

**CARMEN DE GUERRERO MANSO
JULIÁN PIMIENTO ECHEVERRI
GERARDO GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA
(Eds.)**



Zaragoza, 2022



CARMEN DE GUERRERO MANSO
JULIÁN PIMIENTO ECHEVERRI
GERARDO GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA
(Eds.)

**LAS CONCESIONES DEMANIALES EN
EUROPA Y AMÉRICA. IMPLICACIONES
AMBIENTALES, SOCIALES Y ECONÓMICAS**

Zaragoza, 2022



INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

1. Originalidad. La Revista Aragonesa de Administración Pública únicamente acepta para su publicación trabajos originales e inéditos.

2. Objetivo, temática y público. El objetivo de la Revista es publicar estudios jurídicos de alta calidad en la temática de Derecho Administrativo dirigidos a la comunidad académica y profesional relacionada con la Administración Pública.

3. Compromiso. El envío de un trabajo a la Revista Aragonesa de Administración Pública implica el compromiso de no retirarlo si la Revista comunica su intención de publicarlo tras la correspondiente evaluación y, por supuesto, de no publicarlo previamente en lugar alguno; no pudiendo retirarse para hacerlo en otra revista (a lo que se renuncia desde el momento en que se manda el trabajo para su evaluación), salvo que la respuesta de la Revista Aragonesa de Administración Pública sea negativa a su publicación o por desacuerdo con la sección de la revista en que se va a publicar o con las modificaciones que tuviera que introducir, en su caso. El incumplimiento de este requisito permitirá a la Revista Aragonesa de Administración Pública rechazar de plano cualquier otro trabajo enviado por el mismo autor.

4. Evaluación externa. Los originales recibidos en la Revista se someten a evaluación anónima por parte de especialistas externos antes de su aceptación por el Consejo Asesor y el Consejo de Redacción. La evaluación se refiere a los aspectos formales, metodológicos, de contenido y grado de originalidad de los trabajos. Si la evaluación es favorable, el estudio se publica tras su aceptación por el Consejo Asesor (compuesto por miembros externos al editor) y el Consejo de Redacción (integrado por miembros vinculados al editor). Si la evaluación es negativa, el estudio no se publica, aunque si las razones dadas por el evaluador no resultan plenamente convincentes al director de la revista, el trabajo es sometido a nueva evaluación. Si la evaluación es con reparos, se hacen llegar estos al autor, que puede volver a remitir su estudio con las correcciones pertinentes para someterlo a evaluación complementaria, salvo que se trate de cuestiones de escasa relevancia. En ningún caso se facilita el nombre de los especialistas responsables de una evaluación, aunque periódicamente se publica en la revista una lista de dichos evaluadores.

5. Datos identificadores. En el inicio de los artículos publicados se indicarán las fechas de recepción y aceptación de los mismos en la Revista, así como el correspondiente membrete bibliográfico, que se incluirá también en cada una de sus páginas.

6. Derechos de autor. La aceptación de la publicación de un trabajo en la Revista conllevará la cesión de los derechos de autor a los efectos de la edición impresa, electrónica, *on line* o por cualquier otro medio, así como de su inclusión en la Biblioteca Virtual de Derecho Público Aragonés (www.derechoaragones.es) si por la temática fuese susceptible de incluirse en ella.

7. Reglas formales

Encabezado. El trabajo irá encabezado por un sumario que recogerá seguidas todas las subdivisiones. A continuación del sumario, figurará un resumen y la identificación de unas palabras clave, ambos en español y en inglés.

Bibliografía. Los trabajos han de incorporar al final de los mismos la bibliografía citada, ordenada alfabéticamente conforme a los siguientes modelos (para libro, artículo de revista y colaboración en libro colectivo):

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 325 pp.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1973): «Problemas jurídicos de la tutela del paisaje», *Revista de Administración Pública*, 71, pp. 423-442.

PIEUR, Michel (2001): «La tutela comunitaria degli habitat naturali», en Domenico AMIRANTE (ed.), *La conservazione della natura in Europa*, Milano, Franco Angelli, pp. 13-29.

Citas. Las citas en el texto y a pie de página se realizarán incluyendo inicial del nombre, apellido y entre paréntesis año, dos puntos y número de página, conforme al modelo: (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006: 25). En caso de citarse varias obras de un autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por una letra añadida tras el año: 2006a, 2006b...

Envío. Los originales se enviarán exclusivamente en documento de Word por correo electrónico (flopez@unizar.es).

LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NO SE IDENTIFICA NECESARIAMENTE CON LAS OPINIONES DE SUS AUTORES.

La correspondencia con la Revista debe dirigirse a la Secretaría de la misma: Seminario de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria, Pza. San Francisco, s/n, 50009 Zaragoza. Teléfonos 976 761 396 y 676 900 324.

PERIODICIDAD SEMESTRAL

Edita: Gobierno de Aragón
Departamento de Hacienda y Administración Pública

I.S.S.N.: 2341-2135

Depósito legal: Z 730-1993

Realización: Talleres Editoriales COMETA, S.A.

ÍNDICE

	Páginas
<i>Colaboradores de este Monográfico de la Revista Aragonesa de Administración Pública</i>	7
<i>Presentación</i>	9
RÉGIMEN GENERAL	
Carmen DE GUERRERO MANSO: <i>La protección del medio ambiente mediante la utilización de concesiones demaniales</i>	13
Julián A. PIMIENTO ECHEVERRI y Cristina INGRID JIMÉNEZ: <i>La difícil identificación de un régimen general de concesiones demaniales en el derecho colombiano</i>	37
Ana Raquel GONÇALVES MONIZ y João MIRANDA: <i>Concessões Demaniais no Direito Português</i>	69
Héctor ALIÉS RIVAS: <i>Una aproximación a las concesiones demaniales en República Dominicana</i>	93
Daniel Mauro NALLAR: <i>Las concesiones demaniales como herramientas de implementación de políticas públicas (aplicación a un proyecto de salud pública)</i>	123
CONCESIONARIOS Y TÍTULOS HABILITANTES	
Ignacio DE LA RIVA: <i>Derechos y deberes del concesionario</i>	155
Hubert ALCARAZ: <i>La autorización contractual de ocupación privada del dominio público en Francia</i>	175
Antoine BOURREL: <i>La apertura a la competencia de los títulos de ocupación de las propiedades públicas en el ordenamiento francés</i>	193
AGUAS	
Graciela ROUCCO: <i>Concesiones de aguas</i>	219
Alfonso BUTELER: <i>La concesión de aguas en Argentina</i>	243
Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ: <i>Aproximación al estudio de la concesión de aprovechamiento de aguas en Venezuela</i>	271
Héctor SANTAELLA QUINTERO: <i>¿Un régimen legal especial para las concesiones del servicio público de acueducto y alcantarillado en Colombia? Algunas ideas para reabrir un debate</i>	303
José Luis BERMEJO LATRE: <i>La extinción y reversión de aprovechamientos hidroeléctricos: «el día después»</i>	335

ÍNDICE

OBRAS PÚBLICAS Y MINAS

Augusto DURÁN: <i>Concesiones de bienes portuarios</i>	361
Pablo SCHIAVI: <i>Contratos de concesión de obra pública en el ámbito de los gobiernos departamentales en el Uruguay</i>	381
Víctor HERNÁNDEZ MENDIBLE: <i>Las concesiones del dominio público minero en Venezuela</i>	411
Francesca DI LASCIO: <i>La regulación de las concesiones de playa en Italia: ¿un objetivo inalcanzable?</i>	475
Orlando VIGNOLO: <i>La propiedad y subsuelo en las ciudades peruanas. Aproximaciones iniciales</i>	501

LISTA DE COLABORADORES

ALCARAZ, Hubert: Catedrático de Derecho Público en la Universidad de Pau y los países del Adour, miembro del Institut d'études ibériques et ibérico-américaines (CNRS UMR DICE 7318).

ALIÉS RIVAS, Héctor E.: Profesor de derecho inmobiliario y director de la Escuela de Derecho del Campus de Santo Domingo de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) de la República Dominicana.

BERMEJO LATRE, José Luis: Profesor Titular de Derecho administrativo, Universidad de Zaragoza.

BOURREL, Antoine: Profesor titular de derecho administrativo Universidad de Pau y de los Países del Adour; Instituto de Estudios Ibéricos e Iberoamericanos (IE2IA), CNRS UMR DICE 7318.

BUTELER, Alfonso: Abogado y doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba (Argentina).

DE GUERRERO MANSO, Carmen: Profesora Titular de Derecho administrativo. Universidad de Zaragoza.

DE LA RIVA, Ignacio: Profesor Titular Ordinario de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

DI LASCIO, Francesca: Profesora de Derecho administrativo de la Universidad Roma 3.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: Catedrático de Procesos Constitucionales en la Facultad de Derecho de la Universidad CLAEH.

GONÇALVES MONIZ, Ana Raquel: Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor Rafael: Director del Centro de Estudios de Regulación Económica en la Universidad Monteávila (CERECO-UMA).

INGRID JIMÉNEZ, Cristina: Universidad de Antioquia.

MIRANDA, João: Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

NALLAR, Daniel Mauro: Titular de la Cátedra de Derecho administrativo de la Universidad Católica de Salta.

PIMIENTO ECHEVERRI, Julián A.: Profesor de la Universidad Externado de Colombia. Abogado de la misma Universidad. Doctor por la Universidad París II.

ROUCCO, Graciela: Catedrática de Derecho Administrativo en Ucdal y Udelar, y Directora del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo.

SANTAELLA QUINTERO, Héctor: Profesor del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia.

LISTA DE COLABORADORES

SCHIAVI, Pablo: Profesor Adjunto Grado 3 (I) de Derecho Administrativo y de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela.

VIGNOLO CUEVA, Orlando: Profesor ordinario de Derecho administrativo de la Universidad de Piura (Perú).

PRESENTACIÓN

GERARDO GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA
JULIÁN PIMIENTO ECHEVERRI

En junio de 2022 se retomó finalmente, después de un largo lapso, la actividad presencial de la Red Internacional de Bienes Públicos. Habían transcurrido tres años desde el encuentro anterior, que tuvo lugar en junio de 2019 en Bolonia, con sesiones en la Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica de la Università di Bologna y el Colegio de España, dos instituciones que suman tradiciones de estudio y rigor que la Red quiere hacer suyas.

Para volver a reunirse en persona, se eligió la Universidad de Zaragoza, lo que nos honra a los miembros de la Red que formamos parte de su seminario de Derecho administrativo. La elección recayó en Zaragoza por ser el lugar donde tuvo lugar el encuentro fundacional de la Red hace ya bastantes años, convocados entonces por Fernando López Ramón. A aquella primera reunión de Zaragoza, que este año hemos conmemorado y renovado, asistieron Jorge Danós, Gerardo García Álvarez, Víctor R. Hernández-Mendible, Ramón Huapaya, Giuseppe Piperata, Ignacio de la Riva, Alejandro Vergara y Orlando Vignolo, actuando Fernando López Ramón como anfitrión.

En esta nueva ocasión las ponencias y discusiones han tenido lugar en el Paraninfo de la Universidad de Zaragoza, pero también han sido retransmitidas a través de Youtube para que pudieran participar los miembros de la Red que no pudieron desplazarse a Zaragoza en momentos en los que la crisis sanitaria provocada por el covid-19 todavía no está enteramente superada y las dificultades de viajar subsisten en parte. Esperemos conseguir un pleno en la próxima reunión, con todos presentes.

El tema elegido para un (re)encuentro tan significativo ha sido la discusión sobre el presente y futuro de las concesiones demaniales. Como era de esperar, a lo largo de exposiciones y debates, los diferentes tipos de concesiones demaniales se han ido perfilando como instrumentos clave en la valorización y potenciación de la multifuncionalidad del dominio público, el bien público por excelencia.

Los aspectos ambientales, sociales y económicos que pueden materializarse gracias a la gestión del dominio público mediante la acción de un

concesionario privado, que actúa bajo el poder de dirección y control de la Administración titular del dominio público, así como los peligros y consiguientes cautelas conforme a las que hay que articular la figura, han sido los ejes vertebradores de las discusiones, vívidas e intensas, mantenidas a lo largo de los tres días del congreso.

Tras la preparación preliminar de los trabajos, sus discusión sectorial y plenaria, la posterior reflexión y reelaboración individual que siguió al contraste de pareceres, llega ahora el momento de exponer al exterior lo que hasta este momento han sido reflexiones internas de la Red, publicándolas en forma de artículos científicos. Con ello pretendemos iniciar —en algunos casos continuar— un diálogo fructífero con el conjunto de la comunidad científica. Esa es la finalidad del presente número monográfico de la Revista Aragonesa de Administración Pública.

Los coordinadores de la Red Internacional de Bienes Públicos hemos encontrado el apoyo entusiasta de todos los miembros de Red, veteranos y nuevos, lo que ha facilitado enormemente las tareas de organización en primer lugar y de edición posteriormente. Un agradecimiento especial debe expresarse a Fernando López Ramón, director de la Revista Aragonesa de Administración Pública, una revista acreditada, prestigiosa, con revisión por pares y tratamiento de los originales conforme a los estándares más exigentes de la edición científica, que acoge esta publicación de la Red como un nuevo número monográfico. Y desde luego es preciso dejar constancia de la deuda de gratitud contraída con Carmen de Guerrero, que ha sido la directora del X Congreso de la Red Internacional de Bienes Públicos, el segundo congreso de Zaragoza ya para siempre, y que es además la directora del presente número monográfico, en el que hemos colaborado como coordinadores Julián Pimiento y Gerardo García Álvarez.

En última instancia el encuentro ha sido posible gracias al apoyo del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades («Proyecto de Investigación PGC2018-099237-B-I00, Bancos de biodiversidad y otras figuras de compensación ambiental») y a la Cátedra de Contratación Pública Local de la Universidad de Zaragoza, financiada por el Ayuntamiento de Zaragoza.

RÉGIMEN GENERAL

LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE CONCESIONES DEMANIALES (*)

CARMEN DE GUERRERO MANSO
Profesora Titular de Derecho administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA REGULACIÓN DE LAS CONCESIONES DEMANIALES EN LA LEY DE PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.– III. ELEMENTOS COMUNES DE LAS CONCESIONES: 1. Necesidad de título habilitante. 2. Diferente régimen de utilización entre bienes destinados al uso general o a un servicio público. 3. Régimen jurídico de las concesiones demaniales.– IV. CONCESIONES DEMANIALES Y PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE.– V. A MODO DE CONCLUSIÓN.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Las concesiones demaniales constituyen un título habilitante imprescindible para la utilización de los bienes de dominio público por sujetos distintos de la Administración titular cuando concurra un determinado grado de intensidad plasmado en la forma o la duración del uso de dichos bienes. En este trabajo se analizan las claves de su régimen jurídico y se propone la incorporación de criterios ambientales orientados a proteger el medio ambiente en los supuestos de otorgamiento de concesiones demaniales en régimen de concurrencia competitiva. De esta manera se compaginaría la protección del medio ambiente con una correcta gestión del patrimonio público afecto a un uso o servicio público, sirviendo con objetividad los intereses generales.

Palabras clave: bienes de dominio público; concesiones demaniales; medio ambiente.

ABSTRACT: Concessions are an essential enabling title for the use of public domain assets by parties other than the Administration when there is a certain degree of intensity in the form or duration of the use of such assets. This paper analyses the key aspects of its legal regime and proposes the incorporation of environmental criteria aimed at protecting the environment in the awarding of concessions in the public domain on a competitive basis. In this way, environmental protection would be combined with the correct management of public assets assigned to a public use or service, objectively serving the general interest.

Key words: public domain; concessions of public domain; environment.

(*) El trabajo se incluye en el proyecto de investigación sobre «Bancos de conservación y otras medidas de compensación ambiental», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación para el período 2019-2022 (PGC2018-099237-B-I00).

I. INTRODUCCIÓN

Nuestra Carta Magna impone a los poderes públicos la obligación de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con la finalidad de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, teniendo como apoyo para este objetivo la indispensable solidaridad colectiva (art. 45.2 Constitución Española).

Al mismo tiempo, las Administraciones públicas tienen atribuidas una serie de competencias de ámbito muy variado y para llevarlas a cabo precisan de medios personales, económicos y financieros y materiales. De todos esos elementos, esenciales para que las Administraciones públicas puedan desempeñar de forma adecuada sus funciones, siempre con la finalidad de servir con objetividad los intereses generales, nos interesa ahora centrar la atención en los bienes que forman parte del patrimonio de las Administraciones públicas y más especialmente, en el régimen de utilización privativa de los bienes de dominio público a través de concesiones demaniales.

Este interés trasciende del mero análisis de los bienes de dominio público y de las concesiones demaniales como uno de los títulos habilitantes para su utilización por terceras personas o entidades distintas de la Administración titular de los mismos, para apuntar a la posibilidad de utilizar también las concesiones demaniales, cuando sean necesarias, como una forma de protección del medio ambiente.

Hace más de 30 años, el profesor LÓPEZ RAMÓN (1989) (2) analizaba la compleja tarea de elaborar una legislación básica sobre concesiones administrativas, labor que requeriría la previa identificación de los elementos esenciales en este ámbito y la determinación de aquellos que debían ser comunes en todo el territorio estatal. Según dicho autor, las dificultades que el Estado se encontraba para ejercer el título competencial atribuido en el art. 149.1.18º de la Constitución, según el cual ostenta la competencia exclusiva sobre la legislación básica de las concesiones administrativas eran fundamentalmente tres.

La primera de ellas es la variedad de tipos concesionales. Siguiendo a VILLAR PALASÍ, se pueden mencionar tres grandes modalidades: concesiones demaniales, concesión de obras públicas o de servicio público, y concesión industrial (3). La tesis defendida por VILLAR PALASÍ (1952: 695), expone la existencia de una diversidad de tipos concesionales, compatible con una unidad

(2) LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1989): «Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 243, julio-septiembre 1989, pp. 563-610.

(3) VILLAR PALASÍ, José Luis (1952): Voz «Concesiones Administrativas» en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. IV, Francisco Seix, Editor, Barcelona, pp. 684-770.

en relación a la idea concesional, manifestada «como dirigida políticamente a hacer compatibles dos principios contrapuestos, relativo el uno a la necesidad de hacer públicas actividades privadas y atinente el otro al respeto a la iniciativa particular». En todo caso, la primera doctrina coincidía en la diversidad de tipos concesionales, formulada de forma gráfica en la conocida expresión de LAUBADÈRE, MODERNE y DELVOLVÉ (1984: 283) (4): «las concesiones constituyen una suerte de mundo o, si se prefiere, de pabellón que cubre una cantidad considerable de mercancías». Esta diversidad se ha vinculado también por la doctrina, ALBI (1960: 502) (5), a una deficiente o incorrecta utilización del término concesiones administrativas «como consecuencia de la penuria verbal que lamentamos ha tenido que aplicarse profusamente por la legislación y la doctrina, de consuno, a un conjunto de instituciones de tan escasa coincidencia esencial que en muchos casos sólo es posible aproximarlas, en una elaboración sistemática, forzando exageradamente el razonamiento».

En sentido similar, pero mucho más cercano en el tiempo, se manifiesta FERNÁNDEZ ACEVEDO (2007: 98), el cual expone el diferente objeto de las concesiones demaniales y las de servicio público y obra pública, de lo cual se deriva su sometimiento a regímenes jurídicos diversos y su distinta naturaleza jurídica. En consecuencia, este autor afirma que al tratarse «de tres figuras en muchos aspectos heterogéneas la construcción unitaria de una categoría concesional se manifiesta excesivamente genérica, imprecisa y poco menos que irrelevante».

La segunda dificultad mencionada por LÓPEZ RAMÓN (1989: 573) es la diversidad de regímenes jurídicos de las concesiones administrativas, ya que además de existir grandes categorías: concesiones demaniales, concesiones de servicio público (y de obra pública), concesiones industriales y otras concesiones administrativas, hay que tener en cuenta la regulación especial de cada ámbito: minas, televisión, transportes, aguas, costas, hidrocarburos, etc. Se evidencia, por lo tanto, la dificultad de elaborar un régimen jurídico básico aplicable a los distintos ámbitos que pueden ser objeto de concesiones administrativas. Esto lleva al mencionado autor a centrarse en exponer la diversidad de regímenes jurídicos aplicables, exclusivamente, a las regulaciones genéricas de los tipos concesionales básicos, es decir, las concesiones demaniales, las concesiones de obras públicas, las concesiones de servicios públicos y las concesiones industriales.

De todas ellas nos interesa especialmente lo expuesto en relación a las concesiones demaniales, articulado en torno a la distinción entre concesiones

(4) LAUBADÈRE, André, MODERNE, Franck y DELVOLVÉ, Pierre (1984): *Traité des contrats administratifs*, Tome 2, 2e édition, L.G.D.J., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris.

(5) ALBI, Fernando (1960): *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*, Madrid, Aguilar.

y autorizaciones demaniales (uso privativo frente a uso especial del dominio público, y naturaleza contractual de las concesiones demaniales), la discrecionalidad —con matices— que opera en las concesiones demaniales, el contenido de las concesiones demaniales, es decir, los derechos reales administrativos, y las tres causas típicas de su extinción: reversión, rescate y caducidad.

Tras el análisis de esta segunda dificultad, LÓPEZ RAMÓN (1989: 606), llega a la conclusión de que sí existe un elemento común entre las tres grandes categorías de concesiones: todas ellas responden a la naturaleza jurídica de los contratos administrativos. Sin embargo, existen claras diferencias de fondo entre ellas, derivadas de la función específica que desarrollan. En el caso de las concesiones demaniales, permiten el uso privativo del dominio público, como excepción a su uso común general, produciendo auténticos derechos reales administrativos que, en cuanto tales, podrán ser registrados, hipotecados o transmitidos. Frente a éstas las concesiones de obra pública y las concesiones de servicios públicos se vinculan a la obtención de un resultado (construcción de la obra o prestación del servicio a favor de los usuarios) con un sistema retributivo que no recaiga directa ni exclusivamente en el gasto público. Por su parte, las concesiones industriales, pretenden lograr la ordenación económica (6).

La tercera y última dificultad mencionada por LÓPEZ RAMÓN (1989: 607) es la pluralidad de títulos competenciales del Estado sobre las concesiones administrativas. Por un lado, conforme a lo dispuesto en el art. 149.1.18° de la Constitución, el Estado ostenta la competencia de legislación básica sobre concesiones administrativas y contratos administrativos. Por otro, el Estado también dispone de competencias sobre sectores materiales en los que operan las concesiones demaniales, como la pesca marítima (art. 149.1.19° de la Constitución) o los recursos mineros y energéticos (art. 149.1.25° de la Constitución).

Como resultado de todo lo anterior, LÓPEZ RAMÓN (1989: 610) concluye «Quizá fuera, pues, conveniente, en tanto no se manifiesten necesidades aquí ignoradas, aparcar prudentemente todo intento de elaborar una ley básica sobre las concesiones administrativas».

II. LA REGULACIÓN DE LAS CONCESIONES DEMANIALES EN LA LEY DE PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Casi 15 años más tarde se aprobó la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAP) con la intención, manifestada

(6) LÓPEZ RAMÓN (1989: 604-606) pone de relieve que esta categoría ideada por VILLAR PALASÍ (1952: 693) quizá no debiera mantenerse tras el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa, aceptando en este aspecto la teoría de ALBI (1960:506) y que, en todo caso, quedarían reducidas a casos muy concretos, como el cultivo de tabaco o de arroz.

en su Exposición de motivos, de integrar «una serie de lagunas y solventar ciertos problemas que sólo pueden abordarse con propiedad a través de una completa reforma legal». Y una de las cuestiones a las que era preciso atender de forma perentoria era, precisamente, «la definición del marco estatal que debe servir de referencia a las distintas Administraciones en cuanto legislación básica en materia de bienes públicos». Asimismo, entre los objetivos de esta norma figura reconducir la fragmentación normativa caracterizadora de la legislación aplicable a los patrimonios públicos del sector estatal.

No obstante, la propia Ley aclara poco más adelante su carácter supletorio respecto de la legislación especial, de forma que la aplicación en primer grado de sus normas en relación con los bienes demaniales por afectación se producirá exclusivamente en aquellos supuestos que carezcan de una disciplina específica, y de forma más concreta, los edificios administrativos, cuyos problemas de gestión son objeto de especial consideración en la LPAP.

En la Exposición de motivos se mencionan específicamente las concesiones administrativas en una ocasión, pero simplemente para recordar que el artículo 149.1.18º de la Constitución atribuye al Estado la competencia sobre la «legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas».

Sin embargo, pese a la escasa relevancia otorgada a las concesiones demaniales por el legislador en la exposición de motivos, este texto normativo regula con cierto detalle su régimen jurídico, especialmente en la Sección 4ª «Autorizaciones y concesiones demaniales» (arts. 91 y 93-103) (7), contenida en el Capítulo I «Utilización de los bienes y derechos de dominio público», del Título IV de la Ley: «Uso y explotación de los bienes y derechos». A su vez, se regulan las concesiones en las otras secciones del mencionado Capítulo I: Sección 1ª: Disposición general (art. 84.3); Sección 2ª: Utilización de los bienes destinados al uso general (art. 86.2 y 3); y Sección 3ª: Utilización de los bienes y derechos destinados a un servicio público (art. 89).

Además de las referencias anteriores, la LPAP también establece las infracciones graves (art. 192.2, d y e) y leves (art. 192.3,d) relacionadas con las concesiones demaniales; la posibilidad de declarar la inhabilitación del infractor para ser titular de autorizaciones y concesiones por un plazo de uno a tres años en casos de reincidencia en infracciones graves o muy graves (art. 193.2); y el régimen transitorio de las concesiones demaniales previas a la entrada en vigor de la LPAP (DT 1ª), según el cual si su plazo de duración es superior al establecido en el artículo 93 LPAP, es decir, como máximo 75 años, dichas concesiones mantendrán su vigencia durante el plazo fijado en su otorgamiento, sin que pueda otorgarse una prórroga del tiempo de su duración.

(7) El artículo 92 se dedica a las autorizaciones, mientras que el artículo 104 trata sobre las reservas demaniales.

