza acaece anticipadamente.

Así, en caso de caducidad de la concesión, el traspaso gratuito de los bienes al concedente sólo podría justificarse a título de sanción,⁴⁴ dado que dicho mecanismo de extinción del contrato opera

⁴² En este sentido, el art. 78 de la ley 24.076 prevé que "en los casos de concesiones, los respectivos contratos, deberán contemplar que, a su extinción, el Concesionario deberá devolver al Estado un sistema en plena operación y con la incorporación de los adelantos tecnológicos que eviten su obsolescencia y las mejoras que haya incorporado".

⁴³ Pese a lo señalado en el texto, resulta sumamente interesante el sistema ideado en materia de transporte y distribución de electricidad, según el cual el compromiso de las concesionarias de entregar, al término del contrato por cualquier causa, todos los bienes de su propiedad que estuvieran afectados de modo directo o indirecto a la prestación del servicio público, va unido a su expectativa de recibir a cambio el precio de venta de las acciones de la sociedad concesionaria, obtenido en el marco de la licitación pública que el concedente convocará a fin de seleccionar a la nueva transportadora o distribuidora que se hará cargo del servicio (véase, por ejemplo, lo dispuesto en los contratos de concesión celebrados con Transpa S.A. y con Edenor S.A.). De esa manera se logra conciliar la propiedad de la empresa concesionaria sobre los bienes que aporta al servicio, con la necesidad de generar los incentivos necesarios para que aquélla mantenga dichos bienes en condiciones adecuadas, en tanto sólo así obtendrá un precio satisfactorio por la venta de las acciones al término de la concesión.

⁴⁴ ESCOLA: ob. cit., vol. II, pp. 135-136.

por culpa del concesionario. Ahora bien, para que tal desapropio accesorio a la declaración de caducidad sea admisible debe estar expresamente estipulado, en virtud del principio de *norma previa* que rige como garantía en materia sancionatoria. A falta de semejante estipulación, se impone el deber de indemnizar al concesionario desplazado el valor de los bienes de que resulte despojado.⁴⁵

Por el contrario, en caso de extinción anticipada de la concesión no debida a una conducta culpable de concesionario (rescate o revocación por razones de oportunidad), es evidente que el traspaso gratuito de los bienes de aquél a manos del Estado carecerá de toda justificación, tanto desde el punto de vista económico como jurídico. En esos casos, la solución adecuada pasa por indemnizar proporcionalmente al concesionario el valor no amortizado de tales bienes.⁴⁶

7. Conclusiones

A la luz de las consideraciones expuestas, es posible advertir hasta qué punto la determinación del *status* jurídico de los bienes afectados a la prestación de los servicios públicos está ligada, en cada caso, a una serie de factores que actúan acentuando o morigerando las restricciones a la propiedad privada que conlleva dicha afectación.

Dejando, así, a un lado la situación extrema de publicación, cual es la que corresponde a los bienes de propiedad estatal afectados a la prestación de un servicio público (en tanto ellos integran en sentido pleno el dominio público, según quedó señalado), la intensidad de las limitaciones que existen en cuanto a la facultad de disposición de los bienes sujetos a dicha afectación no es, en modo alguno, unívoca.

En tal sentido, un elemento hermenéutico de particular relevancia para ponderar el alcance de tales limitaciones es el grado de importancia que, en cada caso, tienen los bienes de cara a la presta-

⁴⁵ Así lo ha declarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente de *Fallos*, 201:432.

⁴⁶ *BIELSA*: ob. cit., t. II, p. 275.

La solución señalada ha sido adoptada en el marco de la concesión de aeropuertos, donde el contrato celebrado prevé reconocer en concepto de daños y perjuicios el monto de las inversiones no amortizadas (véase la cláusula 25.2 del referido texto contractual).

ción satisfactoria del servicio público en cuestión. En otras palabras, aquellos bienes que resulten esenciales o principales para el servicio, exhibirán una mayor pertenencia al patrimonio de afectación, con el consiguiente incremento de la intensidad de los límites a las facultades de disposición de su titular. Tal como ya se señaló, el marco normativo con frecuencia atiende a esta distinción a través de una exacta clasificación de los activos afectados, a los que califica de esenciales o no esenciales, según corresponda. Sin embargo, aun cuando las disposiciones aplicables no hubieren tomado semejante precaución, el criterio expuesto no deja de ser útil para superar las lagunas que el régimen pudiere presentar, ello en el bien entendido de que en ningún caso la mera invocación del hecho de la afectación a un servicio público basta para restringir un derecho.⁴⁷

Pero, en definitiva, la guía más segura que ha de orientar el examen de la magnitud de las restricciones que pesan sobre el dominio que el concesionario o licenciatario titulares de bienes afectados al servicio público puedan ejercer sobre dichos bienes, así como para ponderar el alcance de los reparos a cualquier pretensión crediticia que un tercero pudiera intentar con relación a esos mismos bienes, pasa por preguntarse en qué medida la desafectación (a través de su disposición o gravamen) del bien en cuestión perjudica o amenaza la prestación adecuada y continua de dicho servicio. Con la respuesta en una mano, y con el cuidado de no avasallar el derecho de propiedad en la otra, será difícil que el legislador yerre en el diseño del marco jurídico pertinente, o que el juez se equivoque en la solución de la controversia planteada ante sus estrados.

⁴⁷ Así lo ha declarado de manera terminante la Corte Suprema, al afirmar que "no basta la invocación de una necesidad general, o la afectación de un servicio público, para hacer caducar o restringir el derecho, si no existe una disposición de orden administrativo que lo imponga y a la cual se considere sometido el titular, o una cláusula contractual que tenga para las partes la fuerza de una ley" (véase "Cía. Sud Americana de Servicios Públicos Sociedad Anónima c/ Comisión de Fomento Gálvez", en *Fallos*, 174:178).