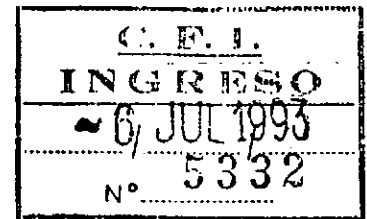


6
F3111
C26
VI

Buenos Aires, 6 Julio 1993

Sr.
Seretario General del
Consejo Federal de Inversiones
Ing. Juan José CIACERA
S. _____ / _____ D



De mi consideraCión:

Por la presente hago entrega de los tres ejemplares de acuerdo a los términos dereferencia de mi contrato del Estudio sobre "Desarrollo Endógeno del Municipio de San Vicente" Aspectos legales e institucionales, 2º Informe Parcial.

Sin otro particular le saludo a Ud. muy cordialmente.

Dra. Mirta E. Laciari



0/F3111
C26
VI

MFN-9

3786p

2o INFORME PARCIAL

**"DESARROLLO ENDOGENO DEL MUNICIPIO DE SAN VICENTE"
ASPECTOS LEGALES E INSTITUCIONALES**

por Mirta Elizabeth Laciari

CONSEJO FEDERAL DE INVERSIONES

Buenos Aires, 5 de Julio de 1993

**"DESARROLLO ENDOGENO DEL MUNICIPIO DE SAN VICENTE"
ASPECTOS LEGALES E INSTITUCIONALES**

II. CONSECUENCIAS DE SU AFECTACION

1. Reiterando lo expresado en el apartado I.3. del Primer Informe Parcial, es conveniente recordar que para la incorporación de las aguas al dominio público del Estado es necesaria la afectación previa.

2. La afectación "es el hecho o la manifestación de voluntad del poder público, en cuya virtud la cosa queda incorporada al uso y goce de la comunidad" (1).

La doctrina no es uniforme respecto de si la afectación sólo puede consistir en un acto de voluntad de la administración, o si se acepta a los "hechos" del poder público como forma de afectación.

Algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sólo vinculan la afectación a la "manifestación de voluntad de los poderes públicos". Otros, reconocen como sustento de la afectación también a los "hechos".

Se ha declarado "que las vías de comunicación, cuando han sido incorporadas al uso y goce común con el asentimiento de las autoridades y de los propietarios desde tiempo inmemorial, se convierten en bienes de dominio público".

Es necesario destacar, sin embargo, que el asentimiento a que se refieren los fallos comentados, se traducen sólo en hechos de la administración pública.

Consecuentemente, el dominio público se establece por actos y por hechos, quedando sujetos al régimen del derecho público.

En tanto la afectación o consagración (término que utiliza la Corte Suprema de Justicia de la Nación en varios fallos), puede efectuarse a través de:

- La ley.
- Por acto administrativo y/o hechos de la administración pública.

Su naturaleza jurídica será la de un acto administrativo o un hecho jurídico según el caso.

3. Desde un punto de vista jurisdiccional el dominio público se divide en nacional, provincial o municipal. Esto ya ha sido desarrollado en el Primer Informe Parcial y a el remitimos. De esa división de poderes y funciones surge que la entidad, dentro de cuyos límites se encuentra ubicado el bien, está facultada para regular todo lo relativo al uso de las respectivas dependencias dominiales (2).

Consecuentemente entre las formas utilizadas para efectivizar la afectación debe contarse a los actos legislativos, administrativos y hechos jurídicos. Estos pueden ser realizados por la Nación, provincias o municipios.

A los fines de éste Informe interesan los que realiza la Municipalidad a través de Ordenanzas, Decretos del Intendente etc.

II.A. Aspectos jurídicos de la afectación. Requisitos

4. La afectación tiene una consecuencia jurídica fundamental: el bien o cosa, desde el momento de la afectación queda incorporado al dominio público.

Es necesario señalar que a partir de la manifestación de voluntad de la administración (sea a través de una Ley, acto y/o hecho de la administración), el bien queda consagrado al uso y goce de la comunidad y sujeto al derecho público.