Así, de los 197 artículos de la Ley de Patrimonio, 17 se dedican a establecer el régimen jurídico de las concesiones, siempre teniendo en cuenta que, como se establece en el artículo 5.4 LPAP y se enfatiza en el artículo 84.3 con referencia expresa a las concesiones sobre bienes de dominio público, esta ley y las disposiciones que la desarrollen o complementen serán supletorias de las leyes y disposiciones especiales que les sean de aplicación a los bienes y derechos de dominio público.

Además, es preciso tener en cuenta otro elemento clave del ámbito de aplicación de la LPAP. Esta norma establece el régimen jurídico patrimonial de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma (art. 2.1). En el caso de las comunidades autónomas, las entidades que integran la Administración local y las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ellas, les serán de aplicación los artículos o partes de los mismos enumerados en la disposición final segunda.

En relación al régimen de las concesiones demaniales, al estar dictadas al amparo del artículo 149.1.8º de la Constitución, son de aplicación general, sin perjuicio de lo dispuesto en los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan, los artículos 97, 98 y 99, apartado 1.

Junto a esos preceptos, en la disposición final segunda se atribuye el carácter de legislación básica, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1.18º de la Constitución, a los artículos 84; 91, apartado 4; 92, apartados 1, 2, y 4; 93, apartados 1, 2, 3 y 4; 94; 97; 98; 100; 101, apartados 1, 3 y 4; 102, apartados 2 y 3; y 103, apartados 1 y 3.

III. ELEMENTOS COMUNES DE LAS CONCESIONES

Una vez apuntados los preceptos de la LPAP que regulan las concesiones demaniales y aclarado el carácter de dichos preceptos, vamos a analizar algunos aspectos claves del régimen jurídico de esta forma de utilización de los bienes de dominio público.

1. Necesidad de título habilitante

La utilización u ocupación de los bienes de dominio público que exceda del derecho de uso común requiere en todo caso la existencia de un título habilitante otorgado por la autoridad competente (art. 84.1 LPAP). Solo de esta manera podrá garantizarse la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos y deberes, además del respeto del régimen de especial protección de este tipo de bienes afectos a un uso o servicio público.

Como consecuencia de lo anterior, las autoridades responsables de la tutela y defensa del dominio público tienen la obligación de vigilar que se han

concedido los mencionados títulos habilitantes y que son conformes a Derecho. En caso contrario, deberán actuar contra quienes ocupen el dominio público o se beneficien de un aprovechamiento especial sobre ellos, ejercitando para ello las facultades y prerrogativas que les otorga la Ley en el artículo 41 y siguientes. Estas son investigar la situación de los bienes y derechos que la Administración considera que son de su pertenencia; deslindar en vía administrativa los inmuebles de titularidad de la Administración; recuperar de oficio la posesión indebidamente perdida sobre sus bienes y derechos, y desahuciar en vía administrativa a los poseedores de los inmuebles demaniales, una vez extinguido el título que les permitía tenerlos.

2. Diferente régimen de utilización entre bienes destinados al uso general o a un servicio público

La LPAP distingue el régimen de utilización de los bienes en función de si están destinados a un uso general o si, por el contrario, se trata de bienes y derechos destinados a un servicio público (arts. 87-90).

Dentro del uso general de los bienes de dominio público encontramos tres modalidades distintas, caracterizadas por su grado de intensidad en la utilización de los bienes (art. 85 LPAP) (8). Un primer tipo de uso es el común, es decir, aquél que corresponde por igual y de la misma forma a todos los ciudadanos, de manera que, al menos en teoría, la utilización de ese bien por unos no impide su uso por los demás interesados. Para garantizar la posible utilización por todos los ciudadanos de los bienes de dominio público será preciso que se cumplan determinados principios, como los de igualdad, libertad de acceso, generalidad, concurrencia y, habitualmente, la gratuidad.

(8) Es preciso tener en cuenta que el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (en adelante, RBEL) en su art. 75 distingue entre cuatro modalidades de uso de los bienes de dominio público. El uso común, «correspondiente por igual a todos los ciudadanos indistintamente, de modo que el uso de unos no impida el de los demás interesados», subdividido en las modalidades de uso general «cuando no concurren circunstancias singulares» o especial «si concurrieran circunstancias de este carácter por la peligrosidad, intensidad del uso o cualquiera otra semejante»; el uso privativo «constituido por la ocupación de una porción del dominio público, de modo que limite o excluya la utilización por los demás interesados»; el uso normal, realizado «conforme con el destino principal del dominio público a que afecte» y, finalmente, el uso anormal, «si no fuere conforme con dicho destino». Dos son, por lo tanto, los elementos que diferencian esta regulación respecto de la contenida en la LPAP. En primer lugar, la terminología utilizada, ya que mientras en la LPAP es el uso general el que se subdivide entre común y especial, en el RBEL el uso común se diferencia entre general y especial. La segunda diferencia radica en la utilización de las categorías de uso normal y anormal, atendiendo a la conformidad con el destino principal del bien, las cuales no se recogen en la LPAP.

Evidentemente, aunque este uso sea común, no será posible que todos los ciudadanos lo utilicen al mismo tiempo, sino que deberá articularse la razonabilidad en su utilización, tal y como se establece en el artículo 86.1 LPAP que veremos más adelante.

Así, entre las limitaciones a la libertad de uso figurarán las derivadas por la utilización de otras personas, el propio respeto a la naturaleza del bien y su conservación, el acatamiento de las normas de policía o las instrucciones para su ordenada utilización. Por otro lado, pueden darse ventajas o preferencias de utilización aplicables a los propietarios ribereños o colindantes de los bienes demaniales, como pueden ser la prioridad en el uso o un menor coste de aparcamientos públicos, o la indemnización por daños derivados de la realización de obras públicas.

Un segundo tipo de uso es el que implica un aprovechamiento especial del dominio público. En estos casos se compatibiliza el uso común con la concurrencia de determinadas circunstancias como puede ser cierta peligrosidad o una intensidad mayor en la utilización, un régimen de preferencia en los supuestos de escasez de los bienes demaniales, la obtención de un beneficio individual derivada de la utilización de los bienes u otras similares, las cuales suponen un exceso de utilización respecto al uso que corresponde al común de los ciudadanos o un menoscabo de dicho uso común. En estos supuestos entrará en juego la discrecionalidad de la Administración para valorar la concurrencia de las especiales características mencionadas, discrecionalidad fundamentada en la potestad de ordenación y la policía del demanio.

La desigualdad generada por el aprovechamiento especial de los bienes y el principio de proporcionalidad pueden dar lugar a la imposición de tasas para la utilización especial de los bienes de dominio público. Conviene remarcar que en estos casos la exigencia de una tasa no tiene como finalidad incrementar los ingresos de la Administración, sino servir como contraprestación de la ruptura del principio de igualdad en el uso del bien demanial el cual inicialmente estaba destinado a su utilización por todos los ciudadanos.

Así, por ejemplo, en el caso de las administraciones locales, el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, dispone que las entidades locales podrán establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local y, a modo de ejemplo, detalla en su párrafo 3º algunos supuestos que podrán ser sujetos a tasas y que resultan aplicables en el ámbito que nos ocupa:

- «a) Sacas de arena y de otros materiales de construcción en terrenos de dominio público local.
- b) Construcción en terrenos de uso público local de pozos de nieve o de cisternas o aljibes donde se recojan las aguas pluviales.

- c) Balnearios y otros disfrutes de aguas que no consistan en el uso común de las públicas.
- d) Vertido y desagüe de canalones y otras instalaciones análogas en terrenos de uso público local.
- e) Ocupación del subsuelo de terrenos de uso público local.
- f) Apertura de zanjas, calicatas y calas en terrenos de uso público local, inclusive carreteras, caminos y demás vías públicas locales, para la instalación y reparación de cañerías, conducciones y otras instalaciones, así como cualquier remoción de pavimento o aceras en la vía pública.
- g) Ocupación de terrenos de uso público local con mercancías, materiales de construcción, escombros, vallas, puntales, asnillas, andamios y otras instalaciones análogas.
- h) Entradas de vehículos a través de las aceras y reservas de vía pública para aparcamiento exclusivo, parada de vehículos, carga y descarga de mercancías de cualquier clase.
- i) Instalación de rejas de pisos, lucernarios, respiraderos, puertas de entrada, bocas de carga o elementos análogos que ocupen el suelo o subsuelo de toda clase de vías públicas locales, para dar luces, ventilación, acceso de personas o entrada de artículos a sótanos o semisótanos.
- j) Ocupación del vuelo de toda clase de vías públicas locales con elementos constructivos cerrados, terrazas, miradores, balcones, marquesinas, toldos, paravientos y otras instalaciones semejantes, voladizas sobre la vía pública o que sobresalgan de la línea de fachada.
- k) Tendidos, tuberías y galerías para las conducciones de energía eléctrica, agua, gas o cualquier otro fluido incluidos los postes para líneas, cables, palomillas, cajas de amarre, de distribución o de registro, transformadores, rieles, básculas, aparatos para venta automática y otros análogos que se establezcan sobre vías públicas u otros terrenos de dominio público local o vuelen sobre ellos.
- l) Ocupación de terrenos de uso público local con mesas, sillas, tribunas, tablados y otros elementos análogos, con finalidad lucrativa.
- m) Instalación de quioscos en la vía pública.
- n) Instalación de puestos, barracas, casetas de venta, espectáculos, atracciones o recreo, situados en terrenos de uso público local así como industrias callejeras y ambulantes y rodaje cinematográfico.
- ñ) Portadas, escaparates y vitrinas.
- o) Rodaje y arrastre de vehículos que no se encuentren gravados por el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica.
- p) Tránsito de ganados sobre vías públicas o terrenos de dominio público local.
- q) Muros de contención o sostenimiento de tierras, edificaciones o cercas, ya sean definitivas o provisionales, en vías públicas locales.
- r) Depósitos y aparatos distribuidores de combustible y, en general, de cualquier artículo o mercancía, en terrenos de uso público local.
- s) Instalación de anuncios ocupando terrenos de dominio público local.
- t) Construcción en carreteras, caminos y demás vías públicas locales de atarjeas y pasos sobre cunetas y en terraplenes para vehículos de cualquier clase, así como para el paso del ganado.

u) Estacionamiento de vehículos de tracción mecánica en las vías de los municipios dentro de las zonas que a tal efecto se determinen y con las limitaciones que pudieran establecerse».

En todo caso, reiteramos que la característica principal de este tipo de utilización del dominio público es la compatibilidad del uso común con el aprovechamiento especial ejercido por algunos ciudadanos.

Lo anterior da pie a la explicación de la tercera modalidad de utilización de los bienes destinados al uso general, esto es, su uso privativo. Frente a la compatibilidad mencionada en el supuesto anterior, en este caso la utilización conlleva la ocupación de una parte del dominio público, de manera que se limita o excluye la utilización del mismo por otros interesados. Esta característica determina la naturaleza de derecho real sobre el uso privativo del bien de dominio público. En cuanto tal, se podrá registrar, transmitir, gravar, y podrá estar sometido al pago de un canon y, en todo caso, este derecho de utilización privativa estará sujeto a plazo. Esta limitación temporal es consecuencia del carácter demanial del bien sobre el que se articula el uso de que se trate y, por lo tanto, de su régimen de protección, el cual implica la inalienabilidad del bien.

Esta triple diferenciación de usos del dominio público resulta relevante ya que el título habilitante requerido para ejercer cada una de estas modalidades será distinto (art. 86 LPAP). Por un lado, el uso común de los bienes demaniales puede ejercerse libremente, «sin más limitaciones que las derivadas de su naturaleza, lo establecido en los actos de afectación o adscripción, y en las disposiciones que sean de aplicación». Es decir, conforme al principio de razonabilidad que mencionábamos anteriormente.

Frente a esta sencillez, en el caso del aprovechamiento especial de los bienes de dominio público y del uso privativo de este tipo de bienes no existe una única respuesta respecto al título habilitante que requiere su utilización. En ambos casos será posible llevar a cabo estas modalidades amparados en una autorización o una concesión. La necesidad de solicitar y obtener uno u otro título dependerá, fundamentalmente, de la intensidad de la utilización, concretada en la forma y la duración del uso de los bienes. Así, si la ocupación de los bienes de dominio público se lleva a cabo exclusivamente con instalaciones desmontables o bienes muebles, tanto el aprovechamiento especial como el uso privativo estarán sujetos a autorización. Sin embargo, en el caso de que estos aprovechamientos o usos excedan de cuatro años, el título habilitante requerido será una concesión. Asimismo, será necesaria una concesión para los usos privativos de bienes de dominio público realizados mediante obras o instalaciones fijas, independientemente del periodo de duración de dicha utilización.

En todo caso, antes de continuar con el análisis del régimen de las concesiones, es preciso apuntar que al establecer los principios relativos a los

bienes y derechos de dominio público, el artículo 6 LPAP recuerda los principios de indisponibilidad: inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, establecidos en el artículo 132 CE, y junto con ellos, remarca otros cinco principios esenciales:

- «b) Adecuación y suficiencia de los bienes para servir al uso general o al servicio público a que estén destinados.
- c) Aplicación efectiva al uso general o al servicio público, sin más excepciones que las derivadas de razones de interés público debidamente justificadas.
- d) Dedicación preferente al uso común frente a su uso privativo.
- e) Ejercicio diligente de las prerrogativas que la presente ley u otras especiales otorguen a las Administraciones públicas, garantizando su conservación e integridad.
- f) Identificación y control a través de inventarios o registros adecuados.
- g) Cooperación y colaboración entre las Administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias sobre el dominio público».

Conforme a estos principios, en caso de discrepancia siempre se deberá primar el uso común general frente a las otras dos modalidades de utilización de los bienes de dominio público.

Una vez expuestas las modalidades de utilización de los bienes destinados a un uso general y los títulos habilitantes requeridos para cada una de ellas, corresponde mencionar los bienes afectos a la prestación de un servicio público. También en este supuesto la LPAP, en su artículo 87, determina su propia supletoriedad, al establecer que la utilización de este tipo de bienes y derechos «se supeditará a lo dispuesto en las normas reguladoras del mismo y, subsidiariamente, se regirá por esta ley». Al tratarse de bienes vinculados a la prestación de un servicio público resulta lógico que su utilización deba llevarse a cabo conforme a lo establecido en el acto de afectación o adscripción del bien y, subsidiariamente, según lo establecido en la LPAP y en sus disposiciones de desarrollo.

El régimen de ocupación de este tipo de bienes sigue la misma lógica que ha quedado apuntada en relación a los bienes destinados a un uso general. Así, su ocupación solo se permitirá, con carácter excepcional, cuando se trate de usos orientados al personal de los edificios administrativos o al público que los visite. La LPAP (art. 89) expone algunos ejemplos de este tipo de usos compatibles con el uso administrativo llevado a cabo en el edificio: cafeterías, oficinas bancarias, cajeros automáticos y oficinas postales. Asimismo, la LPAP prevé la posible explotación marginal de espacios, siempre que estos no sean necesarios para prestar los servicios administrativos vinculados al edificio de que se trate.

En todo caso, para conseguir el correcto desarrollo de los servicios a los que estén afectos los edificios, se prevé que la ocupación de los mismos no

podrá entorpecer ni menoscabar la utilización de los inmuebles por los órganos o unidades alojados en él y, además, esta ocupación necesita un título habilitante. En el caso de ocupación del inmueble mediante bienes muebles o instalaciones desmontables se exigirá autorización, mientras que si se lleva a cabo a través de instalaciones fijas se requerirá de una concesión.

Como se ha visto, en atención al tipo de uso que se lleve a cabo puede ser preciso un título habilitante, ya sea una autorización o una concesión demanial. Conforme al artículo 192.2 LPAP, constituye una infracción grave «el uso común especial o privativo de bienes de dominio público sin la correspondiente autorización o concesión», tal y como se establece en la letra d), y tendrá esa misma consideración «el uso de bienes de dominio público objeto de concesión o autorización sin sujetarse a su contenido o para fines distintos de los que las motivaron», letra e). El único supuesto en el que no será necesario obtener una autorización o concesión demanial será cuando se celebre un contrato administrativo entre la Administración titular del bien y el usuario, y este contrato habilite para la ocupación de los bienes de dominio público (art. 91.4 LPAP).

3. Régimen jurídico de las concesiones demaniales

Al principio de este artículo nos preguntábamos, junto al profesor LÓPEZ RAMÓN, si es posible el establecimiento de un régimen básico de concesiones demaniales aplicable a los diversos ámbitos en los que estas se aplican. Ya hemos apuntado la intención de la LPAP de establecer unos elementos comunes, si bien es cierto que la propia norma proclama en diversas ocasiones su carácter supletorio respecto de la legislación sectorial.

Teniendo claras estas cautelas, vamos a analizar algunos de los aspectos claves de la regulación de las concesiones demaniales contenidas en los artículos 91 y siguientes de la LPAP.

El primero de estos aspectos es el establecimiento de condiciones para otorgar concesiones sobre bienes y derechos públicos (art. 91 LPAP). En este precepto se comprueba la ausencia de criterios comunes para las concesiones demaniales ya que, en vez de determinar cuáles son y cómo se articulan las posibles condiciones generales aplicables, esta disposición se dedica a fijar su procedimiento de aprobación. Así, se establece la posible aprobación por el Ministerio de Hacienda (en la actualidad, Ministerio de Hacienda y Función Pública) de condiciones generales, a propuesta de la Dirección General del Patrimonio del Estado, aclarando su necesaria publicación en el «Boletín Oficial del Estado». Si no se han aprobado dichas condiciones generales, será el ministro titular del departamento al que se encuentren afectados los bienes o del que dependan los organismos públicos que sean sus titulares o que los tengan adscritos los que establecerán las condiciones aplicables, las cuales

podrán regir para determinadas categorías o para supuestos específicos. En todo caso, con carácter previo a su aprobación será necesario un informe favorable del Ministerio de Hacienda, informe exigido también con carácter preceptivo y vinculante para los supuestos en los que se pretenda establecer excepciones a las condiciones generales previamente aceptadas aprobadas.

Estas condiciones para otorgar concesiones pueden imponer a su titular obligaciones accesorias, necesarias por razones de interés público, como por ejemplo, la adquisición de valores o la adopción y mantenimiento de ciertos requisitos societarios.

En los supuestos en que la ejecución de un contrato administrativo requiera ocupar bienes de dominio público, la concesión que habilite para ello deberá ser otorgada por la Administración titular de los bienes. Estas concesiones se vincularán al contrato del que traen causa a efectos de su otorgamiento, duración, vigencia y transmisibilidad. No obstante, si el contrato administrativo habilita directamente para la ocupación de los bienes de dominio público afectados, no será necesario obtener la concesión.

Un segundo elemento clave es que con carácter general, el otorgamiento de concesiones demaniales se efectúa en régimen de concurrencia. La excepción a esta regla general son los supuestos de adjudicación directa contenidos en el artículo 137.4 LPAP:

«a) Cuando el adquirente sea otra Administración pública o, en general, cualquier persona jurídica de derecho público o privado perteneciente al sector público.

A estos efectos, se entenderá por persona jurídica de derecho privado perteneciente al sector público la sociedad mercantil en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de una o varias Administraciones públicas o personas jurídicas de Derecho público.

b) Cuando el adquirente sea una entidad sin ánimo de lucro, declarada de utilidad pública, o una iglesia, confesión o comunidad religiosa legalmente reconocida.

c) Cuando el inmueble resulte necesario para dar cumplimiento a una función de servicio público o a la realización de un fin de interés general por persona distinta de las previstas en los párrafos a) y b).

d) Cuando fuera declarada desierta la subasta o concurso promovidos para la enajenación o éstos resultasen fallidos como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones por parte del adjudicatario, siempre que no hubiese transcurrido más de un año desde la celebración de los mismos. En este caso, las condiciones de la enajenación no podrán ser inferiores de las anunciadas previamente o de aquellas en que se hubiese producido la adjudicación.

e) Cuando se trate de solares que por su forma o pequeña extensión resulten inedificables y la venta se realice a un propietario colindante.

f) Cuando se trate de fincas rústicas que no lleguen a constituir una superficie económicamente explotable o no sean susceptibles de prestar una utilidad acorde con su naturaleza, y la venta se efectúe a un propietario colindante.

- g) Cuando la titularidad del bien o derecho corresponda a dos o más propietarios y la venta se efectúe a favor de uno o más copropietarios.
- h) Cuando la venta se efectúe a favor de quien ostente un derecho de adquisición preferente reconocido por disposición legal.
- i) Cuando por razones excepcionales se considere conveniente efectuar la venta a favor del ocupante del inmueble».

Los supuestos expuestos permitirán el otorgamiento directo de concesiones, si concurren circunstancias excepcionales, debidamente justificadas. También podrán adjudicarse directamente concesiones demaniales en otros supuestos establecidos en normas con rango de ley. En todo caso, tanto si se ha procedido a la adjudicación directa de la concesión o mediante un procedimiento competitivo, una vez otorgada deberá formalizarse en documento administrativo, el cual será título suficiente para inscribir la concesión en el Registro de la Propiedad.

Un elemento común establecido para todas las concesiones demaniales es su limitación temporal, es decir, que se otorguen por tiempo determinado. El plazo máximo de duración que podrán alcanzar, incluidas las posibles prórrogas son 75 años (art. 93.3 LPAP). No obstante se trata, como decimos, de un plazo máximo, que podrá ser menor en función de lo que establezcan las normas especiales aplicables. Lo relevante es que no se supere ese límite temporal, ya que los bienes de dominio público están afectos al desarrollo de un uso o servicio público y son indisponibles, de manera que un plazo mayor de duración podría suponer, en la práctica, la imposibilidad de dedicar el bien a su función o la alteración de su régimen y en ningún caso podrán tener carácter perpetuo o indefinido.

Anteriormente hemos aludido a la posible sujeción a tasa de las concesiones de uso privativo o los aprovechamientos especiales del dominio público. No obstante, se trata de una opción, ya que también es posible su utilización de forma gratuita o sometida a otro tipo de contraprestación o condición. Sin embargo, no se sujetará a tasa la utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes demaniales que no conlleve una utilidad económica para el titular de la concesión, ni tampoco en el supuesto de que dicha utilización o aprovechamiento implique condiciones o contraprestaciones para el beneficiario que anulen o hagan irrelevante la utilidad económica (art. 93.4 LPAP). En el pliego de condiciones o en las cláusulas de la concesión deberá constar esta circunstancia.

Como se observa, son muy pocos los elementos comunes que compartirán las diversas concesiones demaniales. Quizá por este motivo señala la LPAP, artículo 92.7, que en todo caso el acuerdo de otorgamiento de la concesión debe mencionar, al menos, los siguientes aspectos: el régimen de uso del bien o derecho; el régimen económico a que queda sujeta la concesión; la garantía a prestar, en su caso; la asunción de los gastos de conservación y manteni-

miento, impuestos, tasas y demás tributos, así como el compromiso de utilizar el bien según su naturaleza y de entregarlo en el estado en que se recibe; el compromiso de previa obtención a su costa de cuantas licencias y permisos requiera el uso del bien o la actividad a realizar sobre el mismo; la asunción de la responsabilidad derivada de la ocupación, con mención, en su caso, de la obligatoriedad de formalizar la oportuna póliza de seguro, aval bancario, u otra garantía suficiente; la reserva por parte del ministerio u organismo cedente de la facultad de inspeccionar el bien objeto de concesión, para garantizar que el mismo es usado de acuerdo con los términos de la mencionada concesión; el plazo y régimen de prórroga y subrogación que, en todo caso, requerirá la previa concesión; y las causas de extinción.

Otro elemento general para todas las concesiones demaniales es el establecimiento de la prohibición de ser titular de las mismas a las personas en quienes concurren las prohibiciones de contratar establecidas actualmente en el artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (art. 94 LPAP). Ese precepto recoge un conjunto de circunstancias relacionadas con las actuaciones previas de las personas o los empresarios que afectan a ámbitos distintos, como la condena firme por determinados delitos, la sanción firme por infracción en materia profesional que ponga en entredicho su integridad, la solicitud de declaración de concurso voluntario, no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de la Seguridad Social, haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación o haber incumplido las cláusulas que son esenciales en el contrato, por citar algunos ejemplos representativos. Si el titular de la concesión incurre en alguno de estos supuestos que implican la prohibición de contratar con carácter posterior a obtener la concesión demanial, se producirá la extinción de la concesión.

La LPAP regula el procedimiento para otorgar las concesiones en régimen de concurrencia, sin embargo, este precepto no tiene carácter básico (art. 96). En síntesis, el legislador estatal dispone que el procedimiento podrá iniciarse tanto de oficio como a solicitud de la persona interesada. No obstante, de la propia lectura de este precepto parece deducirse que el inicio «a solicitud de la persona interesada» no lo es en el sentido técnico-jurídico empleado en los artículos 54, 66 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), sino que se trataría de una mera petición, ya que esta es la terminología y el sentido otorgado en el art. 96.4 LPAP, donde se confirma la iniciación siempre de oficio de estos procedimientos, independientemente de que haya mediado previamente una petición del particular.

La iniciación de oficio requerirá que el órgano competente justifique la necesidad o conveniencia de la concesión para el cumplimiento de los fines

públicos que le competen, que asegure la continuidad del carácter de dominio público del bien, y la procedencia de la adjudicación directa, si se cumplen los supuestos previamente apuntados para ello. Esta iniciación de oficio deberá publicarse en el boletín oficial correspondiente, según cual sea la Administración actuante, lo cual es compatible con la utilización de otros medios adicionales de difusión de la convocatoria.

En el supuesto de que hubiera mediado petición de particulares, la Administración podrá optar por invitar, mediante anuncio público, a otros posibles interesados para que presenten solicitudes o bien por publicar en el boletín oficial las solicitudes presentadas, además de poder usar otros medios adicionales de difusión.

En ambos supuestos, tanto si la iniciación ha sido de oficio como si ha mediado petición de un particular, los interesados dispondrán de un plazo de treinta días para presentar sus peticiones o solicitudes alternativas.

El criterio establecido para otorgar la concesión en régimen de concurrencia será el mayor interés y utilidad pública de la utilización o aprovechamiento solicitado. Este interés o utilidad se valorará conforme a los criterios que previamente se hayan establecido en los pliegos de condiciones.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 96.6 LPAP, el plazo máximo para resolver este procedimiento será de seis meses. Si en ese plazo no se ha notificado la resolución, podrá considerarse desestimada la solicitud. Siguiendo con la argumentación anteriormente expuesta, consideramos que se trata de procedimientos iniciados de oficio, por lo que esta previsión es coherente con lo establecido en el artículo 25.1. letra a) de la LPAC: «En el caso de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas favorables, los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo.» Misma conclusión se extraería de considerar que se trata de un procedimiento iniciado a solicitud del interesado, en este caso por aplicación del artículo 24.1 de la LPAC, el cual dispone el efecto desestimatorio del silencio en los procedimientos «cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público».

IV. CONCESIONES DEMANIALES Y PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

En el apartado anterior se han expuesto los criterios que permitirán decidir sobre el otorgamiento de las concesiones demaniales, esto es, «el mayor interés y utilidad pública de la utilización o aprovechamiento solicitado, que se valorarán en función de los criterios especificados en los pliegos de condicio-

nes» (art. 96.5 LPAP). Estos criterios generales son coherentes con el mandato constitucional de que las Administraciones públicas sirvan con objetividad los intereses generales (art. 103 CE). Además, se comprueba que la Administración goza de cierta discrecionalidad para adoptar esa decisión, si bien se trata de una libertad condicionada por los criterios previamente establecidos en los pliegos.

Cabe cuestionarse, por lo tanto, si las concesiones demaniales pueden constituir una herramienta útil para la protección del medio ambiente y, más específicamente, para compensar los daños que pueden producirse por la utilización de los bienes de dominio público. Consideramos que la respuesta a esta cuestión es positiva, especialmente en los supuestos en los que el otorgamiento de las concesiones se lleva a cabo en régimen de concurrencia y, como hemos visto, se regirá por los pliegos previamente elaborados por la Administración. Esto nos sitúa en la posibilidad de incluir cláusulas «verdes» en dichos pliegos.

La compra pública verde no es una novedad (9). Ya en la Comunicación (98) 143, «La contratación pública en la Unión Europea», de 11 de marzo de 1998, la Comisión incluyó un apartado dedicado a «Analizar y consolidar un efecto de sinergia con otras políticas comunitarias» entre las que se encuentra la protección del medioambiente. Allí se subraya que «el Derecho comunitario, y particularmente las directivas sobre contratación pública, permiten diversas posibilidades de tener en cuenta la protección del medioambiente en las compras realizadas por las Administraciones públicas». Entre ellas se mencionan la forma de definir los productos y servicios, la posibilidad de excluir a determinados candidatos, la elaboración de prescripciones técnicas vinculadas a la protección del medio ambiente; la incorporación del objetivo de protección del medio ambiente como criterio de selección, la posibilidad de utilizar aspectos medioambientales para seleccionar la oferta económica más ventajosa o de exigir al proveedor que ejecute la prestación objeto del contrato en el estricto cumplimiento de ciertas obligaciones cuya misión es proteger el medio ambiente (p. 27) (10). Desde entonces se han aprobado

(9) Prueba de ello es que autores como GIMENO FELIÚ (2006: 47 y 48) hace ya más de 15 años manifestaban que la política de contratación pública debía estar orientada no sólo a la consecución de objetivos de eficiencia económica, sino también a la consecución de objetivos sociales y medioambientales, configurados como parte de las políticas propias del Tratado de la Unión Europea. Otros autores que han analizado de forma directa el papel estratégico de la contratación pública son RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (2013) y GIMENO FELIÚ (2013), ambas aportaciones en el libro colectivo dirigido por PERNAS GARCÍA (2013) que contiene aportaciones de gran interés sobre diversas políticas públicas.

(10) Sobre los primeros hitos y la evolución normativa de la inclusión de criterios ambientales en la normativa comunitaria sobre contratación pública puede verse ROMÁN MÁRQUEZ (2018: 98-102), FERNÁNDEZ ACEVEDO (2018: 29-32), VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2011: 17 y ss.) y GALERA RODRIGO (2009: 12-16).

una gran cantidad de documentos, normativos y no normativos, en los cuales se promueve e incluso se impone la utilización de criterios ambientales en la contratación pública. No obstante, en demasiadas ocasiones no se ha logrado el efecto deseado y la contaminación y los perjuicios producidos al medio ambiente siguen siendo de grandes dimensiones.

Como se ha dicho al principio de este trabajo, las Administraciones públicas tienen atribuidas una gran variedad de competencias y, entre otros elementos, precisan de bienes materiales para llevarlas a la práctica. Entre estos bienes, los de dominio público gozan de un régimen especial de protección, ya que están afectos a un uso o servicio público. Además en muchos supuestos estos bienes tienen una relación intrínseca con el medio ambiente, como puede ser la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial, las aguas o las minas, y en otros múltiples casos la construcción y/o la utilización de los bienes incidirán en el medio ambiente. Piénsese, por ejemplo, en las vías públicas, los parques, las fuentes y estanques o, en general, las obras públicas de aprovechamiento o utilización generales.

Por este motivo, consideramos necesario analizar el alcance de la compra pública verde, vinculado a la inclusión de aspectos ambientales en la contratación pública y, en coherencia, la posibilidad de incorporar en los pliegos de las concesiones demaniales este tipo de cláusulas ambientales (11).

La Comunicación de la Comisión Europea «Contratación pública para un medio ambiente mejor» (12), define la contratación pública ecológica como «un proceso por el cual las autoridades públicas tratan de adquirir mercancías, servicios y obras con un impacto medioambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con el de otras mercancías, servicios y obras con la misma función primaria que se adquirirían en su lugar». De esta definición se desprende el sentido amplio de la protección del medio ambiente, orientado a lograr el menor impacto posible a lo largo de todas las etapas del ciclo de vida de los productos, servicios u obras adquiridos.

Este objetivo de implantación de criterios ambientales en la contratación pública tuvo un nuevo impulso con la aprobación del último paquete de directivas de contratación pública. Así, el Considerando 91 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en

(11) Sobre la compra pública verde y, más específicamente, la inclusión de condiciones especiales de ejecución como medida efectiva para la defensa del medio ambiente a través de la contratación pública véase DE GUERRERO MANSO (2018).

(12) COM (2008) 400 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Contratación pública para un medio ambiente mejor», adoptada el 16 de julio de 2008, p. 5.

adelante, Directiva 2014/24/UE), expone que el artículo 11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) persigue la integración de las exigencias de la protección del medio ambiente en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. Este principio de integración del medio ambiente en las demás políticas europeas, recogido tanto en el artículo 11 TFUE como en el artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, permite comprender la lógica de buscar también a través de la contratación pública objetivos ambientales (13). En línea con lo anterior, la Directiva clarifica la posibilidad de que los compradores públicos contribuyan a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible al mismo tiempo que garantizan la posibilidad de obtener la mejor relación calidad-precio en sus contratos.

En todo caso, para lograr los objetivos ambientales vinculados a los contratos públicos es imprescindible controlar el cumplimiento de estas disposiciones en las sucesivas fases del proceso de licitación y ejecución del contrato, tal y como recuerda el Considerando 40 de la Directiva 2014/24/UE.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) incorpora el enfoque estratégico de la contratación pública. Así, ya en su Exposición de Motivos se recuerda que la contratación pública desempeña un papel clave, al configurar «uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos». Desde esta perspectiva, y para lograr una mejor relación calidad-precio, el legislador estatal incluye diversas vías de implementación de las políticas sociales, medioambientales y de innovación y desarrollo impulsadas tanto a nivel europeo como a nivel nacional.

El valor adicional que para la promoción de estas políticas públicas tiene la LCSP respecto a otras disposiciones previas en las que ya se incorporaban, es su carácter obligatorio. Así, ya el artículo 1.3 de la LCSP afirma:

«En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso

(13) Sobre la relación entre dichos preceptos y las normas ambientales en la Unión Europea véase SANZ RUBIALES (2018: 53) y ROMÁN MÁRQUEZ (2018: 99).

a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social».

Queremos enfatizar el carácter imperativo de esta disposición, en la que se establece la obligación de incorporar «de manera transversal y preceptiva», en todos los contratos públicos, criterios sociales y medioambientales. Podría argumentarse, en contra de esta radicalidad, que el requisito de vinculación con el objeto del contrato puede suponer en la práctica un contrapunto a esta supuesta obligación. Sin embargo, consideramos que podría utilizarse como parámetro de la relación con el objeto del contrato la detallada en el artículo 145.6 LCSP en relación a los criterios de adjudicación. Según este precepto:

«Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;

b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material».

De la literalidad de este artículo se deduce un amplio margen de vinculación, el cual puede abarcar cualquier aspecto del contrato o cualquier etapa de su ciclo de vida, entendiéndose comprendidos en ellos elementos aparentemente externos, como puede ser un proceso de fabricación, la forma de venta de un producto o su posterior eliminación. En este sentido, el artículo 148 LCSP define y proporciona la forma de calcular el ciclo de vida de un producto, obra o servicio y menciona de forma expresa diversas fases que se suceden en su existencia:

«la investigación y el desarrollo que deba llevarse a cabo, la fabricación o producción, la comercialización y las condiciones en que esta tenga lugar, el transporte, la utilización y el mantenimiento, la adquisición de las materias primas necesarias y la generación de recursos; todo ello hasta que se produzca la eliminación, el desmantelamiento o el final de la utilización».

Quizá para remarcar el objetivo de incluir condiciones adicionales, estratégicas, en los contratos públicos, o para despejar la duda de si verdaderamente es un requisito necesario, el legislador estatal al regular las condiciones especiales de ejecución (art. 202 LCSP) dispone la posibilidad de que el órgano de contratación establezca condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato «siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean

compatibles con el Derecho de la Unión Europea y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos».

Esta afirmación podría no aportar nada respecto a lo dicho en relación al artículo 1.3 LCSP, sin embargo, en el párrafo siguiente se establece: «En todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que enumera el apartado siguiente». Dichas condiciones especiales de ejecución son las referidas a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social, de las cuales se enumeran diversos ejemplos en los párrafos siguientes del artículo 202.2 LCSP.

En relación al medio ambiente se proponen como ejemplo diversas consideraciones la mayoría de las cuales podrían aplicarse a las concesiones demaniales, atendiendo a su modalidad,

«la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica».

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las Administraciones públicas necesitan medios de diverso tipo, entre los que se encuentran los materiales, para poder responder a las funciones que tienen atribuidas por el imperativo de las leyes. Entre estos bienes tienen una importancia mayor los de dominio público, ya que su afectación a un uso o servicio público les proporciona una naturaleza especial de la que se deriva un régimen jurídico de protección más elevado, inspirado en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad.

Como hemos visto, en determinadas ocasiones y bajo ciertas circunstancias los bienes de dominio público son utilizados por terceros y, en función de la intensidad del uso, estas utilizaciones pueden estar sujetas a la obtención de una concesión demanial.

Para los supuestos de otorgamiento de concesiones en régimen de concurrencia sería relativamente sencillo incorporar criterios ambientales en los pliegos, de forma que se lleve a cabo una protección del medio ambiente a la par que se gestiona el patrimonio público afecto a un uso o servicio público sirviendo con objetividad, como exige la Constitución, los intereses generales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBI, Fernando (1960): *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*, Madrid, Aguilar, 771 pp.
- DE GUERRERO MANSO, M^o. Carmen (2018): «La inclusión de condiciones especiales de ejecución como medida efectiva para la defensa del medio ambiente a través de la contratación pública», en esta REVISTA, Monografía XIX, pp. 141-17.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael (2018): «Incorporación de cláusulas ambientales en la contratación pública», en Lazo Vitoria, X. (Dir.): *Compra Pública Verde*, Barcelona, Atelier, pp. 29-51.
- (2007): «Las concesiones administrativas de dominio público», Civitas, Madrid, 480 pp.
- GALERA RODRIGO, Susana (2009): «Compras verdes: ahora o nunca», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 247, enero-febrero 2009, pp. 11-16.
- GIMENO FELIÚ, José María (2013): «Compra pública estratégica», en Pernas García, J.J. (Coord.): *Contratación Pública Estratégica*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 45-79.
- (2006): *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Madrid, Thomson-Civitas, 421 pp.
- LAUBADÈRE, Andrè, MODERNE, Franck y DELVOLVÉ, Pierre (1984): *Traité des contrats administratifs*, Tome 2, 2e édition, L.G.D.J., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1144 pp.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1989): «Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 243, julio-septiembre 1989, pp. 563-610.
- MATILLA CORREA, Andry (2018): *La concesión administrativa*, Librería Jurídica Internacional, S. R. L., Ángel Potentini, República Dominicana, 467 pp.
- PERNAS GARCÍA, Juan José (Coord.): *Contratación Pública Estratégica*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 409 pp.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2013): «La contratación del sector público como política pública», en Pernas García, J.J. (Coord.): *Contratación Pública Estratégica*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 31-45.
- ROMÁN MÁRQUEZ, Alejandro (2018): «Contratación pública ecológica y objeto del contrato: el diseño “verde” de las prestaciones contractuales en el derecho comunitario e interno», en *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, núm. 39, 2018, pp. 97-132.

- SANZ RUBIALES, Íñigo (2018): «La protección del ambiente en la nueva Ley de Contratos: del Estado meramente “comprador” al Estado “ordenador”», en *Revista de Administración pública*, núm. 205, pp. 49-80.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (2011): «Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable. Contratos verdes; de la posibilidad a la obligación», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 1, abril 2011, pp. 16-24.
- VILLAR PALASÍ, José Luis (1952): Voz «Concesiones Administrativas» en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. IV, Francisco Seix, Editor, Barcelona, pp. 684-770.

LA DIFÍCIL IDENTIFICACIÓN DE UN RÉGIMEN GENERAL DE CONCESIONES DEMANIALES EN EL DERECHO COLOMBIANO

JULIÁN A. PIMIENTO ECHEVERRI

Profesor de la Universidad Externado de Colombia. Abogado de la misma Universidad. Doctor por la Universidad París II

CRISTINA INGRID JIMÉNEZ

Universidad de Antioquia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. CONCESIONES DEMANIALES Y CONTRATACIÓN ESTATAL: 1. *Las bases del sistema de bienes públicos en el derecho colombiano.* 2. *La dificultad de encontrar la concesión demanial en el régimen general de la contratación estatal.*– III. LOS CONTRATOS DE GESTIÓN DE LOS BIENES DE USO PÚBLICO EN EL DERECHO COLOMBIANO: 1. *La exclusión del contrato de arrendamiento de bienes de uso público.* 2. *El contrato de administración y aprovechamiento de los bienes públicos que hacen parte del espacio público* 3. *Hacia un modelo de concesión demanial: tendencias y transformaciones:* A) *El necesario reconocimiento de un sistema de «ventas públicas».* B) *La estabilidad de la concesión de bienes de uso público destinados a infraestructura vial.*– IV. IDEAS FINALES.– V. BIBLIOGRAFÍA.– VI. JURISPRUDENCIA.

RESUMEN: La ausencia de una teoría general de los bienes públicos en derecho colombiano dificulta la construcción de unas reglas generales aplicables a las concesiones demaniales. Ante la inadaptabilidad del contrato de concesión de la Ley 80 de 1993, surgen nuevas opciones producto de recientes reformas normativas, en las cuales se permite la creación de contratos especiales para gestionar el dominio público local y se les otorga la competencia a las autoridades locales para su reglamentación. Este artículo pretende analizar las dificultades que genera la ausencia de un régimen enfocado en la gestión de los bienes públicos y propone una lectura del ordenamiento jurídica en línea con la valorización de estos activos de las entidades públicas.

Palabras clave: concesión demanial; dominio público; bienes de uso público y fiscales; contrato de concesión; contrato de aprovechamiento de espacio público; contrato estatal de arrendamiento.

ABSTRACT: *The absence of a general theory of public goods in Colombian law hinders the construction of general rules applicable to public concessions. Given the inadequacy of the concession contract of Law 80 of 1993, new options arise as a result of recent regulatory reforms, in which the creation of special contracts to manage the local public domain is allowed and local authorities are given the power to regulate. This article aims to analyze the difficulties generated by the absence of a regime focused*

on the management of public assets and proposes a reading of the legal system in line with the social and economic valorization of these assets.

Key words: concession of public domain; public domain; public assets; public contracts; concession; public lease contract.

I. INTRODUCCIÓN

La gestión «externa» de los bienes públicos es uno de los temas centrales de esta rama del derecho público económico. Independientemente de la teoría que se acoja en relación con la propiedad del dominio público, las concesiones demaniales han sido una de las piedras angulares de un régimen jurídico que se ha construido históricamente y que requiere de instrumentos adecuados de gestión y valorización de la propiedad pública.

En derecho comparado mucho se ha discutido acerca de la naturaleza de las concesiones, si son actos o contratos, acerca de los derechos que otorgan y de los mecanismos de selección objetiva del concesionario. Sin embargo, la extraordinaria diversidad de los bienes que componen el dominio público —en el caso colombiano, los bienes de uso público— ha dificultado la creación de unas reglas comunes y, sobre todo, su aplicación a nuevos supuestos. A ello se ha sumado la proliferación de antiguas concesiones en sectores estratégicos que se han renovado, como la infraestructura, los recursos naturales, los hidrocarburos (1) o el espectro electromagnético. Así, la tradicional figura de las concesiones demaniales se encuentra en una transformación que va de lo especial a lo general.

A manera de precisión previa, se puede señalar que la concesión demanial es el mecanismo mediante el cual se pone a disposición de un tercero, la gestión de un bien demanial con el propósito de que lo utilice privativamente, ordinariamente a cambio de una prestación dineraria. Las concesiones demaniales pueden o no revestir la forma de un contrato según el país y el sector en el que se hayan desarrollado. En esta línea de pensamiento, se requiere, además, realizar una precisión preliminar y necesaria para el derecho colombiano, consistiría en señalar la dificultad de acudir al acto administrativo como ropaje jurídico de las concesiones demaniales, si bien desde 2021 se aportó algo de claridad en la posibilidad de utilizar el acto administrativo como título habilitante para la ocupación demanial, no existe una regulación especial de la materia y se sigue pensando en el contrato público como régimen general de la gestión demanial (2).

(1) SANTOS, J. (2016): pp. 59 a 86.

(2) Aunque antes se utilizaba el acto administrativo como soporte de la concesión en algunos casos —puertos y recursos naturales—, la tendencia de este tipo de actuaciones es adoptar la forma de contratos, por el poco desarrollo que ha tenido esta materia en el derecho colombiano.

Así, en el caso colombiano, la ausencia de un régimen general de bienes públicos y, por lo tanto, de una teoría general de las concesiones demaniales, contrasta con el reciente desarrollo de estos regímenes sectoriales. En este artículo será cuestión de abordar las dificultades interpretativas de las concesiones demaniales en el derecho colombiano, que permiten resaltar la inexistencia de un régimen general de derecho positivo de las concesiones demaniales; sin embargo, existe un desarrollo importante para los bienes de uso público municipales que podría permitir la consolidación de un régimen concesional aplicable a todos ellos. Con el propósito de explicar esa dicotomía y los recientes desarrollos normativos y jurisprudenciales en la materia, en un primer momento se hará un análisis de las dificultades de encontrar un régimen común de las concesiones demaniales en el derecho nacional (I), para luego analizar los vectores de transformación (II).

II. CONCESIONES DEMANIALES Y CONTRATACIÓN ESTATAL

En el derecho colombiano no existe una ley de bienes públicos en la cual se encuentre definida, de manera, general la concesión demanial. Sin embargo, la concesión, como contrato, fue positivizada en la Ley 80 de 1993, contentiva del régimen general de la contratación estatal. Corresponde, entonces, analizar el régimen del contrato de concesión (2), con el propósito de determinar si en dicha regulación caben las concesiones demaniales, para lo cual se deben revisar someramente las bases del derecho de los bienes públicos en el sistema nacional (1).

1. Las bases del sistema de bienes públicos en el derecho colombiano

La clasificación original de los bienes públicos en el derecho nacional se encuentra en el artículo 674 del Código Civil, el cual, siguiendo los cánones del derecho comparado en la materia, positivizó una clasificación binaria contentiva de la *división fundamental entre bienes de uso público y bienes fiscales* (3). Así, la referida clasificación normativa se pueden encontrar dos categorías de bienes públicos:

«ARTICULO 674. Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República.

(3) En otra oportunidad se explicaron las razones por las cuales se considera que en Colombia no se puede hablar propiamente del dominio público como un régimen jurídico similar al modelo europeo, pues, aunque el régimen jurídico de protección existe, no obedece a la misma lógica, ni ha sido tratado a nivel interno de la misma manera. PIMIENTO ECHEVERRI, Julián y SANTAELLA, Héctor (2015): p. 332.

»Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio.

»Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales».

Como se puede anotar, sin definir las reglas propias para su calificación, el codificador de 1887 determinó que la pieza fundamental de todo el sistema eran los bienes de uso público, al catalogar los bienes fiscales como una categoría residual. En otras palabras, la configuración del sistema jurídico nacional establece que, si un bien no puede calificarse como de uso público, debe ser considerado como un bien fiscal (4). De la misma manera que, según el artículo 675 del mismo cuerpo normativo, si un bien no es privado, necesariamente debe ser público.

La jurisprudencia ha reconocido que el ordenamiento jurídico nacional acepta de una manera general el derecho de propiedad pública común a todas las categorías de bienes públicos y que el régimen jurídico aplicable a ellos depende de la afectación al interés general que se aplique (5). Este fue el criterio utilizado por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado en 2015, cuando señaló:

«Las diferencias y puntos en común entre una y otra categoría son evidentes».

En cuanto a los puntos en común, se puede afirmar que: i) ambas categorías se encuentran sometidas a un régimen de propiedad pública, tal y como lo reconoce el propio artículo 674 del Código Civil, en el entendido en que la expresión dominio contenida en el inciso primero de la referida disposición normativa debe entenderse como propiedad a la luz de lo dispuesto en el artículo 669 *eiusdem*, régimen de propiedad pública marcado por la pertenencia a una persona de derecho público; ii) en punto a su régimen jurídico, los bienes de uso público y los fiscales son imprescriptibles atendiendo lo prescrito en los artículos 2519 del Código Civil y 407 del C. de P. C. —ahora 375 C.G.P.—; iii) de igual manera, en lo que atañe a su inalienabilidad e inembargabilidad, el legislador ha establecido que los bienes de uso público y los fiscales destinados a un servicio público son inembargables —artículo 684 del C. de P. C.—, y serán inalienables aquellos que el constituyente o el legislador hayan calificado como tales, es el caso del subsuelo

(4) Solo para efectos ilustrativos, este mismo enfoque se encuentra los derechos francés y español.

(5) Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 18 de junio de 2014, Rad. 2154. Se puede, entonces, afirmar junto con Libardo Rodríguez que «no solo se han configurado especialidades alrededor de distintos tipos de bienes que forman parte tanto de los de uso público como de los fiscales, sino que han comenzado a aparecer y a desarrollarse expresiones del patrimonio público que no encajan dentro de las categorías tradicionales, como son los ejemplos del “espacio público” ... y del “patrimonio cultural y arqueológico de la nación”», RODRÍGUEZ LIBARDO. (2017): pp. 497 a 498.

y del espectro electromagnético; y, iv) tanto los bienes de uso público como los fiscales se encuentran sometidos de manera general a un régimen de derecho público en cuanto a su gestión y administración.

»Sus diferencias son, también, evidentes: i) los bienes de uso público se caracterizan jurídicamente porque el ordenamiento jurídico los ha puesto a disposición de los particulares para su uso directo, mientras que los bienes fiscales se encuentran, general pero no exclusivamente, destinados para el uso por parte de las entidades públicas, así se encuentren algunas porciones de ellos "abiertos al público"; ii) el régimen jurídico de los bienes de uso público es de naturaleza constitucional (art. 63 C.P.), mientras que el de la mayoría de los bienes que componen la categoría de fiscales es de carácter legal» (6).

Así, como primera conclusión, que se puede extraer de la jurisprudencia en cita es que los bienes de uso público y los bienes fiscales, se encuentran sometidos a un régimen común, ligado a la propiedad pública. Así mismo, la diferencia entre una y otra categoría corresponde a la destinación dada al bien, para el cumplimiento de los fines del Estado (uso público, servicios públicos, patrimonio cultural, espacio público, etc.).

Por otra parte, tampoco hay un inventario claro desde el punto de vista normativo que permita calificar un bien público como de uso público en el derecho colombiano. Por lo anterior, para definir en qué categoría se debe integrar un determinado bien público, se deben revisar los siguientes elementos:

- i) En primer lugar, la calificación de un bien como de uso público puede provenir directamente del ordenamiento jurídico, pues puede ocurrir que una disposición normativa o la jurisprudencia califiquen determinado inmueble de esta manera. En este sentido, entre otros, son bienes de uso público por disposición legal las *calles, plazas, puentes y caminos* (674 CC), los *ríos y todas las aguas* (677 CC), los bienes ejidos (Ley 41 de 1948), las aguas definidas en los artículos 4 y 5 del Decreto 1541 de 1978. La jurisprudencia también ha calificado, de manera un poco ligera, ciertos bienes como de uso público, en especial se puede hacer referencia a las plazas de mercado (7) o el Coliseo Cubierto El Campín (8).

(6) Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de enero de 2015, exp. 31612, la cual acogió la postura que hemos venido defendiendo desde 2010. Cf. PIMIENTO ECHEVERRI, Julián y SANTAELLA, Héctor (2015): pp. 332 y 333.

(7) Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 24 de julio de 1990, Exp. 959. De manera más reciente, en sentencia de 2010, la Sección Primera del Consejo de Estado encontró que la Plaza de Mercado «San Isidro» de Villavicencio es un bien de uso público, por cuanto, por una parte, le pertenece a una entidad de derecho público y, por la otra, «por su naturaleza de plaza de mercado, como por los diferentes documentos y manifestaciones de las partes, es un predio abierto al público que se encuentra destinado a prestar el servicio a la población de Villavicencio» (Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 14 de

- ii) En segundo lugar, en caso de que el bien no se enmarque en las categorías de bienes de uso público definidas por la ley, la doctrina ha definido que los elementos característicos del uso público son la libertad, la gratuidad y la universalidad. Sin embargo, la evolución de estas características ha llevado a que se trate más de reglas o indicios para identificar las condiciones en que debe darse el uso que de calificaciones concretas.
- iii) Desde un punto de vista más sustancial, para avanzar una definición que permita distinguir entre ambas categorías, se puede afirmar que los bienes de uso público se han catalogado como aquellos bienes públicos que se han puesto a disposición del público para su uso directo e inmediato, es decir para que puedan catalogarse de esta manera la Administración propietaria debe haber tenido como propósito destinar el bien para el uso de los ciudadanos, este uso debe ser directo y no como un medio para acceder a un servicio que preste el Estado (9).