Sin embargo, "no debe confundirse la asignación del carácter público a un bien, con la afectación del mismo al dominio público" (3).

Asignar a una cosa el carácter de público sólo significa establecer que la misma llegará a integrar el dominio público.

En cambio la afectación es la efectivización de la incorporación de un bien al uso público (mediante Ley, acto y/o hecho de la administración pública).

5. La afectación debe cumplimentar determinados requisitos para que produzca efectos jurídicos.

En primer lugar, debe tender a la satisfacción de una necesidad o interés público. Su determinación dependerá de las circunstancias propias de una comunidad, en un momento determinado.

Por ello, la valoración de tal necesidad o interés, constituye una típica actividad del Estado, que requiere de un pronunciamiento o asentimiento del mismo, expresado mediante una Ley, acto y/o hecho de la administración pública.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado "que es esencial para la existencia de la afectación, la manifes-

tación de voluntad del poder público, expresada en las formas propias del derecho administrativo" (4).

En segundo lugar, a más de los requisitos señalados precedentemente (uso público y afectación efectiva y actual), es indispensable que la administración actúe en virtud de un título jurídico que la faculte a afectar una cosa al uso público.

El Estado no puede afectar al uso público cosas que no le pertenecen.

6. Si los titulares son particulares, la administración puede recurrir a un medio de derecho público como la expropiación para adquirir tal dominio o, recurrir al derecho privado. Otras formas para adquirirlo puede ser la compra, donación, cesión etc.

La forma de adquisición, por parte del Estado, del dominio de una cosa no es determinante del régimen propio del dominio público, sino su afectación al uso público, conforme lo expresado en apartados anteriores.

7. Para finalizar el análisis de la afectación como forma de incorporar un bien al dominio público es conveniente tratar someramente una institución de naturaleza correlativa a la anterior. Esta, tiene efectos jurídicos contrarios a la desafectación.

"Desafectar un bien significa sustraerlo de su destino al uso público, haciéndolo salir por lo tanto, del dominio público para ingresar al dominio privado, sea del Estado o de los particulares" (5).

En nuestro derecho la regla es que los bienes desafectados, ingresan al dominio privado del Estado y sólo excepcionalmente pasan a integrar el dominio de los particulares.

Un ejemplo de ello ocurre con los cauces abandonados de los ríos. El supuesto está contemplado en el artículo 2573 del Código Civil referido al cauce seco o descubierto, resultante del retiro de las aguas de una ribera hacia la otra.

En el caso de las tierras, estas pasan a pertenecer a los ribereños.

La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia han hecho extensiva aplicación de dicha norma, ante la ausencia de una norma específica para el supuesto de cauce abandonado.

8. La cosa o bien debe librarse al uso público en forma efectiva y actual.

Si no hay un uso efectivo falta uno de los elementos que componen la noción de dominio público o el elemento teleológico o finalista.

Dentro de la noción de uso público como uso de todos, hay autores que consideran que debe tratarse de un uso directo, inmediato. Otros incluyen el uso indirecto o mediato.

Actualmente se ha afirmado la posición de aquella parte de la doctrina que sostiene que dentro del concepto "uso público", deben incluirse dentro de nuestro régimen legal, tanto el uso directo o inmediato como el indirecto o mediató.

También se ha identificado doctrinariamente "uso público" con la afectación a un servicio público.

En nuestro país, "... lo que caracteriza al dominio público no es precisamente ni el uso directo ni la afectación a un servicio público, sino la afectación del bien a utilidad o comodidad común...."(6)

Tales conceptos exceden el mero uso directo y la afectación a un servicio público.

9. El art. 2340 inc. 7 del Código Civil, menciona entre los bienes incluidos dentro del dominio público a "las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común...."

Del mismo art. se desprende que "las palabras utilidad o comodidad común, son de tal amplitud que no es menester que los particulares tengan la utilización directa de la obra para que pertenezca al dominio público, pues podrían ser usuarios indirectos de ella a través de la prestación de un servicio público" (7).