Este asunto, de la definición jurídica de la naturaleza del bien público es de capital importancia a la hora de definir el régimen jurídico aplicable a las herramientas de gestión. Se podría decir, desde este punto de vista, que las concesiones demaniales nacieron con el propósito de otorgar un régimen especial de gestión a los bienes demaniales —en el caso colombiano, según si el bien se encuentra afecto al uso público—, ante la imposibilidad de aplicar los tradicionales del derecho privado, como el contrato de arrendamiento. En consecuencia, se puede señalar que el régimen contractual depende en buena medida de la calificación jurídica del bien y de su afectación, como se explicará a lo largo de este artículo.

2. La dificultad de encontrar la concesión demanial en el régimen general de la contratación estatal

Como se explicó, en el derecho colombiano, la tendencia ha sido hacia la contractualización de todas las formas de gestión de los bienes públicos

octubre de 2010, Exp. 50001-23-31-000-2005-00055-01 (AP)). Igual ocurrió en sentencia de 2019 (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 20 de noviembre de 2019, Exp. 41934), en la cual la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció acerca de un contrato de concesión de una plaza de mercado y reafirmó el carácter de bien de uso público del bien inmueble concesionado.

(8) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, Exp. 14390.

(9) Otra definición indica que son aquellos necesarios para el ejercicio de libertades fundamentales, en particular la libre locomoción. En palabras de Yves Gaudemet, «*el dominio público no debe ser protegido y conservado por sí mismo, sino en relación con las utilidades que genera; en cuyo primer rango se encuentra el ejercicio de los derechos individuales y colectivos*», GAUDEMET, Yves (1998): p. 134.

y, en general, de la acción administrativa (10). Por otra parte, así se puedan encontrar algunos modelos concesionales unilaterales, estos son excepcionales y han ido desapareciendo. Por ello, en la actualidad, el régimen general de las concesiones demaniales se debe buscar en el Estatuto de Contratación Estatal.

El régimen general de los contratos estatales se encuentra en la Ley 80 de 1993. Ella contiene los principios, las modalidades de selección, la identificación de algunos contratos y unas cuantas reglas relativas a su contenido, ejecución y liquidación.

La concesión de bienes públicos encuentra su caracterización en el artículo 32, numeral 4, de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor:

4. Contrato de concesión Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con. el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

En todo caso, desde hace algunos años parece haber claridad en cuanto a que las concesiones pueden incluir uno o varios en conjunto de los siguientes objetos:

- i) La concesión de obra pública, cuyo propósito consiste en financiar una obra pública general, aunque no exclusivamente, a través de la explotación del bien.
- ii) La concesión de servicio público, mediante la cual se pretende entregarle a un particular —contratista— la prestación de un servicio público a cargo de la entidad contratante.
- iii) La concesión de bien público, a través de la cual, la entidad pública contratante entrega un bien de uso público o destinado a un servicio de su propiedad, a un concesionario para que lo explote económicamente y cambio de ello le pague una suma periódica o única.

(10) En efecto, «la verdad es que el Estado del siglo XXI se desarrolla sobre el extenso campo de la contractualización administrativa. La contratación pública asume progresivamente una mayor relevancia en la Administración contemporánea, en sustitución o complemento de las tradicionales formas unilaterales de la acción administrativa. De esta manera, se vuelve habitual, en diferentes ordenamientos, la idea del ejercicio de la actividad gubernamental por medio de contratos», GABARDO, EMERSON y LIMA LÓPEZ-VALLE, Vivian (2021): p. 287.

Así, habría una concesión de servicio público y una concesión de ocupación y de explotación de los bienes públicos. A esto sería necesario añadir un tercer tipo, la concesión de obra pública que implica la construcción de un bien público, financiado por el contratista (11). Sin embargo, son tres objetos completamente diferentes que apelan a reglas específicas. Por supuesto, en caso de que confluyan dos o más objetos el contrato de concesión será aquél que más razonablemente permitirá cumplirlos.

A pesar de que, teóricamente, la Ley 80 de 1993 contempla la concesión de bienes públicos, lo cierto es que, en este tipo de casos, el Estado no actúa en el marco de las *compras públicas*, como se demostrará, sino que, en este caso, el concedente recibe los recursos derivados de la explotación privativa del bien, pues el particular no presta un servicio público o realiza una obra en nombre de la entidad pública.

En consecuencia, la cuestión radica en la manera en que se deben adecuar las normas de la Ley 80 de 1993, enfocada en las compras públicas, a casos en los cuales el municipio ofrece algo a los ciudadanos, máxime si se tiene en cuenta que, respecto de estos contratos, la situación social exige un tratamiento especial respecto de ciertos sectores de la población. En este punto, resulta esencial que se analice con detenimiento el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos establecidos por la ley para la celebración de contratos de concesión, a pesar de que, en este caso, no se trata realmente de un contrato de carácter financiero (12), sino de la entrega de un bien a un particular para que lo explote y, en contraprestación, pague el valor estipulado en el contrato.

Dos consecuencias pueden entonces extraerse de esta definición: la primera es que el objeto de la concesión del artículo 32.4 incluye la concesión de ocupación privativa de los bienes de uso público y de bienes destinados a la prestación de un servicio público. La segunda, que proviene de una circunstancia fáctica, es que de manera general la legislación no tiene en cuenta ni las diferencias inherentes entre cada uno de esos objetos, dejándole esa tarea a cada entidad estatal. Así, la cuestión no radica en el hecho de su aplicabilidad, sino de la adaptabilidad de su contenido al objeto de una concesión demanial.

De manera general, la ley 80 de 1993 fue construida sobre la base de la Administración que solicita un servicio o un bien de un particular, es decir que la economía de este contrato estatal está fundada sobre la idea de com-

(11) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de junio de 1998, Exp. 10217.

(12) Así lo ha entendido la doctrina reciente al parecer confundiendo la concesión de obra pública con todo tipo o modelo concesional, excluyéndose la «concesión demanial» de tajo del «contrato de concesión». Sobre esta idea del contrato de concesión como contrato financiero, ver: FAJARDO PEÑA, Santiago (2019): pp. 61-96, para quien: «El contrato de concesión, más que un típico contrato estatal de obra bajo una determinada modalidad se caracteriza por ser un negocio financiero», p. 62.

pras públicas (13). Se pueden entonces identificar, de una manera general, las siguientes dificultades en su adaptación a las necesidades de las concesiones demaniales (14):

i) En el derecho nacional se ha entendido que todo contrato estatal debe estar precedido de un certificado de disponibilidad presupuestal (15). En efecto, según el principio de economía, consagrado en el artículo 25.6 de la ley 80 de 1993, «*las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales*»; así mismo, el artículo 41 de la misma ley, modificado por el artículo 23 de la ley 1150 de 2007, consagra como condición para la ejecución de un contrato «*la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes*».

Esta obligación está acompañada de una sanción disciplinaria puesto que está vedado a los funcionarios públicos «*asumir compromisos sobre apropiaciones presupuestales inexistentes o en exceso del saldo disponible de apropiación o que afecten vigencias futuras, sin contar con las autorizaciones pertinentes*» (art. 57.3 de la ley 1952 de 2019).

Desgraciadamente, se ha entendido que se trata de una obligación general exigible a todos los contratos celebrados por entidades públicas, independientemente del hecho de que el Estado no realice erogación alguna. Pues bien, en este caso se trata de un particular que solicita a la Administración la posibilidad de la ocupación y es éste quien debe pagar por la ventaja creada por la autorización, en consecuencia, esa exigencia no solo es inútil, sino que constituye una demostración de que la Ley 80 de 1993 se enfoca en las *compras públicas*.

ii) En segundo lugar, está el tema si resulta necesario acudir a mecanismos competitivos para escoger el concesionario. Este es un asunto de gran interés

(13) Aunque se ha insistido sobre este punto desde 2011, solamente en los últimos dos años la doctrina y la jurisprudencia han reconocido el enfoque de la Ley 80 de 1993 como un régimen adaptado para adquirir bienes y servicios, más que a ofrecerlos. Cf. PIMIENTO ECHEVERRI, Julián (2015).

(14) Cf., para un visión general de estos puntos, DÁVILA VINUEZA, Luis (2016).

(15) Esta obligación va a determinar varias disposiciones de diferente naturaleza, con fines diversos; el certificado de disponibilidad presupuestal es «el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos» (art. 2.8.1.7.2 del Decreto Unico Reglamentario 1068 de 2015, sector Hacienda), la obtención de ese documento es obligatoria según el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, según el cual todos los actos «administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos». Ver, también, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 25 de septiembre de 2018, Rad. 2389.

a nivel internacional, pero que, en el derecho nacional adquiere algunos puntos particulares.

Aunque sea necesario, en virtud del principio de igualdad de los oferentes y de transparencia de la actividad contractual, respetar las reglas de selección objetiva del contratista, establecidas en los artículos 24 y 30 de la ley 80 de 1993 y en el título I de la ley 1150 de 2007.

Esas reglas, aunque permiten un procedimiento en condiciones de libre competencia, no resultan adecuadas para el objeto de la concesión de ocupación privativa. Así, la regla general para la elección del ocupante es la licitación pública —salvo en los casos de selección abreviada según el monto del contrato (art. 2 de la ley 1150 de 2007)—, en ese marco las limitaciones o las inadaptaciones son evidentes, a título indicativo podemos citar:

- a. La iniciación del procedimiento de selección debe estar precedida de un estudio donde *«se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones»* la utilidad de un estudio en este sentido no es evidente en el marco de los acuerdos que exclusivamente autorizan una ocupación privativa;
- b. Las ofertas deben, también, *«referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas»*, esto quiere decir que en el pliego de condiciones se les solicita a los oferentes una prestación técnica o económica que no está presente de manera general en las concesiones de ocupación privativa;
- c. Es decir que de manera general la elección del contratante se hace luego de un procedimiento muy reglamentado de audiencias públicas, debates sobre las condiciones del contrato, sobre el precio solicitado y sobre el plazo para su ejecución.

El sistema está visiblemente construido sobre las bases de las prestaciones recíprocas el contratista se compromete a realizar una obra o a prestar un servicio, y la Administración se compromete en contrapartida a pagar por esa obra o por el servicio prestado.

iii) También la economía del contrato de concesión, en caso de que su objeto lo constituya la sola ocupación privativa del artículo 32.4, presenta dificultades a partir de las reglas que rigen lo relativo a los bienes de uso público. Aún si es posible afirmar que la ley 80 de 1993 no contempló una regulación exhaustiva del contrato, es la generalidad de las reglas que rigen la materia la que debe ser revisada, con el fin de adaptarla a la idea de la «ocupación privativa»; lo anterior, especialmente, a partir de la noción de

concesión que se ha decantado en la jurisprudencia del Consejo de Estado y del régimen de la cláusula de reversión.

La definición jurisprudencial del contrato de concesión crea un obstáculo para las concesiones de ocupación privativa en los límites planteados. En efecto, para el Consejo de Estado, toda concesión está caracterizada por:

«(i) su celebración por parte de una entidad estatal, que actúa con el carácter de concedente y por una persona natural o jurídica que toma el nombre de concesionario (ii) es el concesionario quien asume los riesgos derivados de la explotación o de la prestación del servicio público, a quien le corresponde participar, por ende, en las utilidades y pérdidas a las que hubiere lugar; (iii) hay siempre lugar a una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras, en favor de quien construye la obra o asume la prestación del servicio público» (16).

Frente a lo cual el Consejo de Estado ha concluido que, en el marco de las concesiones, «el Estado contratante le otorgará, a más del derecho a construir la obra o explotar el bien o servicio, la remuneración correspondiente, la cual usualmente provendrá de la explotación económica del objeto de la concesión» (17).

Según esta jurisprudencia, cuya redacción puede ser objeto de fuertes críticas, *toda* concesión debe establecer una remuneración para el concesionario. En consecuencia, parecería que incluso en aquellos contratos en los cuales la ocupación privativa surge de manera exclusiva por la existencia de un interés económico para el concesionario, pero ninguno para la Administración, se hace necesario que la Administración concedente le pague alguna contraprestación al concesionario.

El Consejo de Estado parece olvidar que «*las concesiones demaniales y las de servicio público y obra pública tienen distinto objeto, están sometidas a regímenes jurídicos diversos y poseen también una naturaleza jurídica distinta*» en este sentido, «*[t]ratándose pues de tres figuras en muchos aspectos heterogéneas la construcción unitaria de una categoría concesional se manifiesta excesivamente genérica, imprecisa y poco menos que irrelevante*» (18).

iv) Finalmente, las reglas que consagran la reversión de los bienes concedidos son también inadecuadas para una explotación social y económica

(16) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, Exp. 14390. Cf. también, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 5 de mayo de 1999, Exp.1190 y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de diciembre de 2004, Exp. 27921.

(17) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, Exp. 14390. Cf. también, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 5 de mayo de 1999, Exp.1190 y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de diciembre de 2004, Exp. 27921.

(18) FERNÁNDEZ-ACEVEDO, Rafael (2007): p. 98.

de los bienes de uso público. En efecto, el artículo 14.2 de la ley 80 de 1993, indica, por su parte, que «en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión». Esta figura hace parte de las cláusulas exorbitantes al derecho común, y puede ser definida de la siguiente manera: *«en los contratos de explotación o de concesión de los bienes de uso público será necesario acordar que al finalizar la explotación o la concesión, los elementos directamente afectos a la concesión, serán propiedad de la persona pública contratante, sin que por ello deba pagar una compensación»* (19).

La redacción de la cláusula, en el derecho positivo colombiano, amerita una observación, por cuanto el texto de la norma indica que en este tipo de contrato se pactará que al finalizar el término de la concesión o de la explotación, los bienes directamente afectos a ella *pasen a ser* propiedad de la entidad estatal. La redacción del artículo en cuestión podría permitirnos afirmar que los bienes afectos al uso público y construidos por los concesionarios no hacen parte del patrimonio público sino hasta el fin de la concesión; esta interpretación no es contraria a los textos normativos, pero es inadecuada porque podría dar lugar a considerar al concesionario como propietario de los bienes construidos en el marco de una concesión. Se trataría, así, de una propiedad privada del concesionario afecta a un uso público (20). Esta interpretación debe ser descartada.

Estas dificultades, junto con otras técnicas de la estructuración financiera de las concesiones, han imposibilitado el uso del «contrato de concesión» para ejecutar las «concesiones demaniales», para lo cual se ha acudido a otras figuras que han evolucionado por fuera del Estatuto de Contratación Estatal.

III. LOS CONTRATOS DE GESTIÓN DE LOS BIENES DE USO PÚBLICO EN EL DERECHO COLOMBIANO

Ante la dificultad de utilizar el «contrato de concesión» de la Ley 80 de 1993, las autoridades, principalmente locales, han intentado acudir a otros modelos y tipologías contractuales. En un primer momento se utilizó el contrato de arrendamiento, que luego de algún debate jurisprudencial fue excluido por

(19) CONTRA, J. Santos (2010): p. 465 y s.

(20) Lo que es completamente imposible a la luz del artículo 676 del Código Civil según el cual «[l]os puentes y caminos construidos a expensas de personas particulares, en tierras que les pertenecen, no son bienes de la Unión, aunque los dueños permitan su uso y goce a todos los habitantes de un territorio. Lo mismo se extiende a cualesquiera otras construcciones hechas a expensas de particulares y en sus tierras, aun cuando su uso sea público, por permiso del dueño», se trata de un acto de simple tolerancia.

considerarse nulo absolutamente por contener un objeto ilícito (1), frente a lo cual han surgido nuevos tipos contractuales (2), que invitan a una renovación del sistema de contratación estatal en esta materia (3).

1. La exclusión del contrato de arrendamiento de bienes de uso público

En primer lugar, cabe señalar que por vía jurisprudencial se ha excluido de manera absoluta el contrato de arrendamiento de bienes de uso público. En sentencia de unificación del 14 de agosto de 2018 (21), la Sala Plena del Consejo de Estado reconoció que «*no es procedente entregar en arrendamiento bienes de uso público*». Al respecto concluyó:

«... la Sala unifica su criterio, en el sentido de afirmar que el contrato de arrendamiento no puede ser utilizado para entregar bienes de uso público para su aprovechamiento (22), quedando abierta la posibilidad a que se utilicen otras fórmulas contractuales o unilaterales, como el contrato de concesión, o la expedición de licencias o permisos para ese efecto.

»No debe olvidarse aquí que, con independencia del instrumento jurídico que se utilice para la gestión del bien (acto administrativo unilateral, acto administrativo concertado o contrato a excepción del contrato de arrendamiento), por expresa disposición constitucional, siempre que el objeto del negocio jurídico tenga la calidad de bien de uso público sus reglas de uso, disfrute y disposición deberán consultar forzosamente el régimen que se desprende del artículo 63 de la Carta y del principio de prevalencia del interés general (artículos 1 y 58 Superiores). Por ende, deberá asumirse que además de bienes inalienables, inembargables e imprescriptibles, se trata de bienes afectados a una destinación de interés gene-

(21) Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación del 14 de agosto de 2018, Exp. AP-00157.

(22) Cita textual: Sobre el punto es preciso traer a colación el análisis del doctor José Alejandro Bonivento Hernández:

«c) Que la cosa no esté prohibida por la ley para ser arrendada. El principio general es que todas las cosas se pueden arrendar. Las excepciones surgen de las prohibiciones de ley. Casi todas las cosas que se pueden vender son susceptibles de arrendarse. En cambio, no todas las cosas que se pueden arrendar son susceptibles de venderse; por ejemplo: un bien embargado o secuestrado puede ser arrendado, sin autorización del juez o del acreedor, pero no puede ser vendido por tener objeto ilícito, al tenor de lo dispuesto es el artículo 1521 del Código Civil. La Razón emana de la misma naturaleza del contrato de arrendamiento que excluye cualquier posibilidad de disposición de la cosa.

No se pueden arrendar:

- a) El derecho de servidumbre separado del predio en cuyo beneficio se ha constituido.
- b) El derecho alimentario.
- c) Los derechos estrictamente personales como el uso y habitación.
- d) *Las cosas comunes, es decir, los bienes de uso público, etc.»* (destacados de la Sala). (Bonivento Fernández, José Alejandro. (2008): p. 406).

ral, que constituye su finalidad esencial y que no es otra que servir para el uso y disfrute de la colectividad».

Así, al quedar excluido el contrato de arrendamiento del marco de la gestión de este tipo de bienes públicos. El sistema parece permitir solo dos opciones de aquellas tipificadas o, al menos, nominadas: el contrato de aprovechamiento económico de bienes de uso público, por una parte, y, por la otra, el contrato de concesión, definido en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

2. El contrato de administración y aprovechamiento de los bienes públicos que hacen parte del espacio público

Partiendo de las precisiones conceptuales realizadas sobre las categorías de bienes públicos, la exclusión jurisprudencial de la aplicación a los bienes de uso público de las figuras contractuales como las concesiones demaniales y del contrato de arrendamiento para la efectiva gestión de los bienes de uso público y dada su inaplicabilidad práctica y logística por las razones expuestas, el legislador ha optado por abrir espacio por fuera del régimen general de los contratos estatales.

Concretamente, se trata del contrato de administración y aprovechamiento del espacio público (23), existente desde el Decreto 1504 de 1998, pero recientemente contenido en el artículo 40 de la ley 2079 de 2021. Se abren entonces opciones como los contratos de administración y/o aprovechamiento económico del espacio público —pues todos los bienes de uso público hacen parte del espacio público (24)—, en las modalidades especiales permitidas por el ordenamiento jurídico. Dicha disposición normativa otorga facultades a los alcaldes municipales y distritales para que, mediante decreto, reglamenten lo concerniente a la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico

(23) Cf. GALVIS GAITÁN, Fernando (2019): p. 259 a 303.

(24) De conformidad con el DUR 1077 de 2015:

ARTÍCULO 2.2.3.1.2. Definición de espacio público. El espacio público es el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados destinados por naturaleza, usos o afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden los límites de los intereses individuales de los habitantes.

ARTÍCULO 2.2.3.1.3. Componentes del espacio público. El espacio público comprende, entre otros, los siguientes aspectos:

1. Los bienes de uso público, es decir aquellos inmuebles de dominio público cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio nacional, destinados al uso o disfrute colectivo.

2. Los elementos arquitectónicos, espaciales y naturales de los inmuebles de propiedad privada que por su naturaleza, uso o afectación satisfacen necesidades de uso público.

3. Las áreas requeridas para la conformación del sistema de espacio público en los términos establecidos en este Título.

del espacio público. Reglamentación abiertamente extensiva a los bienes de uso público de acuerdo con las categorías de bienes públicos antes explicadas.

En concreto, el artículo 40, modificadorio del artículo 7 de la Ley 9 de 1989, establece:

«ARTÍCULO 7. Los Concejos Municipales y Distritales podrán, de acuerdo con sus competencias, crear entidades responsables de administrar, defender, desarrollar, mantener y apoyar financieramente el espacio público, el patrimonio inmobiliario y las áreas de cesión.

Así mismo, el alcalde Municipal o Distrital en el marco de sus competencias podrá crear dependencias u organismos administrativos, otorgándoles autonomía administrativa y financiera sin personería jurídica.

Los alcaldes municipales y distritales mediante decreto reglamentarán lo concerniente a la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico del espacio público. Así mismo, podrán entregar a particulares la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de los bienes de uso público, utilizando el mecanismo contenido en el Capítulo XVI de la Ley 489 de 1998. Igualmente podrán expedir actos administrativos que permitan la ocupación temporal de dichos bienes, considerando en ambos casos lo dispuesto por el artículo 63 de la Constitución.

(...)

PARÁGRAFO 1. Se presume de derecho que en los actos y contratos que se expidan y suscriban para el aprovechamiento económico del espacio público, se encuentra contenida la cláusula de reversión contenida en el Artículo 14, Numeral 2 y 19 de la Ley 80 de 1993 y Artículo 29 de la Ley 1150 de 2007, la cual operará una vez se extinga el plazo dispuesto en los actos y contratos.

PARÁGRAFO 2. Para la intervención u ocupación de los espacios públicos, la entidad administradora del espacio público o el tercero encargado no requerirá de la obtención de licencia de ocupación e intervención.

PARÁGRAFO 3. El ejercicio de las competencias contenidas en los incisos 1 y 2 de este artículo, referidas a los Concejos y Alcaldes Municipales y Distritales, se cumplirán con estricta sujeción a lo dispuesto por la Ley 617 de 2000 y todas aquellas normas que sobre responsabilidad fiscal se encuentren vigentes».

La interpretación del inciso tercero en estudio parece arrojar claridad en cuanto a que se trata de tres proposiciones diferentes: a. la competencia de los alcaldes para reglamentar directamente los contratos de aprovechamiento de los bienes públicos que hacen parte del espacio público, con miras a su administración, mantenimiento y aprovechamiento; b. la posibilidad de utilizar un mecanismo asociativo para gestionar estos bienes; y c. La posibilidad de permitir ese aprovechamiento a través de actos administrativos.

Parece claro que el legislador habilitó a los alcaldes municipales y distritales para que reglamentaran directamente el aprovechamiento de los bienes públicos que hacen parte del espacio público, en particular de los bienes de uso público. En consecuencia, en caso de considerar que las plazas de mercado son bienes de uso público, por extensión se debería admitir que este

poder reglamentario incluye la tipología especial de contratos de administración, mantenimiento y aprovechamiento de las plazas de mercado y de sus locales comerciales.

En este caso, resulta imperativo recordar que el debate surge a partir de la dificultad de aplicar la Ley 80 de 1993 a aquellos casos, como estos, en los cuales son las entidades públicas las que ofrecen un bien, para ser usado por un particular a cambio de una contraprestación, es decir, no se trata de una *compra pública*. A nivel internacional, por otra parte, esos contratos se encuentran ampliamente regulados y no se encuentran sometidos a las reglas propias de las compras públicas (*commande publique, public procurement*), sino a las propias y específicas de la gestión de los bienes públicos (25).

En cuanto al segundo punto, relacionado con la posibilidad de autorizar el aprovechamiento de los bienes de uso público a través de actos administrativos de naturaleza unilateral, se genera la duda en torno a la posibilidad de realizar esa ocupación de manera onerosa, por la ausencia de claridad en cuanto a la naturaleza del cobro. En consecuencia, valdría la pena que se aclare la posibilidad de si, en el estado actual de la Ley 2079 de 2021, se puede emitir este acto administrativo incluyendo una cláusula para poder exigir un cobro por ese aprovechamiento, en particular para aquellos casos en que se requiera la autorización de la ocupación por plazos cortos.

Ahora bien, se debe reafirmar como ya se ha dicho en otra oportunidad (26), que el ordenamiento jurídico además de reconocer sobre los bienes de uso público el derecho de propiedad, también les otorga un régimen jurídico concreto y constituido sobre tres pilares: un régimen público de gestión, un régimen de responsabilidades y un régimen de protección. Partiendo de esta premisa, el análisis subsiguiente se centrará en el régimen jurídico relacionado con la gestión de los bienes de uso público.

En Colombia, todos los bienes públicos se encuentran sometidos a un régimen de derecho público que se debe armonizar con el régimen propio del derecho privado, que es preponderante en el manejo del patrimonio inmobiliario en aquellos apartados en los que el derecho público no regula la materia particularmente.

El artículo 40 de la ley 2079 de 2021 no es la excepción, claramente el objetivo de esta disposición no es la desambiguación de las diferentes posturas de los gestores fiscales para administrar los bienes públicos, pero tampoco se centra en establecer figuras únicas, terminadas y determinantes de gestión de los bienes de uso público como antítesis de los confusos y dispersos

(25) Ver, al respecto, FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael (2007), el autor encuentra que estas concesiones son actos administrativos.

(26) PIMIENTO ECHEVERRI, J. 2019: p.35—59.

pronunciamientos de las Altas Cortes con relación al tema. Por el contrario, con esta reglamentación se pretende promover la adopción de esquemas de aprovechamiento económico del espacio público por parte de las entidades territoriales, que garanticen su recuperación y sostenibilidad económica, en una palabra, su valorización (27). Pero se deja abierta la posibilidad para que el jefe de la entidad territorial propietaria del bien, en un marco reglamentario y posteriormente contractual, establezca las reglas básicas y estipulaciones esenciales para la adecuada y correcta conservación, administración, custodia y disposición de los bienes públicos.

Frente a esta facultad, es importante acotar que, además, la ley colombiana la relaciona con un instrumento de gestión determinado, indicando en el artículo 2.2.3.3.3 del Decreto Único Reglamentario No. 1077 de 2015 que: «Los municipios y distritos podrán contratar con entidades privadas la administración, mantenimiento y el aprovechamiento económico para el municipio o distrito del espacio público, sin que impida a la ciudadanía su uso, goce, disfrute visual y libre tránsito».

Con relación entonces a estos apartados normativos, es claro que en Colombia, existe una delegación legal expresa y directa en los municipios y distritos para definir los instrumentos de gestión de sus bienes, en un marco de características sociales y territoriales específicas y bajo las premisas de la norma constitucional que garanticen la indemnidad del patrimonio público.

En este orden, las entidades territoriales en Colombia, en aplicación de la competencia reglamentaria, teniendo el marco general legal y constitucional de base para determinar un régimen adecuado a los bienes inmuebles destinados al uso público que poseen en sus inventarios de activos, están además legitimadas para que en ejercicio de la autonomía de la voluntad en la celebración de los actos jurídicos generadores de obligaciones previstos en el derecho público o privado, típicos o atípicos y establezcan sus propios mecanismos para un eficiente y racional manejo de sus contratos y bienes, por autorización expresa del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (28).

Para el caso concreto de la gestión de los bienes de uso público, habiendo descartado la procedencia de otras figuras que desbordan el marco de la necesidad, encontramos que en el país se ha hecho escuela con el concepto

(27) Artículo 2 de la ley 2079 de 2021. No es una tendencia nueva, ver al respecto: Fernández Scagliusi, M^o de los Ángeles (2015). Ello también tiene que venir aparejado de instrumentos que permitan valorizar la propiedad pública, «la valorización de un bien público —explica Yves GAUDEMET— comporta, sin lugar a dudas, su realización y mantenimiento al menor costo, su venta al mejor precio si no tiene utilidad, pero también su adecuación constante al interés general que debe servir. En pocas palabras, la valorización de los bienes públicos significa una valorización al servicio de la utilidad pública», GAUDEMET, Yves (2004): N^o 147.

(28) Tal y como lo establece el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

de contrato de administración, mantenimiento y el aprovechamiento económico de bienes de uso público o de espacio público, según la categoría de bienes que se trate.

Este concepto se ha incorporado en varias reglamentaciones del nivel territorial en las ciudades más importantes de Colombia, para referirse al instrumento jurídico contractual con el cual, se emplea el conocimiento y experiencia de un tercero que puede ser privado, en el ejercicio de las facultades de disposición de los bienes inmuebles de uso público, circunscritas a su administración, mantenimiento y su aprovechamiento económico.

Estas tres facultades, normalmente del interés y competencia de quien ostenta el derecho de dominio completo sobre un bien determinado, deben entenderse en un sentido restrictivo para los bienes de uso público, según se deduce de las determinaciones jurisprudenciales, para que no haya lugar a equívocos frente a la tipología de contrato y la denominación de la fuente de la cual se derivan los derechos y obligaciones de las partes en el contrato, en este sentido, se debe determinar con detalle el alcance del ejercicio de la actividad encomendada, pero en todo caso, se debe dejar claro que la responsabilidad del ejercicio de estas actividades recaen en el propietario del inmueble, y bajo ningún escenario se realizan por cuenta y riesgo del contratista o administrador.

En estos modelos de gestión territoriales y las normas que los autorizan, se identifican una serie de elementos esenciales y accidentales del contrato, extraídos de otras tipologías contractuales para la construcción del contrato de administración, mantenimiento y el aprovechamiento económico de bienes de uso público, y que conforman la suma de actividades más importantes para la gestión de los inmuebles en los aspectos complejos de la tercerización de su administración y conservación, así:

- a. La destinación del bien inmueble debe ser complementaria o compatible con el uso público del bien.
- b. Debe establecerse una contraprestación a favor de la entidad pública propietaria del bien, con destinación específica a su cualificación, directamente ligada a los ingresos que genera la ocupación del bien.
- c. La remuneración que obtiene el contratista, con cargo a los ingresos que genera la ocupación del bien, no es participación en la explotación del bien, ni contraprestación por su cuidado.
- d. Definición de los aspectos económicos y financieros del contrato, con preponderancia de los conceptos de auto sostenibilidad y reinversión.
- e. Inclusión de cláusulas de protección de la afectación del bien, cláusulas excepcionales y de reversión.
- f. Inclusión de las cláusulas de renunciaciones a mejoras y retenciones.

- g. En la vigilancia y control de las actividades que se desarrollen en el bien inmueble concurren varias autoridades públicas, según la naturaleza de las actividades.

Estas particularidades ponen en evidencia la presencia de un instrumento de gestión de los bienes de uso público, que es nominado pero atípico, en cuanto a que sus elementos esenciales se pueden extraer de diversas formas contractuales, según el alcance definido por el propietario del inmueble y con las limitaciones de la categoría propia de bien de uso público que le impone la norma.

Es claro entonces que mediante el ejercicio de ciertas prerrogativas para reglamentar, diseñar y configurar, las entidades pueden y de hecho están obligadas a formular modelos de gestión que propendan por la correcta gestión de los recursos públicos con independencia de su origen o categoría, están habilitadas para su correcto proceder como guardadoras de dichos recursos y mientras que no se sobrepasen las limitaciones que la ley impone, o se desvirtúen las características propias de los recursos entregados en custodia, son las idóneas para conocer, identificar y anticipar las necesidades que surgen en un contexto territorial, económico y social dado y determinar la manera de brindar solución.

Frente a este aspecto, se encuentra que la forma clásica del orden territorial para este instrumento, se realiza a través de las reglamentaciones urbanísticas, contenidas en las normas de ordenamiento territorial que imponen a los propietarios del suelo, una serie de cargas, restricciones, limitaciones y derechos para su preservación, uso equitativo y racional. Entonces, la carrera que en Colombia ha adelantado el aparato jurisdiccional, está dejando en evidencia lo anacrónico de sus decisiones y arbitrario de sus determinaciones, pues es evidente la falta de análisis de las transformaciones y evolución de las relaciones de las entidades estatales con las cosas, con las personas y sus territorios.

Estas decisiones de las Altas Cortes y se puede generalizar que la gran mayoría de las proferidas en torno a los contratos celebrados sobre los bienes de uso público y en particular la más importante y reciente con carácter de unificación (29), desconocen puntos de suma importancia para esclarecer el tema de la gestión de los bienes de uso público y que subyacen al análisis de las primitivas normas sustanciales contenidas en el compendio civil, es fundamental entonces que se comiencen a considerar y a integrar algunos temas en estas discusiones como los relacionados con:

- i) El desarrollo de infraestructura pública, dotacional y equipamientos, así como la distribución de cargas y beneficios en el control territorial, hace que las entidades administrativas se vean avocadas cada vez en mayor medida, a incorporar en sus planes de gobierno y marcos

(29) Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación del 14 de agosto de 2018, Exp. AP-00157.

presupuestales, la destinación de recursos económicos y la generación de programas y proyectos orientados a la sostenibilidad de los bienes en sus dimensiones fiscal y de uso público.

- ii) La administración de estos bienes patrimoniales y en especial los de uso público, que se pueden denominar como no operacionales, pero que están destinados al uso y disfrute de la comunidad en general como los mercados, los parques, los escenarios artísticos y culturales, los bulevares y los equipamientos deportivos que propenden por el bienestar y entretenimiento de la población, una vez construidos y en operación se desvinculan de la misionalidad de las entidades estatales, a pesar de que es claro que se debe garantizar su conservación a altos costos financieros, lo que a su vez impacta negativamente en la desfinanciación de proyectos de impacto social y en el detrimento físico de estas instalaciones.
- iii) El legislador reconoce estas situaciones y las ha planteado de manera general, incluso desde antes de la Constituyente del 1991, se reconoce que existe una necesidad clara de definir estrategias por parte de las entidades que procuren la conservación de estos bienes, e incluso se reconoce que estas estrategias se pueden desarrollar con aliados privados, pero se debe dejar un margen de discrecionalidad y libertad de configuración de las entidades, para establecer con indicadores de actualidad los puntos que hagan el negocio factible y viable.
- iv) Por la destinación, características, connotación social y pública de interés general de este tipo de bienes y las dinámicas para los que fueron diseñados, al servicio de la comunidad en general, bajo ningún concepto podrían someterse a una relación de beneficio o favorecimiento particular porque su destinación *per se*, implica que su uso principal se conserve con independencia de lo que contractualmente se determine, por esto, es claro que si se define la necesidad de financiar la auto sostenibilidad de estos bienes, a través de una figura contractual que incluya estos elementos, se debe aplicar la que no relativice la naturaleza del bien en sentido amplio y de manera categórica, pues la concesión demanial no excluye esta relativización.
- v) Los contratos celebrados por las entidades públicas, en general obedecen a estipulaciones bilaterales, pero en los que se establecen ciertas prerrogativas a la administración, de manera que el patrimonio público y el interés general sean siempre los postulados que permeen las demás cláusulas contractuales, hablamos de las facultades exorbitantes y del derecho de reversión, y de las demás prerrogativas de la autonomía de la voluntad de los contratantes como la renuncia a mejoras, las condiciones resolutorias, la renuncia a retenciones, la terminación

anticipada y demás, que claramente en un escenario de planificación y estudio previo de las necesidades que se tienen frente a ciertos tipos de inmuebles, pueden incorporarse en todas las tratativas para garantizar que los riesgos previstos no se materializarán o se dará un tratamiento eficaz ajustado al caso, lo que impactará necesariamente en la disminución del índice de litigiosidad de este tipo de contratos.

- vi) Finalmente, partiendo siempre de la existencia de una necesidad real y cierta, en la que se definió de manera oportuna y conveniente cómo abordarla, en el marco del principio de legalidad, de la buena fe y la confianza legítima, se garantizarán los derechos de todos los intervinientes en el proceso y en particular de los administrados, de quienes, su derecho de uso y goce de los bienes de uso público tiene primacía y prevalencia.

En consecuencia, entonces, se abre una importante posibilidad para que las entidades territoriales definan las condiciones y términos de las concesiones demaniales relacionadas con sus bienes de uso público.

3. Hacia un modelo de concesión demanial: tendencias y transformaciones

Este pequeño avance en los modelos de gestión de los bienes de uso público municipales genera algunos debates relacionados con su adaptabilidad a las reglas propias de la contratación estatal, pero debe invitar a un replanteamiento global del régimen de compras públicas a las realidades propias de la gestión demanial (a). En segundo lugar, el artículo 40 de la Ley 2079 de 2021 se enmarca en una evolución más interesante, aunque desordenada y tímida, de modernización de las herramientas de gestión de los bienes de uso público, que se apuntala por la creación de los derechos reales administrativos (b).

A) El necesario reconocimiento de un sistema de «ventas públicas»

Desde hace casi 30 años, el Estatuto de Contratación Estatal, con algunas reformas, se ha entendido como el instrumento integral de la contratación pública en Colombia. Se entiende que las disposiciones allí contenidas tienen utilidad para aquellos casos en los que el Estado actúa como «contratante», pero también como «contratista». Sin embargo, existen algunos ejemplos que dan cuenta del hecho de que el ECE fue creado como una norma de compras públicas y no de ventas públicas, es decir, que se evidencia su inadaptabilidad a aquellos casos en los cuales el Estado ofrece bienes o servicios a los particulares, entre los que se cuentan las concesiones demaniales.

En cuanto al primer punto, la premisa es la inadaptabilidad de la Ley 80 de 1993 a las necesidades del Estado prestador de servicios o titular de

bienes que se ofrecen en una lógica mercantil para el uso o adquisición de particulares o de entidades públicas. Son muchos los ejemplos que permiten ilustrar esta realidad: i) Las modalidades de selección buscan todas garantizar que las entidades públicas paguen menos por los bienes o servicios que necesitan de los particulares; ii) El principio de planeación —angular en el régimen de contratación estatal— tiene como fundamento identificar la *necesidad de la entidad contratante*, a pesar de que, en este tipo de eventos, la necesidad es entregar el uso del bien, venderlo o prestar el servicio correspondiente; iii) Las reglas relacionadas con el *gasto público* no pueden ser las mismas que aquellas destinadas a producir ingresos a través de las actividades económicas del Estado, sin embargo, todo el Estatuto de Contratación Estatal gira alrededor del control del gasto público —Estudio de Mercado, CDP, RP, etc.—; iv) Las normas relacionadas con el contenido de los contratos, en particular la procedencia de las cláusulas excepcionales no distingue si las entidades públicas actúan como contratantes o como oferentes, lo cual dificulta la celebración de contratos como el de arrendamiento, el de gestión de propiedades o aún la compraventa; v) si bien existe una remisión a la codificación civil o a la comercial en lo relacionado con el contenido del contrato de compraventa, lo cierto es que la regulación relativa a la enajenación de bienes del Estado no está regulada por la Ley 80 de 1993, sino por el Decreto Reglamentario —DUR 1082 de 2015—, pues dicha norma de rango legal no permite la posibilidad de subasta, sino de la subasta inversa.

Es claro que ni la Ley 80 de 1993, ni las normas que se han emitido con posterioridad a ella se adaptan a la realidad del Estado oferente, como ocurre en el caso de las concesiones demaniales. En efecto, en este tipo de contratos las entidades no esperan una prestación o servicio de los particulares —aunque existen unas cargas de cuidado y mantenimiento del bien—, sino que, por el contrario, los particulares reciben un beneficio del Estado al poder utilizar de manera privativa los bienes de uso público y en contraprestación se paga ordinariamente una retribución al Estado.

En consecuencia, se puede pensar en las siguientes adecuaciones urgentes para reconocer normativamente la realidad de las «concesiones demaniales»:

- i) Se debe replantear la idea de una sola norma general para todos los contratos estatales, para enfocar esos esfuerzos en distinguir las «compras públicas» de otro tipo de manifestaciones contractuales de las entidades públicas. Ello implica, que se distingan las situaciones en las que el Estado requiere un bien o un servicio, de aquellas en las que actúa como oferente.
- ii) El principio de planeación debe adaptarse a las concesiones demaniales. La idea de «compra pública» ha hecho del proceso de selección un trámite pesado, estructurado para controlar la transparencia en

el gasto público (30), sin embargo, en las concesiones demaniales el único recurso que se utiliza es el bien objeto de la concesión. En consecuencia, se deben simplificar las reglas relativas a la selección del contratista, simplemente para verificar capacidad de pago.

- iii) Otro punto importante es la duración de la ocupación (31). La extraordinaria variedad de concesiones demaniales es un reflejo de la compleja composición de la categoría del dominio público y de las actividades que allí se realizan, por ello, el mecanismo deberá permitir la flexibilidad de ocupaciones de muy corta duración (unas horas, en el caso de plazas para eventos culturales, por ejemplo) hasta unas de larga duración para garantizar la estabilidad de los ocupantes privativos (un caso, el de plazas de mercado).
- iv) Se deben replantear las reglas de selección del contratista en este tipo de casos. Uno de los tópicos usuales en materia de concesiones demaniales es la creciente necesidad de garantizar condiciones concurrenciales de acceso al contrato, sin embargo, para el caso colombiano se deben distinguir:
 - a. Las concesiones demaniales de naturaleza exclusivamente económica, en las cuales se puede o no acudir a un proceso competitivo según si se trata de las ocupaciones de bienes que expanden un negocio existente (terrazas de café o de restaurantes, por ejemplo).
 - b. Las concesiones demaniales de naturaleza social, por la función que cumplen para promover la formalización de vendedores estacionarios o semiestacionarios.

Este último aspecto es, probablemente, el de mayor importancia para un país como Colombia, en la cual los bienes de uso público que hacen parte del espacio público se convierten en el escenario de la realización de actividades económicas informales. En este sentido, es interesante anotar que buena parte de la evolución del régimen de lo que en otros países se conoce como concesiones demaniales, pues por orden de tutela (amparo) se ha venido manteniendo y formalizando la ocupación de bienes de uso público municipales, pues la capacidad del Estado de recuperar esos espacios se fue limitando de manera importante por la jurisprudencia en materia de confianza legítima producida por la Corte

(30) Así lo definen DUQUE BOTERO *et al.*, al señalar: «el Sistema de Compra Pública o Sistema de Compras y Contratación Pública es el conjunto de elementos y herramientas para tomar decisiones de gasto público...», DUQUE BOTERO, Juan y VANEGAS SANDOVAL, Luisa (2019): p. 31.

(31) En el derecho colombiano no existe, como en otros países, la distinción entre permiso y concesión según las instalaciones y la duración, razón por la cual no se puede acudir a una definición formal de concesión —como categoría jurídica concreta—, sino que corresponde distinguir, en su interior adecuaciones propias según las condiciones concretas de modo, tiempo y lugar. Ver, sobre la distinción, LAGUNA DE PAZ, José (2022): pp. 659 y siguientes.

Constitucional, en relación con los vendedores estacionarios y semiestacionarios, en particular las sentencias SU-360/99, T-772/03 y la C-211 de 2017.

Se trata de un asunto de singular relevancia en la materia que se está analizando, pues pone en duda el concepto tradicional de selección objetiva del contratista del Estado, toda vez que, en estos casos, la ocupación privativa del espacio público se convierte en expresión de una política pública de carácter social, en el marco de la cual resultaría —por decir lo menos— desaconsejable realizar un proceso de carácter competitivo, exigir pólizas (pues no son susceptibles de acceder a ellas) o adjudicar el contrato en función del mayor pago que se pueda realizar, ya que ninguno de los *contratistas* cumpliría con esos requisitos y se generaría una crisis socioeconómica.

Desde esta perspectiva, resulta claro que se trata, en muchos casos, de contratación pública de carácter social, con cláusulas que reconozcan que el propósito de la ocupación no es solamente el de generar recursos para las entidades territoriales, sino que son una manifestación de una política social de garantía de condiciones de vida en un marco de no regresividad (32). En consecuencia, se debe replantear la idea de «selección objetiva», para cumplir ese propósito, así mismo se debe reconsiderar el concepto de «estudios de mercado» para identificar el beneficiario de la política social a través del contrato estatal.

En la actualidad, si bien se han logrado avances en la materia, al trasladarle la competencia a los municipios de diseñar e implementar las políticas de ocupación del espacio público y darles la competencia para reglamentar el aprovechamiento contractual, no se ha dado claridad acerca del alcance de la reglamentación por fuera del esquema de la contratación estatal.

B) La estabilidad de la concesión de bienes de uso público destinados a infraestructura vial

El reconocimiento de la existencia de los derechos reales administrativos (DRA) es una de las consecuencias primordial del reconocimiento de la propiedad pública, como institución subyacente a los regímenes de afectación. Se trata de un instrumento útil para una gestión más eficiente en términos económicos, los DRA a más de darle mayor estabilidad a los ocupantes privativos, por su regulación propia se perfilan como instrumentos de financiación y gestión eficiente de las infraestructuras sobre los que están llamados a recaer.

(32) En este sentido, se puede señalar que «las compras públicas socialmente responsables —CPSR— son aquellas en las que, para la selección del contratista se busca la oferta que tenga un mayor impacto social positivo. La inclusión de este criterio no parte de una innovación o modernización del ordenamiento jurídico nacional; se desprende de la obligación del Estado y de las entidades que lo integran de adoptar medidas que, de forma indirecta, garanticen el bienestar general logrando mayor eficiencia por parte de la administración en el cumplimiento de sus objetivos», DUQUE BOTERO, Juan y VANEGAS SANDOVAL, Luisa. (2019), p. 1319.

Esta figura no es original en el derecho de la infraestructura, pues en el derecho francés, desde 2006 es claro que toda ocupación privativa genera derechos reales (33); en el sistema jurídico español desde 2003, los DRA eran una realidad tangible (34); en el derecho peruano, se consagró la posibilidad de hipotecar la concesión, lo que, por vía consecencial, permitiría considerarla como un derecho real en sí mismo (35). En Chile (36), se hace

(33) Fue precisamente lo que hizo el legislador con la expedición del Código General de la Propiedad de las Personas Públicas, en su artículo L2122-6, por cuya virtud «el titular de una autorización de ocupación temporal del dominio público del Estado tiene, salvo disposición en contrario en el título, un derecho real sobre las obras, las construcciones y las instalaciones de carácter inmobiliario que realice para el ejercicio de una actividad autorizada por este título // Ese derecho real confiere a su titular, durante el plazo de la autorización y en las condiciones y límites precisados en el presente párrafo, las prerrogativas y las obligaciones del propietario».

Esta figura se encontraba en el ambiente jurídico desde 1906, con el fallo del Consejo de Estado francés, 15 de mayo de 1906, *Chemins de fer d'Orléans* y la teorización que de él hizo M. HAURIUO (en HAURIUO, M. (1929): p. 270 y s.). Pero su reconocimiento formal correspondió al legislador, como respuesta a la negativa jurisprudencial de dotar de mayor flexibilidad al régimen demanial frente a las necesidades de financiación modernas.

(34) El artículo 97 de la Ley 33 de 2003, «del Patrimonio de las Administraciones Públicas», estableció:

«Artículo 97. Derechos reales sobre obras en dominio público.

1. El titular de una concesión dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión.

2. Este título otorga a su titular, durante el plazo de validez de la concesión y dentro de los límites establecidos en la presente sección de esta ley, los derechos y obligaciones del propietario».

(35) El artículo 3 de la Ley N. 26885 dispuso:

«Artículo 3.- Establézcase una hipoteca sobre el derecho de concesión de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos a que se refiere el Texto único Ordenado aprobado por el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, la que podrá constituirse, previa autorización del sector u organismo correspondiente del Estado.

Dicha hipoteca surtirá efecto desde su inscripción en el Registro de Hipoteca de Concesiones de Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos. El indicado Registro estará a cargo de las Oficinas Registrales de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

La hipoteca a que se refiere esta norma, podrá ser ejecutada extrajudicialmente en la forma pactada por las partes al constituirse la obligación.

Para la ejecución de la hipoteca a que se refiere este artículo, será necesaria la opinión favorable del Estado, a través del sector u organismo correspondiente, de manera tal que el derecho de concesión sólo pueda ser transferido a favor de quien cumpla con los requisitos establecidos en las bases de la Licitación Pública Especial o del Concurso de Proyectos Integrales.

La opinión del Estado deberá emitirse dentro de los sesenta días de presentada la solicitud. Vencido este plazo, sin que el Sector u Organismo del Estado hubiere expresado su opinión, la solicitud se considerará aprobada».

(36) Tal como la define el artículo 43 del Decreto MOP No. 900, mediante el cual «Fija Texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP n° 164, de 1991 Ley de concesiones de obras públicas», a cuyo tenor:

referencia a la prenda especial de la concesión de obra pública. En efecto, que en todos esos sistemas jurídicos se considere que las concesiones otorgan derechos reales sobre los bienes que constituyen el objeto del contrato de infraestructura, denota el carácter novedoso, pero útil en la actualidad, del reconocimiento generalizado de la figura y de su relación íntima con esta visión moderna del derecho administrativo. Su finalidad, independientemente del nombre o contenido que adopte la figura, se puede resumir así: «[p]oco importa, en efecto la naturaleza de ese derecho real, siempre que se tranquilice a los inversionistas privados y se logre ofrecer a los ocupantes del dominio garantías suficientes y medios de financiamiento para la realización de equipamientos pesados» (37).

Por ello, el mecanismo de su funcionamiento sigue dejando muchas dudas, las cuales deberán, al menos en el derecho colombiano, ser despejadas por el legislador, contando para ello con un cambio profundo en la concepción que tienen las autoridades públicas del régimen jurídico de los bienes de uso

«Artículo 43º.- Establécese una prenda especial de concesión de obra pública, la cual será sin desplazamiento de los derechos y bienes prendados. Ella podrá ser pactada por el concesionario con los financistas de la obra o de su operación o en la emisión de títulos de deuda de la sociedad concesionaria. Ella podrá recaer:

- a) sobre el derecho de concesión de obra pública que para el concesionario emane del contrato;
- b) sobre todo pago comprometido por el Fisco a la sociedad concesionaria a cualquier título, en virtud del contrato de concesión, y
- c) sobre los ingresos de la sociedad.

Esta prenda deberá constituirse por escritura pública e inscribirse en el Registro de Prenda Industrial del Conservador de Bienes Raíces de Santiago y en el del domicilio de la sociedad concesionaria, si éste fuere distinto. Además, deberá anotarse al margen de la inscripción de la sociedad concesionaria en el respectivo Registro de Comercio. Cuando esta prenda recaiga sobre acciones de la sociedad concesionaria, se anotará, además, en los registros correspondientes de la sociedad.

A esta prenda se aplicará lo dispuesto en los artículos 25, inciso primero, 30; 31; 32; 33; 36; 37; 38; 40; 42; 43; 44; 46; 48; 49 y 50 de la ley N° 5.687, sobre Prenda Industrial.

Será competente para conocer de todo litigio y de la ejecución de esta prenda especial de concesión de obra pública, a elección del acreedor, el Juez de Letras de la ciudad cabecera de la Región en la que se encuentre inscrita la sociedad concesionaria o el de asiento de corte en que tuviere su domicilio aquél».

Los derechos reales administrativos existen, en el derecho chileno, por fuera de los estrechos límites de la contratación pública, tal y como lo pone de presente el profesor VERGARA BLANCO, Alejandro (1989): pp. 473 a 493.