10. Desde luego el uso indirecto que le atribuye calidad dominial a los bienes destinados a utilidad o comodidad común, sólo se refiere a los bienes afectados directamente - como bienes finales o bienes de uso - a esa utilidad o comodidad común. De ningún modo comprende los bienes simplemente instrumentales (8). Estos últimos integran el dominio privado del Estado.

La dominialidad deriva del uso público. La afectación a tal destino debe ser efectiva y actual.

Pero "para que una cosa se considere afectada al uso público es necesario que sea apta para ese destino (9).

La cosa debe ser susceptible de un uso público actual. "Su materialidad debe ser idónea para dicho uso" (10).

Por ello, si se trata de un bien cuya dominialidad pública depende de la realización de obras para hacer posible su utilización, no podrá aplicarse el régimen del dominio público mientras dicha construcción no se efectúa.

La circunstancia de que la afectación deba ser "efectiva y actual", no significa que sea continua. Basta con que se realice en cualquier momento y/o con la intermitencia que puede resultar de las características del bien afectado (ubicación, destino etc.).

El uso efectivo no significa que sea ininterrumpido. Puede ser "intermitente", pero nunca potencial.

La afectación debe ser actual. La afectación futura resulta inadmisibles dentro de nuestro ordenamiento jurídico (11).

II.1. En función de los usos del recurso agua

11. Como se ha expresado en el apartado II.A., el carácter público de la dominialidad de un bien depende de que el mismo esté o no destinado al uso público.

Pero este uso público debe ser compatible con el destino del bien. Esto debe ser una cuestión a resolver en cada caso en particular.

Si el uso resulta incompatible con el destino del bien, puede generar la invalidéz del acto administrativo que lo otorgó.

En general se entiende que es posible el uso de un bien en una forma que no se adecue totalmente a su destino, mientras no se oponga al mismo.

Un ejemplo de lo dicho es el caso de una calle destinada a la circulación pública. Ese destino dado a la calle no contrasta con el otorgamiento de un permiso para instalar un puesto de venta de diarios.

12. Los usos a que son susceptibles los bienes del dominio público, entre ellos las aguas, se dividen en comunes y especiales.

Estos se diferencian entre sí no sólo por la índole del aprovechamiento, sino también por el contenido jurídico y naturaleza del derecho de los usuarios (12).

13. Reiterando lo manifestado en el Primer Informe Parcial, apartado I.2.A., se destaca que dada la estructura jurídica-política de nuestro país, compete a las provincias regular el uso y goce de los bienes públicos. Esta Facultad provincial resulta del artículo 104 de la Constitución Nacional, en virtud del cual las provincias conservan el ejercicio pleno del poder de policía.

Una de las manifestaciones de tal ejercicio es la regulación de su uso y goce.

III.1.A. Uso común

14. Conforme se expresa en el parr. anterior los usos de los bienes públicos se agrupan en comunes y especiales.

Los "usos comunes son, los que pueden realizar todos los hombres por su sola condición de tales, sin más requisitos que la observancia de las disposiciones reglamentarias de carácter general dictadas por la Autoridad" (13).

Respecto a las aguas, son usos comunes: beber, bañarse, lavar ropa, habrebar ganado, patinar en zonas congeladas, navegar, pescar, arrastrar troncos secos y madera y, "en general todos aquellos que no disminuyan o alteren sensiblemente la cantidad y calidad del agua pública..." (14).

El uso común implica el uso para todos, por la colectividad. En ellos el usuario es indeterminado.

15. Se ha introducido, dentro del concepto de usos comunes la figura del usuario individualizado para explicar la situación de usuarios que aparecen más directamente relacionados con la cosa pública. Un ejemplo de ello es el caso de los ribereños de los cursos de agua.

Siguiendo a Marienhoff puede decirse, con respecto al uso común, que estos linderos no se diferencian del resto de la comunidad. Todos tienen un derecho igual respecto al uso del bien público. Lo que es particular es la situación de dicha propiedad que por lindar con aguas públicas puede estar sujeta a retriicciones, como también puede disfrutar de prerrogativas.