(37) COMBE, Christine (2002): p. 760. En palabras de Ignacio DE LA RIVA: «La categoría de los derechos reales administrativos aplicada a la posición del concesionario de un bien público configura, en última instancia, una concepción orientada a dar mayor estabilidad a los derechos de aquel, teñidos *per se* de cierta precariedad ... Por carácter transitivo la figura contribuye, también, a fortalecer a posición de quienes aportan recursos para el financiamiento de las obras realizadas sobre dichos bienes, lo cual ayuda a generar la confianza necesaria entre los potenciales inversores», DE LA RIVA, Ignacio (2018): 67.

público. Este movimiento se da en dos tiempos, uno tímido y desafortunado que solo permitía el reconocimiento de DRA sobre bienes fiscales que no fueran necesarios para el desarrollo del proyecto de infraestructura y la segunda, muy reciente, en la cual se acudió al mecanismo de manera, en mi opinión, adecuada. Se trata de la disposición contenida en el artículo 97 de la Ley 1955 de 2019, contentiva del último Plan Nacional de Desarrollo, a cuyo tenor:

Artículo 33. Otras Fuentes de Financiación para los Sistemas de Transporte. Con el objeto de contribuir a la sostenibilidad de los sistemas de transporte, a la calidad del servicio y de su infraestructura, incrementar la seguridad ciudadana, la atención y protección al usuario, al mejoramiento continuo del sistema y contar con mecanismos de gestión de la demanda, las entidades territoriales podrán establecer recursos complementarios a los ingresos por recaudo de la tarifa al usuario, que podrán ser canalizados a través de fondos de estabilización y subvención. Las fuentes podrán ser las siguientes:

(...)

8. Derecho real accesorio de superficie en infraestructura de transporte. Una entidad pública denominada superficiante, titular absoluta de un bien inmueble fiscal o de uso público destinado a la infraestructura de Transporte conforme a lo establecido en el artículo 4° de la Ley 1682 de 2013, podrá otorgar el derecho real de superficie de origen contractual, enajenable y oneroso, a un tercero denominado superficiario, por un plazo máximo de treinta (30) años, prorrogables hasta máximo veinte (20) años adicionales. El superficiario tendrá la facultad, conforme a la normatividad de ordenamiento territorial del lugar donde se ubique el bien inmueble y las disposiciones urbanísticas vigentes, de realizar y explotar por su exclusiva cuenta y riesgo, construcciones o edificaciones en áreas libres aprovechables con todos los atributos de uso, goce y disposición de las mismas, a fin de que tales desarrollos puedan soportar gravámenes y limitaciones al dominio, sin afectar el uso público, la prestación del servicio de transporte, ni restringir la propiedad del inmueble base del superficiante.

El derecho real de superficie se constituye mediante contratos elevados a escritura pública suscritos entre el titular del inmueble base y los terceros que serán superficiarios, los cuales contendrán la delimitación del área aprovechable, el plazo de otorgamiento del derecho, las condiciones de reversión de las construcciones, las causales de terminación del contrato, las obligaciones de las partes y la retribución que corresponde al superficiante, debiendo además inscribirse ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos en el folio de matrícula inmobiliaria del predio sobre el cual se confiere el derecho real de superficie, en el que deberá realizarse una anotación de este como derecho accesorio, identificándose el área conferida al superficiario y los linderos de la misma y las construcciones, además deberán registrarse los actos jurídicos que se efectúen en relación con el derecho real de superficie.

La cancelación de la constitución de este derecho real accesorio de superficie procederá mediante escritura pública suscrita por las partes constituyentes, que será objeto de registro en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente y ante la Oficina de Registro competente.

Para otorgar el derecho real de superficie el superficiante deberá contar con un estudio técnico, financiero y jurídico, que valide y determine las condiciones y beneficios financieros y económicos que se generan a partir de su implementación y para la selección del superficiario el superficiante deberá sujetarse a las reglas propias de contratación que le apliquen a la entidad pública que actúe en tal calidad.

La creación del derecho real de superficie por el legislador es una evolución considerable en el ordenamiento jurídico nacional, tan proclive a la regulación pasiva de los bienes públicos, pero que bajo el concepto de financiación de infraestructuras reencuentra su creatividad. Afortunadamente, no solo llegó el reconocimiento de los DRA, como lo he venido proponiendo desde 2010, sino que se hizo bajo la forma del derecho real de superficie, tal y como lo expuse en 2015 (38), así que para los aspectos más técnicos de la cuestión remito a lo allí afirmado.

Solo resulta relevante transmitir que estos DRA pudieron nacer en la medida en que se confrontó la realidad de algunos derechos con la administratividad de algunos bienes públicos —aquellos sometidos al régimen de la demanialidad pública. En el caso colombiano, independientemente de las dificultades prácticas que la cuestión pueda generar, el DRA de superficie contiene los elementos más característicos de la teoría.

En efecto, se trata de: i) un derecho accesorio; ii) que se otorga a un tercero ocupante de la infraestructura de transporte; iii) que tiene origen contractual; iv) circula en el tráfico jurídico, pues es enajenable y oneroso; v) tiene una vigencia importante y puede ser superior a la concesión misma (máximo 80 años); vi) su contenido consiste en la facultad de realizar y explotar por su exclusiva cuenta y riesgo, construcciones o edificaciones en áreas libres aprovechables con los atributos del propietario; vii) derechos que, además, están llamados a soportar gravámenes y limitaciones al dominio; pero, viii) cuya existencia no puede afectar el uso público o la afectación del bien; y, finalmente, ix) su objetivo primordial es servir de fuente de financiación de la infraestructura.

No dejaré de resaltar que el éxito de los derechos reales administrativos depende de la voluntad de permitir su funcionamiento en condiciones que garanticen los fines que con ellos se pretende cumplir: mejores condiciones de financiamiento a través de mayor estabilidad para su titular. Ello implica, ante todo, claridad en su funcionamiento, seguridad jurídica para el titular, pero siempre adecuación a las necesidades de interés general.

(38) No se quiere asumir ningún tipo de paternidad de la norma, es suficiente indicar que se lo relevante es reconocer la importancia del mecanismo y el carácter premonitorio de su creación, como forma de inscribirse en un movimiento global. Cf., PIMIENTO ECHEVERRI, Julián (2015).

IV. IDEAS FINALES

Algunas ideas para concluir. Es cierto que el derecho nacional no tiene una tradición jurídica que haya permitido la construcción y consolidación de un régimen general de las concesiones demaniales. Algunas normas dispersas sirvieron para que las entidades territoriales gestionaran sus bienes, mientras concesiones sectoriales se fueron desarrollando. Sin embargo, en los últimos años se ha abierto paso la necesidad de mayor claridad y estabilidad en la materia. Solo hasta 2021 el legislador notó la importancia de considerar los bienes públicos municipales como objeto de valorización y, a pesar de no lograr un resultado unificado, al menos invita a la reflexión. Es probable que estos esfuerzos desemboquen en la consolidación de una ley de bienes públicos que reconozca la singularidad de las concesiones demaniales como instrumentos de gestión de la propiedad pública.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro (2008): «*Los principales contratos civiles, y su paralelo con los comerciales*». Librería Ediciones del Profesional Ltda., p. 406 y 1319.
- COMBE, Christine (2002): «Les droits réels sur le domaine public. Ambiguïtés et limites», JCP N, París, 2002 p. 760.
- DÁVILA VINUEZA, Luis (2016): *Régimen jurídico de la contratación estatal*, 3^a ed., Legis.
- DE LA RIVA, Ignacio (2018): *Lo público y lo privado en el Derecho de las infraestructuras*, La ley, Buenos Aires, p. 67.
- DUQUE BOTERO, Juan y VANEGAS SANDOVAL, Luisa (2019): *GPS Contratación Pública*, Tirant lo Blanch, Bogotá, p. 31.
- FAJARDO PEÑA, Santiago (2019): «Las concesiones de infraestructura como negocios financieros: el valor jurídico de los modelos financieros preparados para su celebración», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, U. Externado, No. 22, p. 61-96.
- FERNÁNDEZ-ACEVEDO, Rafael (2007): *Las concesiones administrativas de dominio público*, Civitas, Madrid, p. 308-309, p. 98.
- FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.^o de los Ángeles (2015): *El dominio público funcionalizado: la corriente de valorización*, INAP, Madrid.
- GABARDO, Emerson y LIMA LÓPEZ-VALLE, Vivian (2021): «Característica relacional y mutabilidad de los contratos estatales: la concesión como herramienta de planeación», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, No. 25, U. Externado, p. 287.

- GALVIS GAITÁN, Fernando (2019): *Manual de derecho urbanístico*, 2.ª ed., Temis, p. 259 a 303.
- GAUDEMET, Yves (1998): «Libertés Publiques et domaine public», *Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, p. 134.
- GAUDEMET, Yves (2004). «Le rapport de l'Institut de la gestion déléguée», *Les Petites Affiches*, N° 147.
- HAURIU, M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, T. III, Sirey, 1929.
- LAGUNA DE PAZ, José (2022). *Tratado de Derecho administrativo. General y económico*, Civitas, Madrid.
- PIMIENTO ECHEVERRI, Julián (2015): *Derecho administrativo de bienes*, U. Externado.
- PIMIENTO ECHEVERRI, Julián y SANTAELLA, Héctor (2015) «Estado actual del "dominio público" en el derecho colombiano», en López Ramón, F. y Vignolo Cueva, O. (coords.), *El dominio público en Europa y América Latina*, RIBP-CDA, Lima.
- PIMIENTO ECHEVERRI, Julián (2019): «El aprovechamiento económico de los bienes de uso público. Reflexiones con ocasión de la reciente unificación sobre la improcedencia del contrato de arrendamiento», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 22 (jun. 2019), 3-59. DOI:<https://doi.org/10.18601/21452946.n22.03>.
- RODRÍGUEZ, Libardo (2017): *Derecho Administrativo. General y Colombiano*, T. I, 20ª ed., Temis.
- SANTOS, Jorge (2016): «Naturaleza y formación de la concesión minera», Henao, Juan Carlos y Montoya, Miltón, *Minería y Desarrollo*, T. 1, U. Externado, pp. 59 a 86.
- SANTOS, Jorge (2010): *La cláusula de reversión en los contratos de concesión administrativa*, en J. Benavides Russi y J. Santofimio (Dir.), *X Jornadas de derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, pp. 465 y s.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1989): «Los derechos mineros como derechos reales administrativos», *Revista de Derecho Público*, V. 2, No. 115, Madrid, pp. 473 a 493.

VI. JURISPRUDENCIA

- Consejo de Estado francés, fallo del 15 de mayo de 1906, Chemins de fer d'Orléans.
- Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 24 de julio de 1990, Exp. 959.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de junio de 1998, Exp. 10217.

- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 5 de mayo de 1999, Exp.1190
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de diciembre de 2004, Exp. 27921.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, Exp. 14390.
- Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 14 de octubre de 2010, Exp. 50001-23-31-000-2005-00055-01.
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 18 de junio de 2014, Rad. 2154.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de enero de 2015, exp. 31612.
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación del 14 de agosto de 2018, Exp. AP-00157.
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 25 de septiembre de 2018, Rad. 2389.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 20 de noviembre de 2019, Exp. 41934

CONCESSÕES DOMINIAIS NO DIREITO PORTUGUÊS

ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

JOÃO MIRANDA

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO.– II. AS CONCESSÕES DOMINIAIS: UMA MANIFESTAÇÃO DA COMERCIALIZAÇÃO PÚBLICA DOS BENS DO DOMÍNIO PÚBLICO: 1. Tipologia: A) Concessão de uso privativo do domínio público. B) Concessão de exploração do domínio público. 2. Natureza jurídica: A) Quanto ao título. B) Quanto aos direitos emergentes da concessão. 3. Sujeitos das concessões dominiais. 4. Objeto das concessões dominiais.– III. MODALIDADES E REGIMES DAS CONCESSÕES DOMINIAIS: 1. Concessão de uso privativo do domínio público: A) Conteúdo dos direitos de uso privativo. B) Transmissão, oneração e extinção dos direitos. C) Concessões de uso privativo em especial. 2. Concessão de exploração de domínio público: A) Poderes do concessionário. B) As concessões de recursos geológicos e de infraestruturas, em especial. 3. Concessões dominiais mistas: A) O entrelaçamento com as concessões de obras públicas e de serviços públicos. 4. A aplicação do regime da contratação pública.– IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS.– V. BIBLIOGRAFIA.

RESUMEN: Este artículo aborda el tema de las concesiones deminiales en el derecho portugués, como instrumento para rentabilizar el dominio público y como expresión de la mercantilización del derecho público. Se identifican los tipos dominantes de concesiones —concesiones de uso privado y concesiones de explotación— y se discuten los aspectos más teóricos, en particular los relacionados con la naturaleza jurídica del título y los derechos que surgen para los concesionarios. También se abordan otros aspectos específicos de las concesiones de explotación: facultades del concesionario y regímenes específicos sobre el dominio público geológico y el dominio público infraestructural. En el caso de las concesiones de uso privativo, se analizan las cuestiones del contenido y la extinción de los derechos, así como sus modalidades. Se concluye por las ventajas de la utilización de las concesiones dominiales para la valoración del dominio público, sin perjuicio de que la Administración no pueda extraer una rentabilidad de los bienes dominiales que pueda poner en peligro su protección.

Palabras clave: comercialización de derecho público; dominio público; concesión; uso privado del dominio público; explotación del dominio público.

ABSTRACT: This article deals with the issue of land concessions in Portuguese law, as an instrument for making the public domain profitable and as an expression of the commercialisation of public law. It identifies the dominant types of concessions – private

use concessions and exploitation concessions – and discusses the more theoretical aspects, in particular those related to the legal nature of the title and the rights that arise for the concessionaires. Other aspects specific to exploitation concessions are also addressed: the concessionaire’s powers and specific regimes on the geological public domain and the infrastructural public domain. In the case of concessions for private use, the issues of content and termination of rights, as well as their modalities, are analysed. It is concluded that there are advantages in the use of concessions for the valuation of the public domain, without prejudice to the fact that the administration cannot extract a profit from the domain assets that could jeopardise their protection.

Key words: commercialisation of public law; public domain; concession; private use of the public domain; exploitation of the public domain.

I. INTRODUÇÃO

A temática das concessões dominiais representa um dos pontos fundamentais do regime jurídico do domínio público. Na verdade, a partir do momento em que o estatuto da dominialidade deixou de se orientar, em exclusivo, pela nota da proteção, abraçando, em tensão dialética, o imperativo da rentabilização, as concessões ressaltaram como instrumentos privilegiados desta última.

Num primeiro momento, debateremos os aspetos mais teóricos atinentes às concessões dominiais, com o propósito de identificarmos as posições dominantes na doutrina e/ou na legislação portuguesas. A partir da identificação dos tipos concessórios neste horizonte – as concessões de uso privativo e as concessões de exploração –, traçaremos os respetivos sujeito e objeto, sem negligenciarmos as questões mais controvertidas associadas à natureza jurídica do título e dos direitos emergentes para os concessionários.

Posteriormente, percorreremos alguns aspetos do regime das concessões dominiais, procurando, no caso das concessões de exploração, caracterizar os poderes do concessionário e analisar em particular as que incidem sobre bens do domínio público geológico e do domínio público infraestrutural. Passando para as concessões de uso privativo, serão abordados os temas do conteúdo e da extinção dos direitos, com um périplo final sobre modalidades de concessões de uso privativo. Não ficaremos por aqui, porque para abarcar realidades que são muito ricas, a Administração entrelaça as concessões dominiais com outras figuras de natureza concessória, dando azo a figuras mistas. O texto termina com algumas considerações de carácter geral.

II. AS CONCESSÕES DOMINIAIS: UMA MANIFESTAÇÃO DA COMERCIALIDADE PÚBLICA DOS BENS DO DOMÍNIO PÚBLICO

A possibilidade de outorga de concessões dominiais representa uma manifestação da comercialidade de direito público que caracteriza o regime jurídico

da dominialidade. Uma tal comercialidade encontra-se associada também à ideia de rentabilização suscetível de ser proporcionada pelos bens dominiais – como, aliás, o legislador vem reconhecendo nos tempos mais recentes, mesmo relativamente a imóveis que, *a priori*, poderiam revelar-se menos propensos a constituir objeto de concessões dominiais, como sucede com os bens integrados no domínio público militar [cf. a *Lei das infraestruturas militares*, em especial, artigos 1.º, 5.º, alínea d), 11.º e 12.º].

1. Tipologia

Tradicionalmente, e em total congruência com os sucessivos regimes aplicáveis, identificam-se dois tipos de concessões dominiais: a *concessão de uso privativo do domínio público* e a *concessão de exploração (ou gestão) do domínio público*.

A) Concessão de uso privativo do domínio público

De acordo com o artigo 28.º do *Regime Jurídico do Património Imobiliário Público* (RJPIP), a *concessão de uso privativo* destina-se a conferir ao concessionário (1), durante um determinado período e mediante o pagamento de taxa, poderes exclusivos de fruição dos bens do domínio público. Nas palavras do Supremo Tribunal Administrativo (2), o direito de uso privativo constitui um direito de aproveitamento ou utilização do domínio público atribuído a pessoa determinada mediante ato ou contrato administrativo.

Típica da concessão de uso privativo é a atribuição ao concessionário de um direito constituído *intuitu personæ* e (em regra) onerosamente (*i. e.*, sujeito ao pagamento de uma taxa), a partir do direito de propriedade pública a favor de uma entidade diferente do seu titular (pública ou privada), que, relativamente à parcela dominial, passa a gozar de uma posição jurídica exclusiva, temporalmente limitada, marcada por uma dicotomia entre estabilidade e precariedade, e que lhe permite aproveitar certas utilidades da coisa (as individualizadas no título) para a satisfação dos seus interesses.

B) Concessão de exploração do domínio público

Nos termos do artigo 30.º do RJPIP, este contrato destina-se a transferir para os particulares, durante um determinado período temporal e mediante

(1) O artigo 28.º refere-se a «particulares», mas, como salientaremos, as concessões de uso privativo podem ser celebradas entre dois entes públicos.

(2) Acórdão do STA de 22.10.1996, P. 39207.

o pagamento de uma taxa, poderes de gestão e de exploração de bens do domínio público. Assim, sempre que um particular detiver a gestão de um bem dominial ocupa, na relação com este último, a posição anteriormente exercida pela Administração: o concessionário atua «em nome e em lugar da Administração pública, nos termos com esta pactuados e sob a sua fiscalização» (3). A concessão da exploração do domínio público atribui, assim, ao particular o direito de exercer a atividade (até então na titularidade da Administração) de gerir os bens do domínio público, onde se inclui o exercício do poder de autotutela (4). Todavia, ao concessionário já não se encontrem atribuídos os poderes que contendam com qualquer modificação (objetiva e/ou subjetiva) do estatuto da coisa (onde se incluem, *v. g.*, os poderes de desafetação, de alteração da afetação ou de transferência da titularidade/mutação dominial).

Quer dizer, encontrando-se a gestão de um bem dominial confiada a um particular, este exerce os poderes públicos inerentes àquela atividade (5) (exerce a administração do domínio público), entre os quais se inclui, por exemplo, a decisão acerca da atribuição dos direitos de uso privativo. Sem embargo das especificidades resultantes das cláusulas do título atributivo, em regra, aos concessionários de exploração apenas não estão confiados os poderes, que, incluídos no conteúdo do direito de propriedade pública, se destinem a alterar a situação jurídica dos bens.

2. Natureza jurídica

O problema da natureza jurídica das concessões dominiais emerge em dois planos distintos: por um lado, impõe-se avaliar qual a forma de ação administrativa que aquelas revestem e respetivos efeitos típicos; por outro lado, urge aquilatar qual a qualificação a atribuir aos direitos emergentes das concessões.

A) Quanto ao título

No direito português, a natureza jurídica do título pelo qual se outorgam as concessões dominiais revela-se relativamente pacífica, podendo aquelas revestir a forma de ato ou contrato (administrativos). Mais controvertida, sobretudo por ilustrar um afastamento entre a conceptologia dogmático-jurídico e

(3) M. CAETANO, 1961: p. 96.

(4) M. CAETANO, 1999: pp. 948 e s.; F. AMARAL, 1965: pp. 15 e s.; P. GONÇALVES, 1999: pp. 93 e s...

(5) No mesmo sentido, expressamente, M. CAETANO, 1961: p. 97; F. AMARAL, 1965: pp. 15 e s. (que qualifica a concessão de exploração como um modo de gestão do domínio público: gestão indireta).

a terminologia legislativa, se releva a caracterização dos efeitos jurídicos de uma das concessões dominiais (a concessão de uso privativo), bem como a sua ineliminável conexão a um *nomen iuris*.

Quanto ao primeiro ponto, e considerando que, em termos histórico-jurídicos, as concessões dominiais (em especial, as concessões de uso privativo do domínio público) assumiam a forma de ato administrativo, importa eliminar quaisquer dúvidas sobre a possibilidade de a exploração ou a utilização privativa do domínio público serem outorgadas por contrato administrativo.

Repare-se, aliás, que, atualmente, e adotando uma perspetiva mais ampla, a primeira parte da alínea c) do n.º 1 do artigo 280.º do *Código dos Contratos Públicos* (CCP) qualifica como contratos administrativos aqueles que «confirmam ao cocontratante direitos especiais sobre coisas públicas», erigindo, pois, a natureza pública do objeto mediato do contrato como fator de administratividade do mesmo (6). Ou, se preferirmos, considera, em geral, como contratos administrativos aqueles que têm um objeto público (critério do carácter público do objeto) – o que permite incluir na categoria não só os contratos que, efetivamente, atribuem ao cocontratante «direitos especiais sobre o domínio público» (o que levaria a incluir apenas as concessões de uso privativo e as concessões de exploração), mas também todos os contratos que, mesmo na ausência de qualificação legal, tenham por objeto bens do domínio público. Repare-se ainda que, embora do CCP não conste um regime especialmente dedicado às concessões dominiais, o artigo 408.º sujeita, a título subsidiário, a concessão de exploração do domínio público às disposições gerais aplicáveis às concessões de obras públicas e serviços públicos.

Importa agora deter-nos sobre os efeitos jurídicos das concessões dominiais, em especial, da concessão de uso privativo do domínio público. Na verdade, não persistem dúvidas de que a atribuição a um terceiro, distinto do titular dominial, de poderes de gestão ou exploração sobre uma parcela do domínio público se qualifica como concessão. Maiores dificuldades vem enfrentando a defesa da mesma qualificação relativamente às concessões de uso privativo.

O ponto de partida a adotar neste contexto consiste em compreender que o direito de uso privativo não existe na esfera do particular antes da sua atribuição pela Administração: através da outorga de um título jurídico-público, a entidade administrativa titular do bem dominial (ou, na sua vez, a entidade que detém a respetiva gestão) cria *ex novo* na esfera jurídica do particular o direito de aproveitar, de forma exclusiva, as utilidades proporcionadas por

(6) A expressão «coisas públicas» constante da norma em análise deve ser interpretada em sentido estrito, de molde a compreender tão-só as coisas submetidas ao estatuto da domialidade, já que apenas estas se encontram subordinadas a um regime jurídico-administrativo.

um bem público, em vista da prossecução de um determinado fim (com maior ou menor densificação dos restantes poderes que lhe cabem). Esta asserção detém uma importância decisiva quando pretendemos refletir sobre a natureza jurídica do título do qual emergem estes poderes do particular, em termos de averiguar se o mesmo reveste a natureza de autorização(-licença) ou de concessão. Trata-se de questão não despicienda, visto que a legislação e a doutrina se vêm referindo à dualidade de títulos constitutivos do uso privativo do domínio público, reservando a noção de concessão para as hipóteses em que o mesmo é atribuído mediante contrato administrativo, ficando o particular detentor de uma posição jurídica dotada de maior estabilidade, e empregando a de licença quando pretendem identificar o título com um ato administrativo, que implica para o particular uma posição precária (7).

Não deveremos, todavia, pôr em causa a natureza concessória deste título (8). Com efeito, a concessão pressupõe justamente a favor do particular a constituição *ex novo* de direitos que derivam de uma posição da Administração, ficando a esfera jurídica desta última diminuída em virtude desse facto (9). Ora, também no âmbito específico que nos ocupa, antes da manifestação da vontade da entidade administrativa, não existe na esfera jurídica do particular um qualquer direito à utilização privativa do bem dominial (em princípio, constituem objeto deste tipo de concessões bens dominiais susceptíveis de uso comum e cuja dominialidade pressupõe justamente tal característica), sendo este direito derivado do direito de propriedade pública que a Administração detém sobre aquela coisa em concreto (10).

O erro dogmático do legislador – até determinado momento, praticamente inofensivo – assumiu, entretanto, uma relevância acutilante (11). O Decreto-Lei

(7) Na doutrina, v., v. g., F. AMARAL & J. P. FERNANDES, 1978: pp. 183 e ss.

Uma tendência contrária parecia ser inaugurada pelo RJPIP, cujos artigos 28.º e 29.º aludiam apenas a concessão, outorgada por ato ou contrato, apesar da referência a «licença e concessão» constante do artigo 27.º.

(8) Cf. também A. R. MONIZ, 2005: pp. 467 e ss.; A. R. MONIZ, 2009; A. R. MONIZ, 2011, pp. 167 e ss. V. ainda A. G. MARTINS, 2017a: pp. 162 e ss., A. G. MARTINS, 2017b: p. 171.

(9) Sobre a noção de concessão, cf. R. SOARES, 1978: pp. 107 e ss.; F. AMARAL, 2016: pp. 237 e ss.; P. GONÇALVES, 1999: pp. 49 e ss.

(10) No mesmo sentido, v. A. QUEIRÓ, 1959: pp. 26 e s.; R. SOARES, 1978: pp. 108 e 110.

Em sentido contrário, M. GUEDES, 1954: pp. 541 e s., M. GUEDES, 1990: pp. 158 e s.. Repare-se que Freitas do Amaral, embora reconheça que o particular não detém o direito de ocupar privativamente uma parcela dominial antes da outorga do respetivo título pela Administração – título esse que, nessa medida, assume carácter constitutivo –, não deixa de fazer referência à possibilidade de o uso privativo ser atribuído por licença (F. AMARAL, 1965: pp. 207 e 170 respetivamente, não ligando, porém, as concessões unicamente a contratos administrativos e admitindo, por isso, títulos unilaterais de concessão).