16. Considerando el uso común como una prerrogativa o potestad jurídica, doctrinariamente se discute sobre su naturaleza jurídica.

En la medida que se trata de una potestad que puede ser elegida por todos los hombres (sin distinción entre nacionales y extranjeros), y con un usuario que es siempre indeterminado, constituye sin lugar a dudas un interés simple. Esta es, por lo tanto, la naturaleza jurídica del uso común.

17. Si bien se trata de un uso destinado a todos de manera indeterminada, como toda prerrogativa está sujeto al poder de policía del Estado. Este se manifiesta a través de las respectivas reglamentaciones. Tales reglamentaciones, cuya sanción compete a la autoridad facultada para arreglar el uso y goce de los bienes públicos, están contenidas en:

- Normas de policía en general (por ejemplo tendiendo a garantizar la seguridad pública).
- Normas sobre conservación del bien público (por ejemplo prohibición de acciones que puedan contaminar las aguas, prohibición de determinados usos o modalidades de uso que desnaturalicen el destino de la cosa pública).
- Normas que tiendan a garantizar una utilización común de dicho bien, asegurando iguales potestades para todos.
- Normas tendientes a facilitar el funcionamiento de un servicio público vinculado con el bien en cuestión.

De tal manera este uso común, por principio gratuito, queda sujeto a las reglamentaciones de la autoridad competente. Esta puede incluso resolver la aplicación de alguna tasa en función del uso. Asimismo puede exigir autorización previa, con carácter general para poder usar el bien. Un ejemplo de lo dicho son las licencias y/o permisos que en distintos ámbitos jurisdiccionales se requieren para la práctica de la pesca y, para cuya obtención el particular debe pagar una tasa.

III.1.B. Uso especial

18. Es el que pueden realizar aquellas personas que han obtenido la expresa autorización de la autoridad competente. Se trata de un uso privativo exclusivo, dado a personas determinadas.

"La adquisición del derecho de uso especial o privativo de los bienes del dominio público requiere indispensablemente un acto expreso del Estado en cuyo mérito ese derecho resulta otorgado o reconocido" (15).

19. En el caso particular del agua los usos especiales no tienen por objeto la satisfacción de necesidades inmediatas del hombre, sino que tienden en general a contribuir al desarrollo de determinadas actividades económicas (irrigación, generación de energía, utilización industrial, etc.).

Contrariamente a lo que ocurre con otros bienes públicos, el uso de las aguas, para que sea eficiente, no puede ser general, indeterminado. Este criterio atenta contra la escasez del recurso. Por ello su utilización debe concederse a aquellas personas que realmente la necesitan.

En consecuencia se ha dicho que las concesiones constituyen el usuario característico en materia de aguas públicas.

El otorgamiento de tales concesiones no guarda relación con la circunstancia de que el usuario sea o no ribereño.

Tanto para los usos comunes como para los especiales, el ribereño se encuentra en un pie de igualdad con el resto, de la comunidad.

Si bien no existen diferencias sustanciales, no obstante se observan algunas particularidades resultantes de la vecindad con el curso de agua.

20. La modalidad más simple de otorgar el uso de las aguas públicas es el permiso. Este difiere de la concesión, pues confiere a los particulares un derecho precario. No constituye un derecho subjetivo y, puede ser revocado en cualquier momento por la autoridad sin derecho a indemnización alguna.

La concesión en cambio, genera un derecho subjetivo y está sujeta a plazo.

Se suele afirmar que la concesión tiene la estructura de un contrato.

Algunos administrativistas niegan la asimilación de la concesión al contrato, no porque le desconozcan la calidad de acto bilateral, sino porque la figura contractual está inserta dentro del derecho privado. La concesión es una típica institución de derecho público.

"La concesión no es un contrato" (16).

Su diferencia con un contrato de derecho privado, resulta de las normas que la rigen, de los sujetos intervinientes y del objeto de la misma.

La concesión puede ser temporaria (sujeta a un plazo determinado) o perpetua. Su otorgamiento se efectúa generalmente mediante el pago de un canon.

Su revocación faculta al concesionario a exigir la pertinente indemnización.

21. En los primeros párrafos de este informe se señaló que el dominio público se caracteriza por estar afectado al uso público. Esto se compadece con la circunstancia de otorgamiento de usos especiales o exclusivos de bienes públicos.

"El hecho de que puedan darse permisos y/o concesiones de uso en ciertas partes del dominio público, mediante pago de tasas, no afecta su carácter general, porque esas concesiones se dan para hacerlo más útil a los usuarios" (17).

Por otra parte es necesario señalar respecto a la gratuidad u onerosidad del uso de los bienes públicos, que las mismas no constituyen rasgos esenciales de ninguna de las formas de uso antes analizadas.

Tanto los usos comunes como los especiales pueden ser gratuitos u onerosos. La decisión dependerá de cuestiones políticas, de circunstancias del momento, etc.

La adopción de uno u otro criterio no desvirtua principio jurídico alguno.

II.2. En función de los usos de otras categorías de recursos.

22. A partir del descubrimiento de la ley natural (G. Pinchot) de la interdependencia entre las diferentes especies de recursos naturales, comienza a considerarse doctrinariamente primero y más tarde jurídicamente dichas interacciones.

No sólo interactúan los diferentes recursos entre sí sino que también lo hacen "...los distintos usos que el hombre hace de cada recurso, por ejemplo: uso agrícola del agua vs. uso hidroeléctrico" (18).

La interdependencia es más notoria respecto a determinados recursos naturales renovables, como es el caso del agua. La misma resulta ser un factor vinculante con y entre los recursos naturales.

El ambiente está integrado por distintos elementos, entre ellos los recursos naturales. También lo compone los factores ambientales que son distintos a los recursos naturales, (basura, ruido, asentamientos humanos, etc.)

Tanto los recursos naturales como los factores ambientales o los recursos inducidos por el hombre, influyen entre sí.

Si se observa la evolución operada a nivel de la legislación comparada y también dentro de las fronteras de nuestro país a nivel nacional y provincial, puede apreciarse como el principio expuesto precedentemente se ha ido incorporando al derecho positivo, sobre todo si se tienen en cuenta las nuevas legislaciones provinciales.

Aún en normas que regulan particularmente algún recurso, no deja de reconocerse la interdependencia que existe con otros y, especialmente entre los distintos usos del mismo recurso.

23. Si se considera que el dominio público es el destinado a "utilidad o comodidad común", al momento de resolverse su afectación deberá tenerse en cuenta especialmente la interdependencia del bien de que se trate, con relación a los otros bienes naturales.

Al momento de tomar cualquier tipo de decisión se pueden plantear conflictos de prioridades entre los diferentes recursos o los distintos usos de un mismo recurso.

La autoridad competente resolverá cuál es el recurso a utilizar o cuál es el uso que debe priorizar tomando en cuenta fundamentalmente el interés público.

II.3. En función de las restricciones y límites administrativos al dominio privado

24. Dentro de este apartado se contemplan las restricciones y servidumbres en materia de aguas públicas.

El Código Civil establece un principio rector en la materia: "Las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público son regidas por el derecho administrativo" (art.2611).

Las restricciones establecen el ejercicio regular del derecho real de dominio. Son limitaciones normales que forman parte del ejercicio normal del derecho y no dan lugar a indemnización.

Las servidumbres, en cambio, afectan el carácter exclusivo del dominio, importando una limitación excepcional. Por ello debe ser indemnizada.

Se ha dicho que el Código Civil no obstante el principio del art. 2611, establece restricciones al dominio privado en función del interés público en los artículos 2639 y 2640 (camino de rivera o de sirga).

El Código Civil contempla tres especies de servidumbre en materia de aguas (arts. 3002 a 3017):

- a) la de acueducto;
- b) la de recibir las aguas de los predios ajenos;
- c) la de sacar agua;

En la medida que las restricciones y servidumbres fundadas en motivo de interés público se rigen por el derecho administrativo, son las autoridades locales, titulares de los bienes en cuestión, las que pueden establecer tales limitaciones.