(11) Cf., já, A. R. MONIZ, 2011: pp. 169 e ss.

n.º 48/2011, de 1 de abril (12), procurando responder aos imperativos de simplificação administrativa, veio substituir um conjunto de atos permissivos por uma comunicação prévia. Nos termos da alínea *b)* do n.º 2 do citado diploma, «é simplificado o regime da ocupação do espaço público, substituindo-se o licenciamento por uma mera comunicação prévia para determinados fins habitualmente conexos com estabelecimentos de restauração ou de bebidas, de comércio de bens, de prestação de serviços ou de armazenagem». Se compulsarmos o artigo 10.º – preceito que esclarece quais as finalidades do uso privativo do domínio público autárquico (13) –, verificamos que reveste pouco significado a perturbação do uso público que tais utilizações comportam. Esta ideia constituiria, pois, um arrimo determinante para a simplificação dos procedimentos concessórios, mas nunca para a substituição da prática de um ato administrativo de concessão por uma comunicação prévia. Recorde-se que este último procedimento se encontra reservado para as hipóteses em que a atividade *privada* de um *particular* está condicionada ao exercício de uma competência de *controlo* pela Administração (14); tal apenas se revela possível quando a atividade desenvolvida pelos cidadãos corresponde ao exercício de um direito pré-existente na sua esfera jurídica e que, por razões de interesse público, o legislador sujeitava a uma apreciação administrativa prévia. O direito de uso privativo de um bem dominial não existe na esfera do particular enquanto o titular do bem (ou a entidade responsável pela respetiva gestão) não decidir atribuir-lho. Por este motivo, e em rigor, a simples comunicação à autarquia da utilização do domínio público nos termos do Decreto-Lei n.º 48/2011, não faz nascer na esfera jurídica do particular qualquer direito.

A questão assume contornos ainda mais complexos se atentarmos o artigo 12.º estabelece uma dicotomia no interior do procedimento de comunicação, destringendo entre a *mera comunicação prévia* e a *comunicação prévia com prazo*, consoante a utilização privativa corresponda ou não aos critérios previstos no n.º 1 do mesmo preceito. A mera comunicação prévia consiste na «declaração que permite ao interessado proceder imediatamente à ocupação do espaço público, após o pagamento das taxas devidas» (artigo 12.º, n.º 2) – a implicar que estamos diante de um *controlo público preventivo sem*

(12) Alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 141/2012, de 11 de julho, e 10/2015, de 10 de janeiro.

(13) Estão aqui incluídas as utilizações destinadas a instalação de toldo e respetiva sanefa; instalação de esplanada aberta; instalação de estrado e guarda-ventos; instalação de vitrina e expositor; instalação de suporte publicitário, nos casos em que é dispensado o licenciamento da afixação ou da inscrição de mensagens publicitárias de natureza comercial; instalação de arcas e máquinas de gelados; instalação de brinquedos mecânicos e equipamentos similares; instalação de floreira; instalação de contentor para resíduos.

(14) Em geral, sobre os procedimentos de comunicação prévia, cf. P. GONÇALVES, 2008: pp. 14 e ss., P. GONÇALVES, 2009: pp. 79 e ss.

decisão administrativa habilitadora ou permissiva (15). Por sua vez, de acordo com o n.º 5 do artigo 12.º, o procedimento de comunicação prévia com prazo determina que, à declaração do interessado, se siga uma decisão administrativa expressa (o «despacho de deferimento do presidente da câmara municipal») ou o decurso do prazo fixado, ao qual o legislador faz equivaler o deferimento: eis o que parece resultar da referência conjugada aos efeitos da mera comunicação prévia e ao deferimento da comunicação prévia com prazo no n.º 8, que «dispensam a prática de quaisquer outros atos *permissivos* (!) relativamente à ocupação do espaço público, designadamente a necessidade de proceder a licenciamento ou à *celebração de contrato de concessão*» (itálico nosso).

B) Quanto aos direitos emergentes da concessão

Igualmente complexo e controvertido se revela o problema da natureza jurídica dos direitos emergentes das concessões dominiais. Tradicionalmente esta questão surge colocada sob dois pontos de vista: *primo*, impõe-se determinar se o direito do concessionário reveste natureza pública ou privada; *secundo*, e porque nos deparamos com uma posição jurídica exclusiva que tem por objeto uma coisa, urge averiguar se estamos ou não em face de um direito real (menor).

Relativamente à natureza pública ou privada deste, entendemos que o mesmo consubstancia um direito (subjeto) público (16) (embora reconheçamos que se não trata de posição unânime na doutrina (17)). Efetivamente, tal conclusão decorre, desde logo, do facto de incidir sobre um objeto cuja disciplina se encontra integralmente conformada pelo Direito Administrativo, em total consonância com uma das ideias fundamentais que pautam o regime da dominialidade – o princípio da *comercialidade de direito público* e da *extracomercialidade de direito privado* –, do qual decorre a impossibilidade de sobre os bens dominiais incidirem direitos privados (cf. artigo 202.º, n.º 2, do Código Civil).

Já a reflexão sobre o carácter real ou obrigacional do direito de uso privativo postula uma análise mais detida. A distinção entre estes dois tipos de

(15) Sobre esta classificação, cf., entre nós, P. GONÇALVES, 2009: p. 81, por contraposição ao *controlo público preventivo com decisão administrativa fictícia*.

(16) No mesmo sentido, F. AMARAL, 1965: pp. 256 e ss.

(17) Em sentido diverso, cf. A. QUEIRÓ, 1959: pp. 34 e ss., entendendo que o direito de uso privativo assume natureza privada, em plena congruência com a sua posição nos termos da qual a parcela dominial objeto de uma concessão deste tipo perde, por esse facto, o seu carácter público durante o período em que aquele título vigorar.

No contexto da defesa de uma unidade do direito subjeto, cf. ainda a posição diversa de B. RAMOS (2021): pp. 518 e ss.

direitos patrimoniais (especialmente importante quando os direitos de crédito têm por objeto uma prestação de coisa) (18) costuma ser efetuada mediante o recurso à acentuação da eficácia absoluta (*erga omnes*) dos direitos reais – por contraposição à eficácia relativa dos direitos de crédito –, eficácia absoluta essa que constitui fundamento do direito de preferência ou prevalência e do direito de seqüela: o titular de um direito real pode perseguir a coisa onde quer que a mesma se encontre e faz prevalecer o seu direito sobre outro constituído posteriormente e que com ele seja inconciliável (*prior in tempore, potior in iure*) (19). Por sua vez, os direitos de crédito caracterizam-se pelo facto de, mesmo quando admitem a utilização de uma coisa, tal utilização ser sempre indireta, por pressupor a colaboração de outro sujeito – o devedor (20).

À luz de um primeiro entendimento, maioritário na doutrina portuguesa, a análise da posição jurídica do concessionário de uso privativo permite concluir indubitavelmente que a mesma lhe atribui um *poder direto e imediato* (um poder material) sobre a parcela dominial especificada no título jurídico-administrativo. Esta afirmação não implica necessariamente a presença de um direito real: como a doutrina vem sublinhando, não só porque há direitos reais que prescindem da existência desse poder (v. g., as servidões negativas) e outros relativamente aos quais esse poder se não afigura determinante para a satisfação do seu direito, como também há direitos não reais (direitos de crédito) que atribuem um poder direto e imediato sobre uma coisa ao seu titular (21). Ora, parece ser justamente este último o caso do direito de uso privativo, o qual, entre nós, aparece então configurado como um *direito pessoal de gozo público* (22). Não obstante o interesse do titular apenas ficar satisfeito com uma atuação sobre a coisa e não como resultado do cumprimento de uma prestação, não se pode olvidar que, em termos de *fonte* ou *fundamento* (23), o poder direto e imediato provém da obrigação assumida pela Administração

(18) V, por todos, O. CARVALHO, 2021: pp. 19 e ss., 107 e ss.

(19) Cf. H. MESQUITA, 1997: pp. 63 e 66; M. PINTO, 1971: pp. 43 e ss. V. também O. ASCENSÃO, 1978: pp. 92 e ss.

(20) Cf. O. CARVALHO, 2021: pp. 19 e s..

(21) Seguimos aqui de perto H. MESQUITA, 1997: p. 48, n. 17.

(22) Trata-se da posição perfilhada por A. R. MONIZ, 2005: pp. 476 e ss., A. R. MONIZ, 2009, pp. 361 e ss. e A. R. MONIZ, 2011: p. 176, n. 466, também adotada por A. CORREIA, 2005: pp. 112 e ss.

A recusa da natureza real do direito de uso privativo é também sustentada, embora com argumentos distintos, e sem fazer referência à categoria dos direitos pessoais de gozo, por F. AMARAL, 1965: pp. 270 e ss.; M. CAETANO, 1999: pp. 946 e ss.

(23) Apelando a este critério para distinguir entre direitos reais e direitos pessoais de gozo, cf. H. MESQUITA, 1997: pp. 73 e s., com todas as consequências práticas que o mesmo também importa sempre que, numa situação concreta, surja um conflito entre um direito pessoal de gozo e um direito real constituídos sobre a mesma parcela.

de colocar a parcela dominial em causa à disposição do concessionário. Daí que, antes da entrega do bem dominial ao particular, não se encontra ao seu dispor qualquer mecanismo semelhante a uma ação de reivindicação: nesta hipótese, o concessionário apenas pode exigir à entidade competente o cumprimento da sua obrigação à entrega da coisa.

Por outro lado, a admissibilidade de o concessionário poder recorrer aos tribunais administrativos para defesa da sua posição perante terceiros na ausência de uma atuação administrativa ou perante comportamentos da própria Administração não exige necessariamente a opção pela natureza real de tal posição. Efetivamente, situação idêntica se vive no âmbito do direito privado, onde se admite, *v. g.*, que o locatário (24), quando privado da coisa ou perturbado no exercício dos seus direitos pode usar contra o locador ou contra terceiros dos meios facultados ao possuidor nos artigos 1276.º e seguintes (25).

Com base em entendimento diverso, reconhece-se a natureza de direito real administrativo por via da ênfase colocada na oponibilidade *erga omnes* dos poderes que o titular exerce sobre a coisa, desde que respeitada a afetação, e conferindo-lhe um espaço de atuação próprio, donde decorreria o carácter absoluto do respetivo direito (26).

3. Sujeitos das concessões dominiais

Consubstanciando as concessões dominiais um mecanismo de rentabilização de bens do domínio público, não se revelará surpreendente que, pelo menos, um dos sujeitos envolvidos seja uma entidade pública ou, no mínimo, uma entidade privada com poderes públicos de autoridade. Esta afirmação não prescinde de duas observações complementares: por um lado, decorre da mesma que a entidade concedente não se identificará *necessariamente*, em todas as concessões dominiais, com o proprietário público; por outro lado, nem sempre o concessionário será um particular.

Assim, e no que tange ao primeiro ponto a analisar, cumpre sublinhar que integram os poderes do proprietário público (ou, se preferirmos, do titular

(24) Defendendo o carácter obrigacional do direito do arrendatário, *v.*, por todos, H. MESQUITA, 1997: pp. 131 e ss.

(25) Cf., de conteúdo idêntico, artigos 1133.º, n.º 2 (privação ou perturbação dos direitos do comodatário), e 1188.º, n.º 2 (privação ou perturbação dos direitos do depositário). Repare-se que, em qualquer destas situações configura uma hipótese de simples detenção e não de posse (por falta de *animus possidendi*) – cf. artigo 1253.º, alínea c).

(26) Corresponde à posição sustentada na doutrina por F. VITAL, 1923-1925: p. 303 e, seguindo este Autor, L. DIAS, 1963: pp. 363 e ss., que compreendem os direitos emergentes de concessões de uso privativo em cemitérios como direitos reais administrativos. Mais recentemente, assume esta posição também para quaisquer direitos de uso privativo J. MIRANDA, 2021, pp. 159-160.

dominial) as faculdades inerentes à gestão (a envolver a administração e a autotutela) dos bens dominiais, nessa medida competendo-lhes a decisão sobre a outorga das concessões dominiais. Simplesmente, enquanto a concessão de exploração do domínio público, pois que transfere para o concessionário os poderes de gestão dominial, implica sempre a intervenção do proprietário público (ou titular dominial), o mesmo não sucede na concessão de uso privativo. Efetivamente, nas hipóteses em que, por decorrência da lei ou por contrato administrativo (27), a gestão do bem se encontra devolvida a um terceiro (entidade pública ou privada), compete a este último a outorga dos usos privativos – em perfeita coerência com o que acabámos de referir: a delegação dos poderes de gestão incluídos no direito de propriedade pública (operada pela lei ou por contrato administrativo) a favor do gestor compreende a faculdade de decidir da possibilidade de terceiros utilizarem parcelas dominiais para a prossecução dos seus fins, sem prejuízo para o interesse público geral e, sobretudo, para o interesse público específico prosseguido pela destinação pública do bem.

Relativamente à segunda questão, se, em regra, as concessões dominiais são outorgadas pela Administração a particulares, encontra-se, todavia, aberta a possibilidade de ocorrer a celebração de *concessões dominiais a favor de entidades públicas*.

Assim, embora o n.º 1 do artigo 30.º do RJPIP aluda apenas à celebração de concessões de exploração com o intuito de transferir para *particulares* os poderes de gestão do domínio público, não parece de excluir a possibilidade da existência de concessões de exploração entre o titular dominial e outra entidade pública, com o objetivo de cometer a esta a administração de um bem público. Repare-se que nos deparamos frequentemente com situações de devolução de poderes dos proprietários públicos a favor de outras pessoas coletivas públicas, como sucede paradigmaticamente em relação aos bens do domínio público estadual, cuja gestão se encontra devolvida a entes da Administração indirecta, *maxime* a institutos públicos. Acontece, porém, que a atribuição dos poderes de gestão tem sido efetuada por decreto-lei (*rectius*, pelo decreto-lei que cria o instituto público) e não por contrato (28).

(27) Em regra, tal contrato consubstanciará uma concessão de exploração, independentemente de esta última se encontrar associada, v. g., a uma concessão de serviços públicos ou de obras públicas. De acordo com a alínea c) do n.º 2 artigo 408.º do CCP (subsidiariamente aplicável à concessão de exploração do domínio público, ex vi artigo 409.º), os concessionários detêm o poder de conceder, nos termos da legislação relativa à utilização do domínio público, a ocupação dos terrenos, edificações e outras infraestruturas que lhe estejam afetas. Atente-se, porém, em que o n.º 2 do artigo 30.º do RJPIP exige que, conferindo a concessão de exploração ao concessionário o poder de outorgar a terceiros o uso privativo do domínio público, deve incluir as principais cláusulas que estipulem os termos dessa utilização.

(28) Por exemplo, ao *Instituto da Mobilidade e dos Transportes, I. P.* (IMT) encontra-se cometida, nos termos do n.º 1 do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 236/2012, de 31 de

Situação mais clara se verifica no âmbito das concessões de uso privativo – ainda que, à partida, se compreenda a situação de estranheza que tal facto poderá suscitar, pois que, em rigor, a parcela dominial concedida não servirá um fim particular (um uso *privado*), mas prosseguirá ainda um interesse público (não correspondente, porém, ao exercício da função que determinou a respetiva sujeição ao domínio público) (29). Integrará, por exemplo, esta hipótese a utilização privativa de uma via pública pelo Ministério da Saúde para aí estabelecer um quiosque destinado à divulgação de prospetos com medidas de prevenção e combate à COVID-19. Aliás, esta possibilidade encontra-se hoje expressamente contemplada pelo legislador em certos sectores: assim o n.º 3 do artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 276/2003 refere-se a concessão de uso privativo do domínio público ferroviário a favor de entidade pública.

Embora similar, a situação em que o ente público se encontra não é idêntica à que emerge da concessão de uso privativo outorgada a um particular. Com efeito, a diferença subjetiva importa algumas consequências. Tal justifica que, por exemplo, estando em causa um contrato administrativo, quer relativamente ao procedimento pré-contratual, quer relativamente à formação e execução do contrato, a concessão de uso privativo a favor de entidades públicas seja disciplinada por normas diversas (30).

Por outro lado, e agora na perspetiva da utilização dos bens pela Administração, a pessoa coletiva pública concessionária vai utilizar, durante um certo lapso temporal, o bem dominial para a prossecução de tarefas incluídas nas

outubro, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 44/2014, de 20 de março, 79/2016, de 26 de novembro, 138/2017, de 10 de novembro, 90/2018, de 9 de novembro, 31/2019, de 1 de março, 169-B/2019, de 3 de dezembro, e 32/2022, de 9 de maio) a gestão dos bens do domínio público situados dentro da sua área de jurisdição portuária, designadamente os terrenos afetos a atividades ligadas à navegação, cais, docas, obras de acostagem e outras obras marítimas, rampas e varadouros, bem como os terraplenos anexos e respetivos acessos às vias nacionais ou municipais.

(29) Repare-se que, em termos sistemáticos, o RJPIP disciplina a concessão de utilização privativa na Secção III, dedicada à utilização por *particulares*. Apesar da distinção (que deve persistir) entre as concessões de uso privativo a favor de entidades públicas e as cedências de utilização (nos termos do artigo 23.º do RJPIP, também a favor de entidades públicas), não fica claro que o legislador histórico do RJPIP haja tido a perceção da diferença ou se, pelo contrário, procurou estabelecer, no que à utilização de bens dominiais pela Administração concerne, um instituto correspondente à concessão de uso privativo como forma de utilização de bens dominiais por particulares.

(30) Neste sentido, o citado n.º 3 do artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 276/2003 estabelece uma disciplina para este tipo de concessões diversa da aplicável às concessões de uso privativo a particulares: não imposição da seleção da entidade concessionária por um dos procedimentos pré-contratuais previstos na legislação sobre contratação pública relativa à locação e aquisição de bens e serviços e não submissão da formação e execução do contrato à mesma legislação.

suas atribuições e, nessa medida, para a satisfação de necessidades ordinárias. Neste sentido, o bem continua a desempenhar uma função de interesse público; simplesmente, esse desempenho não corresponde ao exercício de qualquer função que o legislador haja tido em vista para a qualificação de certo tipo de bens como dominiais.

4. Objeto das concessões dominiais

Afirmar que as concessões dominiais têm por objeto (mediato) bens do domínio público pode parecer quase pleonástico, mas a consideração impõe-se por diversos motivos.

Em primeiro lugar, a identificação dos bens sujeitos ao estatuto da dominialidade nem sempre se revela tarefa fácil, atenta a dispersão legislativa que se verifica nesta matéria. Com efeito, recusando a identificação dos bens dominiais através do recurso ao método de cláusula geral (ou método conceptual) como o da afetação ao uso público ou afetação à utilidade pública, o nosso sistema jurídico optou pelo método enumerativo. Assim, desde 1989, estabelece a alínea *f*) do n.º 1 do artigo 84.º da Constituição que pertencem ao domínio público, para além dos mencionados nas alíneas anteriores, outros bens como tal classificados (explícita ou implicitamente – *hoc sensu*, por referência à delimitação do respetivo regime jurídico) por lei e, na sequência da norma constitucional, dispõe o artigo 14.º do RJPIP que «os imóveis do domínio público são os classificados pela Constituição ou por lei, individualmente ou mediante a identificação por tipos». Destarte, a perceção de quais os bens sobre que incidem as concessões em causa pressupõe que se compulse a diversa legislação sobre a matéria, o que tornará possível identificar:

- i) domínio público hídrico [artigo 84.º, n.º 1, alínea *a*), da Constituição; artigos 3.º a 8.º da *Lei da titularidade dos recursos hídricos* (31); artigo 4.º, alíneas *a*), *b*) e *c*), do Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de outubro, que cria o inventário geral do património do Estado];
- ii) domínio público aéreo [artigo 84.º, n.º 1, alínea *b*), da Constituição; artigo 4.º, alínea *f*), do Decreto-Lei n.º 477/80];
- iii) domínio público radioelétrico [artigo 14.º da *Lei das Comunicações Eletrónicas* (32)];

(31) Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, alterada pelas Leis n.ºs 78/2013, de 21 de novembro, 34/2014, de 19 de junho, e 31/2016, de 23 de agosto.

(32) Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, alterada pelo Decreto-Lei n.º 176/2007, de 8 de maio, pela Lei n.º 35/2008, de 28 de julho, pelos Decretos-Leis n.ºs 123/2009, de 21 de maio, e 258/2009, de 25 de setembro, pelas Leis n.ºs 46/2011, de 24 de junho, 51/2011, de 13 de setembro, 10/2013, de 28 de janeiro, e 42/2013, de 3 de julho, pelo Decreto-Lei

- iv) domínio público geológico [artigo 5.º da *Lei de Bases dos Recursos Geológicos* (33); artigos 1.º e 4.º do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril (34); artigo 4.º, alínea *g*), do Decreto-Lei n.º 477/80];
- v) domínio público rodoviário [artigo 84.º, n.º 1, alínea *d*), da Constituição; artigo 4.º, alínea *h*), do Decreto-Lei n.º 477/80; artigos 26.º e seguintes do *Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional* (35)];
- vi) domínio público portuário [artigo 4.º, alínea *e*), 1.º parte, do Decreto-Lei n.º 477/80];
- vii) domínio público ferroviário [artigo 84.º, n.º 1, alínea *e*), da Constituição; artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 276/2003, de 4 de novembro (36); artigo 4.º, alínea *h*), do Decreto-Lei n.º 477/80];
- viii) domínio público aeroportuário [artigo 4.º, alínea *e*), 2.ª parte, do Decreto-Lei n.º 477/80];
- ix) domínio público militar [artigo 4.º, alíneas *i*) e *j*), do Decreto-Lei n.º 477/80];
- x) domínio público cultural [artigo 4.º, alínea *m*), do Decreto-Lei n.º 477/80, associado ao regime dos bens de interesse nacional constante da *Lei de Bases do Património Cultural* (37)];
- xi) cemitérios (cuja dominialização não decorre de uma disposição explícita, mas do regime jurídico com que o ordenamento os dotou, *v. g.*, submetendo ao regime da concessão a outorga aos particulares de direitos sobre determinadas parcelas dos cemitérios – jazigos e sepulturas perpétuas) (38).

Resta, porém, apreciar se todos os bens públicos se revelam suscetíveis de constituir objeto de concessões dominiais. Envolvendo a concessão de exploração, como veremos, a transferência ou delegação dos poderes (de administração) do proprietário público para o concessionário (que, nessa medida, fica, relativamente à gestão da coisa, na posição da entidade pública titular

n.º 35/2014, de 7 de março, pelas Leis n.ºs 82-B/2014, de 31 de dezembro, 127/2015, de 03 de setembro, 15/2016, de 17 de junho, e pelos Decretos-Leis n.ºs 92/2017, de 31 de julho e 49/2020, de 4 de agosto.

(33) Lei n.º 54/2015, de 22 de junho.

(34) Alterado pela Lei n.º 82/2017, de 18 de agosto.

(35) Aprovado pela Lei n.º 34/2015, de 27 de abril, e alterado pela Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro.

(36) Alterado pelo Decreto-Lei n.º 29-A/2011, de 1 de março.

(37) Lei n.º 107/2001, de 8 de setembro, alterada pela Lei n.º 36/2021, de 14 de junho.

(38) Para uma identificação mais aprofundada dos bens do domínio público, *v. A. R. MONIZ*, 2005: pp. 167 e ss.; *A. R. MONIZ*, 2011: pp. 35 e ss.

dominial), não existem obstáculos jurídicos a que qualquer bem público possa ser administrado ou gerido por uma entidade diversa do respetivo titular.

O mesmo não se verifica, porém, relativamente à concessão de uso privativo. Pelo contrário, configurando uma forma de proporcionar ao concessionário a fruição do domínio público para a prossecução dos seus interesses (sem prejuízo da destinação da coisa), apenas os bens suscetíveis de utilização pelos particulares constituirão o seu objeto – o que, em regra, significa que estarão, sobretudo, em causa bens cuja decisão (constitucional ou legislativa) de dominialização tenha ocorrido em função do critério do uso público.

III. MODALIDADES E REGIMES DAS CONCESSÕES DOMINIAIS

As concessões dominiais envolvem uma utilização do domínio público pelos particulares, que, como vimos, tanto podem envolver a exploração do domínio como um uso privativo. Efetuado o recorte conceptual, iremos proceder de seguida à apresentação dos traços principais do respetivo regime geral, sem prejuízo de algumas incursões em regimes especiais. Naturalmente, sem esgotar a panóplia de problemas que se podem suscitar a propósito da aplicação da técnica concessória aos bens dominiais, mas procurando ilustrar com algumas questões que têm merecido a atenção da doutrina ou da jurisprudência, ou que têm maior relevância prática.

1. Concessão de uso privativo do domínio público

A) Conteúdo dos direitos de uso privativo

O conteúdo dos direitos de uso privativo traduz-se na atribuição ao respetivo titular de poderes exclusivos de fruição do bem por um determinado período de tempo, que constituem meras faculdades de gozo, sem poderes de administração e gestão, que se mantêm no concedente.

A existência de poderes exclusivos do titular do uso privativo determina para a Administração a obrigação de evitar que terceiros interfiram ou prejudiquem a fruição do bem. Isto porque se forma uma relação jurídica administrativa entre a Administração concedente e o titular do uso privativo, sendo reconhecido a este o direito de exigir os comportamentos necessários à garantia dos direitos conferidos pelo título.

Mais concretamente, resultam para a Administração diversos deveres: i) entrega do bem objeto da concessão; ii) abstenção de quaisquer atuações materiais ou jurídicas que afetem a fruição do concessionário; iii) proteção face a terceiros; iv) indemnização por responsabilidade civil (39).

(39) Cf. A.R. MONIZ, 2011: pp. 179 e ss.

Ainda a propósito do conteúdo do uso privativo, importa assinalar que se trata de um direito de aproveitamento pessoal e direto, em regra, das utilizações identificadas no título, para desenvolvimento de atividades privadas, ainda que, à luz das novas tendências dos bens dominiais, estas indiretamente possam contribuir para a respetiva rentabilização.