25. Se ha discutido doctrinariamente si es la justicia o la administración pública la que está facultada para determinar las limitaciones al dominio privado. A nuestro entender siendo la administración pública la encargada de procurar la satisfacción del interés público, esta es la facultada para imponer dichas limitaciones, sean meras restricciones o servidumbres.

Claro está que en función de garantizar la protección de la propiedad privada debe concederse al particular la indemnización correspondiente.

26. En el caso particular de las servidumbres puede concluirse que no es una institución exclusivamente civil. Tanto actúa en el campo del derecho público como del derecho privado.

En el supuesto de servidumbres de acueducto y desagüe con relación al riego, doctrinariamente se las considera como servidumbres de interés público. Esto es así en regiones donde el agua reviste fundamental importancia debido a su escasez.

En estos casos en que está en juego el interés público, la autoridad administrativa competente, apreciada la necesidad o conveniencia pública, dispone las pertinentes limitaciones al dominio (meras restricciones, servidumbres y/o expropiación). Dentro del ámbito provincial, el uso del agua para riego o desagüe, que resulten del interés público, podrán fundar la constitución de limitaciones al dominio privado. La autoridad a cuyo cargo se encuentra dicha materia, será competente para imponerlas.

II.3.A. Situación de la Laguna de San Vicente

27. En el Primer Informe Parcial apartado I.B se señaló la condición jurídica de la Laguna de San Vicente y que la misma necesariamente debe integrar el dominio público municipal. Incorporado dicho bien al dominio del municipio conforme el régimen legal aplicable (Ley 9533); la municipalidad, y en virtud de lo señalado en los párrafos precedentes, podrá dictar la ordenanza respectiva AFECTANDO DICHO ESPACIO AL USO PUBLICO. Para ello, evaluará la naturaleza del bien y la necesidad pública a satisfacer.

El municipio podrá reglamentar las distintas modalidades de uso que se establezcan, disponiendo la gratuidad u onerosidad de los mismos, atento al régimen jurídico aplicable (régimen de contabilidad, obras públicas, y demás normas de derecho público provincial y/o municipal). El análisis de la referida normativa se efectuará en el Informe Final, Capítulo III de las Recomendaciones.



Dra. Mirta Elizabeth Laciari

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- (1). MARIENHOFF, Miguel: Tratado del Dominio Público. Ed. Tea. Bs. As. 1960. pag. 151.-
- (2). MARIENHOFF, Miguel: Ob. cit. (1) pag. 153.-
- (3). MARIENHOFF, Miguel: Ob. cit. (1) pag. 155.-
- (4). Fallos CSJN: Tq 149, pags. 71 y 76; Tq 161, pags. 420 y 426.-
- (5). MARIENHOFF, Miguel: Ob. cit. (1) pag. 155.-
- (6). Fallos CSJN: J.A. Tq 22 pags. 40 y ss.
- (7). LLAMBIAS, Jorge: Código Civil Anotado. Ed. Abeledo-Perrot. Tq IV pag. 53.-
- (8). MARIENHOFF, Miguel: Ob. cit. (1) pag. 116.-
- (9). BIELSA, Rafael: Tratado de Derecho Administrativo. Tq II.-
- (10). MARIENHOFF, Miguel: Ob. cit. (1) pag. 164.-
- (11). MARIENHOFF, Miguel: Ob. cit. (1) pag. 167.-
- (12). MARIENHOFF, Miguel: Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas. Ed. Abeledo-Perrot. pag. 545.-
- (13). MARIENHOFF, Miguel: Ob. cit. (1) pag. 295.-
- (14). MARIENHOFF, Miguel: Ob. cit. (1) pag. 295.-
- (15). MARIENHOFF, Miguel: Ob. cit. (1) pag. 322.-
- (16). MARIENHOFF, Miguel: Ob. cit. (12) pag. 565.-
- (17). BIELSA, Rafael: Ob. cit. (9).-
- (18). CANO, Guillermo: Recursos Naturales y Energía. Derecho, Política y Administración. Ed. Feyde. Pag. 69.-