Mas, como já foi assinalado pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, o titular do direito de uso privativo encontra-se submetido ao princípio da relatividade do objeto da concessão, que «é corolário do princípio da competência, que é de ordem pública, de sorte que o órgão adjudicatário invadiria os poderes e atribuições alheios, caso atribísse a concessão sem reserva do cumprimento de prescrições legais e regulamentares cujo controlo é incumbido a outros órgãos, porventura de outras pessoas coletivas públicas» (40).

B) Transmissão, oneração e extinção dos direitos

A transmissibilidade do direito é uma decorrência do caráter patrimonial do ato jurídico – ato ou contrato – que o confere. E sobre o uso podem ser constituídos direitos reais de garantia (artigo 28.º, n.º 3, do RJPIP). De acordo com a lei, a concessão em bens do domínio público e das suas transmissões encontra-se submetida a registo obrigatório, sempre que sobre o direito concedido se pretender registar hipoteca [cf. artigo 2.º, n.º 1, alínea x) do Código do Registo Predial e artigo 688.º, n.º 1, alínea d) do Código Civil].

Considerando a natureza *intuitu personae* das concessões dominiais, qualquer transmissão entre vivos do direito encontra-se submetida a autorização do concedente, sob pena de nulidade do ato aí previsto (artigo 28.º, n.ºs 3 e 4, do RJPIP).

Por sua vez, a extinção do direito de uso privativo pode ocorrer pelas seguintes causas: i) decurso do prazo; ii) ocorrência, de forma antecipada, de facto imputável ao concedente, devido à existência de razões de conveniência administrativa ou de razões de interesse público.

Sendo o direito de uso privativo atribuído para um determinado período de tempo, o que é um sinal da respetiva precariedade, findo o prazo fixado no título, ocorre a caducidade do direito. Nestas situações, à luz do n.º 3 do artigo 29.º do RJPIP, o concessionário não tem direito a qualquer indemnização.

Diversamente, caso seja imputável ao concedente a extinção da concessão de uso privativo, por via de revogação da licença por razões de conveniência administrativa ou de resolução do contrato de concessão com fundamento em interesse público, o concessionário tem «direito a uma indemnização pelas perdas

(40) Cf. Parecer n.º 12/2016, de 6 de junho, publicado no *Diário da República*, 2.º série, n.º 3, de 4 de janeiro de 2017.

e danos sofridos correspondentes às despesas que ainda não estejam amortizadas e que representem investimentos em bens inseparáveis dos imóveis ocupados ou em bens cuja desmontagem ou separação dos imóveis ocupados implique uma deterioração desproporcionada dos mesmos» (artigo 29.º, n.º 3, do RJPIP). A indemnização há de ser integral, correspondendo não só aos danos emergentes, mas também aos lucros cessantes que o titular do direito deixará de auferir (41).

Com a extinção da concessão, e porque o concessionário beneficiava apenas de um direito de propriedade temporária, existe a obrigação de reposição do imóvel na situação anterior em que se encontrava «com desmontagem ou retirada de bens ou sua perda a favor do concedente, caso a desmontagem implique uma deterioração desproporcionada do imóvel ocupado» (artigo 29.º, n.º 2, do RJPIP). Existe ainda uma transferência da propriedade das construções e instalações desmontáveis para o concedente, sem direito a qualquer indemnização pelo concessionário, o que não tem suscitado qualquer censura de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, por não encarar essa reversão a título gratuito como uma expropriação ou requisição (42).

C) Concessões de uso privativo em especial

Existem múltiplos exemplos de concessões de uso privativo sobre bens dominiais, muitas vezes com regimes especiais contendo algumas adaptações ou matizes face ao regime geral contemplado no RJPIP.

Sem preocupações de recenseamento completo, podem indicar-se como regimes específicos aplicáveis a usos privativos os seguintes:

- i) domínio público hídrico (cf. artigos 59.º e seguintes da Lei da Água e Regime da Utilização dos Recursos Hídricos);
- ii) domínio público geológico cf. (artigos 18.º e seguintes da Lei de Bases dos Recursos Geológicos e artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril);
- iii) domínio público rodoviário (cf. artigos 28.º, 49.º, 56.º e 58.º do Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional);
- iv) domínio público ferroviário (cf. artigos 28.º e 29.º do Decreto-Lei n.º 276/2003, de 4 de novembro);
- v) domínio público aeroportuário cf. (Decreto-Lei n.º 102/90, de 21 de março (43), que disciplina o licenciamento do uso privativo dos bens

(41) Cf. A. GOUVEIA MARTINS, 2017: pp. 182-183.

(42) Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 150/2006, proferido no Proc. n.º 323/2005.

(43) Alterado pelo Decreto-Lei n.º 268/2007, de 26 de julho.

do domínio público aeroportuário e das atividades desenvolvidas nos aeroportos e aeródromos públicos);

- vi) domínio público militar (cf. artigos 11.º e 12.º da *Lei das Infraestruturas Militares* aprovada pela Lei Orgânica n.º 3/2019, de 3 de setembro).

2. Concessão de exploração de domínio público

A) Poderes do concessionário

A exploração de bens do domínio público por particulares constitui uma manifestação de exercício privado de funções ou poderes públicos por entidades privadas. O concessionário atua como se fosse Administração e em vez desta, isto é, envolve a gestão indireta (44) de bens dominiais.

De acordo com o artigo 30.º, n.º 1, do RJPIP, a transferência de poderes pode ocorrer por via unilateral (ato administrativo) ou por acordo entre a Administração e o particular (contrato administrativo).

O titular do direito de exploração assume «poderes de gestão e de exploração de bens do domínio público, designadamente os de autorização de uso comum e de concessão de utilização privativa» (artigo 30.º, n.º 1, 2.ª parte, do RJPIP). Nesta medida, e ao contrário do que acontece com o titular do uso privativo, para o concessionário de exploração são transferidos poderes públicos de gestão e de administração do bem, embora nunca a titularidade de direitos sobre o bem, que se mantém na esfera da Administração. Entre esses poderes conta-se o de autorizar a alienação de edificações realizadas por titulares de usos privativos do domínio público ou inclusive a transmissão dos títulos de uso privativo, o que se compreende em face da posição do concessionário de exploração com um sujeito que atua em vez da Administração Pública (45).

A concessão de exploração pode ainda envolver poderes de utilização e aproveitamento económico dos bens, tal como na utilização privativa.

B) As concessões de recursos geológicos e de infraestruturas, em especial

As concessões de exploração do domínio público conhecem dois campos de aplicação privilegiados: o dos recursos geológicos e o das infraestruturas.

No primeiro caso, compreende-se que a otimização do domínio público geológico nem sempre se encontra ao alcance da Administração, pelo que esta

(44) Cf. F. AMARAL, 1965: pp. 15 e ss.

(45) Neste sentido, A. GOUVEIA MARTINS (2017): p. 190.

se encontra habilitada a transferir a atividade de exploração dos mesmos a particulares (46), sem prejuízo da necessidade de observância por estes de um conjunto de normas e princípios de índole publicística. No direito português, a matéria encontra-se regulada na Lei n.º 54/2015, de 22 de junho, que estabeleceu o novo enquadramento jurídico das atividades de revelação e de aproveitamento dos recursos geológicos, e no Decreto-Lei n.º 30/2021, de 7 de maio, que procedeu à respetiva regulamentação para os depósitos minerais, prevendo-se neste diploma a possibilidade de concessão de exploração dos recursos revelados (cf. artigos 27.º e ss.) (47).

No que tange ao domínio público infraestrutural, um dos vetores do respetivo regime jurídico reside justamente na separação entre a titularidade e a gestão da rede. Por esse motivo, a gestão de algumas infraestruturas encontra-se confiada a entidades privadas (com frequência, entidades formalmente privadas (48)), não apenas através de uma concessão da exploração do domínio público (autónoma), mas também mediante uma concessão de serviço público, em que a atividade de prestação de serviços públicos pressupõe a gestão de um bem dominial, ou mediante uma concessão de obra pública, em que esta última assuma o estatuto da dominialidade. Também em Portugal, a gestão de algumas infraestruturas é efetuada não pelo respetivo titular, mas por entidades privadas – pense-se, *v. g.*, no que sucede relativamente às infraestruturas portuárias (administrações portuárias) e aeroportuárias –, ainda que, em muitos casos, a separação entre propriedade e gestão do bem dominial nem sempre seja efetuada por ato ou contrato administrativos, mas por ato legislativo.

3. Concessões dominiais mistas

A) O entrelaçamento com as concessões de obras públicas e de serviços públicos

A concessão de exploração surge, por vezes, miscigenada com outros contratos administrativos, em especial com a concessão de obra pública e a concessão de serviços públicos. Tal acontece em situações em que a prestação

(46) Daí que, a partir do momento em que a titularidade destes bens passou a pertencer a entidades públicas (ultrapassada a fase em que vigorava um «modelo da acessão» ou «modelo fundiário», em que a propriedade do solo inclui também a do respetivo subsolo, pertencendo ao proprietário todos os recursos geológicos aí encontrados – sobre os modelos de revelação e aproveitamento de recursos, cf., entre nós, B. RAMOS, 1994: pp. 24 e ss.), alguma doutrina refira inclusivamente a esta forma de exploração (por particulares) dos recursos geológicos, como o seu modo de aproveitamento normal – assim ENTRENA CUESTA, 1959: p. 355.

(47) Sem prejuízo da possibilidade de serem também atribuídos de uso privativo sobre depósitos minerais (cf. artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 30/2021, de 7 de maio).

(48) Mas materialmente públicas, em regra, sociedades anónimas de capitais públicos.

de exploração do bem dominial é, normalmente, acessória em relação às outras prestações. Em qualquer caso, a articulação de prestações distintas suscita os problemas associados aos contratos administrativos mistos.

Tem-se entendido que nos contratos administrativos mistos, a determinação do regime jurídico aplicável há de resultar fundamentalmente da *doutrina da combinação*, segundo a qual a parte do conteúdo correspondente a cada tipo contratual deve ter o regime que lhe caiba de acordo com a natureza do respetivo objeto. Todavia, em caso de dúvida ou impossibilidade de compatibilização de regimes distintos, admite-se a prevalência de uma das componentes do contrato, o que se traduz numa aplicação *sui generis* da *doutrina da absorção* (49).

O artigo 32.º do CCP regula os contratos administrativos mistos, mas fá-lo apenas para fixação das regras aplicáveis ao procedimento de formação de contratos, sendo totalmente omissa a respeito do regime substantivo. Com efeito, admite-se a celebração destes contratos «se as prestações a abranger pelo respetivo objeto forem técnica ou funcionalmente incidíveis ou, não o sendo, se a sua separação causar graves inconvenientes para a entidade adjudicante» (n.º 1), aplicando-se, na escolha do procedimento, «o regime previsto para o tipo contratual que caracteriza o objeto principal do mesmo, atendendo, designadamente, a elementos tais como o valor estimado do contrato ou as suas prestações essenciais».

Na determinação do regime substantivo aplicável a contratos mistos contendo prestações de concessões de exploração com concessões de serviços públicos ou de obras públicas, haverá que conjugar a disciplina do artigo 30.º do RJPPI com aquela a que se encontram submetidas estas duas modalidades de concessão, uma vez que o artigo 408.º do CCP impõe a aplicação subsidiária da legislação geral da contratação pública.

Não é de excluir ainda a possibilidade de a concessão de uso privativo envolver o desenvolvimento de uma atividade pública, como se verifica com a movimentação de carga em terminais portuários localizados em parcelas do domínio público marítimo, uma vez que aí se conjuga a concessão de serviço público com a obtenção de um título de uso privativo de recursos hídricos (50).

Por outro lado, não sendo propriamente um caso de contratos mistos mas sim de convalidação do contrato inicial, há que dar igualmente nota da possibilidade de um contrato de concessão de uso privativo se convolar em concessão de exploração. É o que sucede com as jazidas de hidrocarbonetos, se forem achados e demarcados campos petrolíferos economicamente viáveis

(49) S. CORREIA, 1987: p. 642.

(50) A. GOUVEIA MARTINS, 2017: p. 173.

e for aprovado pelo concedente o plano geral previsto na lei [cf. artigos 37.º e ss. do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril (51)].

4. A aplicação do regime da contratação pública

Relativamente aos contratos de concessão de exploração, a aplicação do regime do CCP depende, em larga medida, da natureza da entidade adjudicante. Assim, quando celebrados por entidades integradas na estrutura tradicional da Administração Pública com natureza de pessoa coletiva de direito público (52) (cf. artigo 2.º, n.º 1), deparamo-nos com contratos públicos, que estão totalmente submetidos ao regime da contratação pública constante da Parte II do Código.

Em contrapartida, quando celebrados por entidades adjudicantes previstas no n.º 2 do artigo 2.º do CCP, revestindo a natureza de organismos de direito público ou associações destes, não estão sujeitos à disciplina da contratação pública constante do mencionado Código (53). Independentemente de no caso destas últimas entidades não existir uma sujeição ao regime da contratação pública, sempre se deve dizer que, por exemplo, na escolha do titular de uso privativo, o concessionário de exploração se encontra obrigado a observar alguns dos princípios gerais aplicáveis aos bens públicos, entre os quais avultam o princípio da igualdade e da imparcialidade (artigo 3.º do RJPIP) e o princípio da concorrência (artigo 7.º do RJPIP).

Tratando-se de contratos de concessão de uso privativo, valem *grosso modo* as mesmas considerações tecidas sobre as concessões de exploração (54).

(51) Alterado pela Lei n.º 82/2017, de 18 de agosto.

A respeito do Decreto-Lei n.º 109/94, de 26 de abril, foi debatido o tema de saber se a legislação geral da contratação pública contida hoje no CCP seria aplicável à formação destes contratos de concessão de uso privativo, tendo o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República concluído no Parecer n.º 12/2016, de 6 de junho, que estes contratos não são regulados pelo CCP.

(52) São os casos do Estado, das Regiões Autónomas, das autarquias locais, dos institutos públicos, das entidades administrativas independentes, do Banco de Portugal, das fundações públicas, das associações públicas e das associações de que façam parte uma ou várias das pessoas coletivas referidas nas alíneas anteriores, desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada pelas mesmas.

(53) Do mesmo modo, estão excluídas da aplicação do CCP as entidades privadas concessionárias de obras públicas e de serviços públicos, que também procedam à exploração do domínio público e que por essa razão atribuam direitos de uso privativo do domínio público.

(54) Sobre a aplicação do CCP às concessões dominiais, v. A. R. MONIZ, 2008: pp. 831-892.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As concessões dominiais constituem um instrumento fundamental de dinamização e valorização do domínio público, contribuindo para que a Administração consiga extrair maiores proventos dos bens dominiais, em simultâneo com o desenvolvimento de atividades económicas privadas.

O recurso à técnica concessória parece hoje encontrar o seu fundamento num princípio de boa administração dos bens públicos, expressamente acolhido no artigo 3.º do RJPIP (55), que se encontra igualmente ligado a princípios da equidade, da economia e da eficiência administrativa.

Não se pode, todavia, levar longe demais a exploração económica dos bens dominiais, procurando deles extrair uma rentabilidade que ponha em causa a sua proteção. Esse é um dos principais desafios com que se confronta a Administração na utilização das concessões dominiais. A existência de um regime geral e de múltiplos regimes especiais a regular estas concessões evidencia a necessidade de o legislador conferir as coordenadas por que se deve mover a atuação administrativa, salvaguardando o necessário equilíbrio entre proteção e valorização dos bens dominiais.

V. BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, Diogo Freitas do (1965): *A Utilização do Domínio Público pelos Particulares*, Lisboa, Coimbra Editora, 293 pp.
- (2016): *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 658 pp.
- AMARAL, Diogo Freitas do, & FERNANDES, José Pedro (1978): *Comentário à Lei dos Terrenos do Domínio Hídrico*, Coimbra, Coimbra Editora, 338 pp.
- ASCENSÃO, Oliveira (1978): *Direitos Reais*, Coimbra, Almedina, 569 pp.
- CAETANO, Marcello (1961): «Algumas Notas para a Interpretação da Lei n.º 2105», in: *O Direito*, ano XCIII.
- (1999) *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, 10.ª ed. (6.ª reimp.), Coimbra, Almedina, 1454 pp.
- CANOTILHO, Gomes (2010): «A utilização do domínio público pelos cidadãos», in *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, Almedina, pp. 1073-1086.
- CARVALHO, Orlando de (2021): *Direito das Coisas*, 2.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 368 pp.

(55) Cf. J. MIRANDA, 2018: pp. 65 e ss.

- CORREIA, Fernando Alves (2005): «A Concessão de Uso Privativo do Domínio Público: Breves Notas sobre o Regime Jurídico de um Instrumento de Valorização e Rentabilização dos Bens Dominiais», in *Direito e Justiça*, vol. especial, 2005, pp. 101-116.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo (1987): *Legalidade e autonomia pública contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, Almedina, 822 pp.
- DIAS, Vítor Manuel Lopes (1963): *Cemitérios, Jazigos e Sepulturas*, Porto, edição do Autor, 523 pp.
- ENTRENA CUESTA, Rafael (1959): «El Dominio Público de los Hidrocarburos», in: *Revista de Administración Pública*, n.º 29, Maio/Agosto 1959, pp. 329-376.
- FERNANDES, José Pedro (1993): *Licença de uso privativo*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. V, Lisboa, pp. 448-451.
- (1996): *Utilização do domínio público (pelos particulares)*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. VII, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 448-451.
- GONÇALVES, Pedro (1999): *A Concessão de Serviços Públicos (Uma Aplicação da Técnica Concessória)*, Coimbra, Almedina, 397 pp.
- (2008): «Controlo Prévio das Operações Urbanísticas Após a Reforma Legislativa de 2007», in: *Direito Regional e Local*, n.º 1, pp. 14-24.
 - (2009): Simplificação Procedimental e Controlo Prévio das Operações Urbanísticas, in *I Jornadas Luso-Espanholas de Direito do Urbanismo*, Coimbra, Almedina, pp. 79-103.
- GUEDES, Armando (1954): *A Concessão. Natureza Jurídica da Concessão*, Coimbra, Coimbra Editora, 185 pp.
- (1990): «Concessão», in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. II, Lisboa, s.n., pp. 541 e ss.
- GUERREIRO, Sandra (2013): «A natureza jurídica do direito de utilização privativa do domínio público hídrico: entre o direito obrigacional e o direito real», in *Direito da Água*, Lisboa, ICJP/ERSAR, pp. 227-250.
- LEITÃO, Alexandra (2013): «A utilização do domínio público hídrico por particulares», in *Direito da Água*, Lisboa, ICJP/ERSAR, pp. 183-225.
- MARTINS, Ana Gouveia (2017): «Artigo 27.º», in: MIRANDA, João *et al.*, *Comentário ao Regime Jurídico do Património Imobiliário Público*, Lisboa, AAFDL, pp. 160-170.
- (2017): «Artigo 28.º», in: MIRANDA, João *et al.*, *Comentário ao Regime Jurídico do Património Imobiliário Público*, Lisboa, AAFDL, pp. 170-179.
 - (2017): «Artigo 30.º», in: MIRANDA, João *et al.*, *Comentário ao Regime Jurídico do Património Imobiliário Público*, Lisboa, AAFDL, pp. 188-194.

- (2018): «As licenças e concessões de utilização privativa de domínio público como um instrumento de rentabilização e valorização dos bens dominiais», in *e-pública. Revista Eletrónica de Direito Público*, Vol. V, n.º 1, pp. 76-104.
- MESQUITA, Manuel Henrique (1997): *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Coimbra, Almedina, 495 pp.
- MIRANDA, João (2018): «A valorização de bens do domínio público à luz do regime jurídico do património imobiliário público», in *e-pública. Revista Eletrónica de Direito Público*, Vol. V, n.º 1, pp. 61-74.
- (2021): *Direito Administrativo dos Bens. Introdução à Teoria Geral dos Bens Públicos*, Lisboa, AAFDL, 326 pp.
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves (2005): *O Domínio Público: O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*, Coimbra, Almedina, 590 pp.
- (2008): «Contrato Público e Domínio Público: Os Contratos sobre o Domínio Público à Luz do Código dos Contratos Públicos e da Nova Legislação sobre o Domínio Público», in: *Gonçalves, Pedro, Estudos de Contratação Pública*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 831-892.
- (2009): «A Concessão de Uso Privativo do Domínio Público: Um Instrumento de Dinamização dos Bens Dominiais», in: *Ars Iudicandi. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. III, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, pp. 293-365.
- (2011): «Direito do Domínio Público», in: OTERO, Paulo & GONÇALVES, Pedro, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. V, Coimbra, Almedina, pp. 11-212.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota (1971): *Direitos Reais*, Coimbra, Almedina, 446 pp.
- QUEIRÓ, Afonso (1959): *Lições de Direito Administrativo*, vol. II, Coimbra, polic., 52 pp.
- RAMOS, José Luís Bonifácio (1994): *O Regime e a Natureza Jurídica do Direito dos Recursos Geológicos dos Particulares*, Lisboa, Lex, 208 pp.
- (2019): *Direitos Reais Administrativos: Ficção ou Realidade?*, Lisboa, AAFDL, 674 pp.
- SOARES, Rogério Ehrhardt (1978): *Direito Administrativo*, Coimbra, polic., 317 pp.
- VITAL, Fezas (1923-1925): «Concessões de Terrenos nos Cemitérios», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, n.ºs 71-80, vol. VIII, pp. 286-304.

UNA APROXIMACIÓN A LAS CONCESIONES DEMANIALES EN REPÚBLICA DOMINICANA

HÉCTOR E. ALÍES RIVAS

Profesor de derecho inmobiliario y director de la Escuela de Derecho del Campus de Santo Domingo de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) de la República Dominicana

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. EL RÉGIMEN GENERAL DE LAS CONCESIONES EN DERECHO DOMINICANO: 1. La figura de la concesión en las constituciones dominicanas. 2. Lo que ya no regula la Ley núm. 340-06 sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones: la irrupción de las alianzas público-privadas.– III. LAS CONCESIONES EN BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO EN REPÚBLICA DOMINICANA: 1. Concesiones en la Ley de Vías de Comunicación: A. Tranvías y ferrocarriles. B. Aguas navegables o flotables. C. Franja marítima. 2. Concesiones en la Ley de Medio Ambiente y Recursos Naturales. 3. Concesiones en la Ley Minera. 4. Otras leyes especiales.– IV. REFLEXIONES FINALES.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Este trabajo aborda el régimen general de las concesiones administrativas en el derecho dominicano, mediante un esbozo de la evolución constitucional de la figura y luego describiendo la situación actual de su regulación legal general, por la derogación de las disposiciones de la Ley núm. 340-06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones, como consecuencia de la promulgación de Ley de Alianzas Público-Privadas, núm. 47-20, del 20 de febrero de 2020. Esto se presenta como una necesidad para entender que las concesiones demaniales en la República Dominicana descansan precariamente en las disposiciones de la Constitución vigente y las leyes de cada sector. La exposición produce una aproximación al régimen de utilización privativa del dominio público en diversas leyes dominicanas, advirtiendo en las reflexiones finales que el dominio público dominicano debe ser conceptualmente comprendido y sistematizado, pues será la única forma de construir un régimen coherente que aborde apropiadamente las reglas de utilización y aprovechamiento.

Palabras clave: concesiones administrativas; alianzas público-privadas; dominio público; vías de comunicación; medio ambiente; franja marítima; recursos naturales; minería; bienes públicos.

ABSTRACT: This paper addresses the general regime of administrative concessions in Dominican law, through an outline of the constitutional evolution of the figure and then describing the current situation of its general legal regulation, due to the repeal of the provisions of Law No. 340-06 on Purchases and Hiring of Goods, Services, Works and Concessions, as a result of the enactment of the Public-Private Partnerships Law, No. 47-20, of February 20, 2020. This is presented as a necessity to understand that public concessions in the Dominican Republic rest precariously on the provisions of the current

Constitution and the laws of each sector. This exposition generates an approach to the regime of private use of the public domain in various Dominican laws, stating in the final reflections that the Dominican public domain must be conceptually understood and systematized, since it will be the only way to build a coherent regime that appropriately addresses the rules of use and exploitation.

Key words: administrative concessions; public-private partnerships; public domain; communication routes; environment; maritime strip; natural resources; mining; public goods.

I. INTRODUCCIÓN

Desde el surgimiento de la República Dominicana en 1844, el Estado ha formalizado actos jurídicos que han producido una relación contractual entre la Administración Pública, como concedente, y un sujeto de derecho privado, en su calidad de concesionario, como mecanismo para la obtención de sus propósitos fundamentales.

Claro está, ante la carencia de un derecho administrativo autóctono y de una regulación específica, el marco normativo descansaba en la Constitución de turno y en leyes sectoriales que se aproximaban, normalmente de forma referencial, a la posibilidad de utilizar la figura en cuestión. Parafraseando a RODRÍGUEZ HUERTAS, es importante precisar que la terminología utilizada en el derecho administrativo dominicano, en materia de contratos administrativos, incluyendo concesiones, deviene del papel creado esencialmente por las decisiones del Consejo de Estado francés (1).

Es así como durante gran parte del siglo XIX y todo el XX, se observan decenas de Resoluciones del órgano congresual de la época, aunque aparecen casos tramitados directamente por decretos del Poder Ejecutivo, aprobando concesiones para establecimiento de ferrocarriles, fábricas, carreteras, explotación de minas, bosques y otros tipos de bienes, servicios y obras públicas (2).

(1) O. RODRÍGUEZ HUERTAS (2012a: 1009).

(2) A modo de ejemplo, *vid.* Resolución del Congreso Nacional núm. 998, del 5 de febrero de 1867: Concesión del Presidente José María Cabral al señor Arthur Folsom, para explorar una mina de petróleo en «Higuerito», provincia de Azua; Resolución del Congreso Nacional núm. 2523, del 9 de marzo de 1887, aprobando la concesión otorgada por el P. E. a la Sociedad de «Higiene y Ornato», para la creación de un paseo público en la Ciudad Nueva; Resolución del Congreso Nacional núm. 1016, del 15 de abril de 1867, que confirma la concesión del ex-Convento de Regina, hecha por el Gobierno al presbítero Billini, para establecer un colegio; Resolución del Congreso Nacional núm. 2529, del 23 de marzo de 1887, aprobando las concesiones otorgadas por el P. E. al señor Leopoldo de Rojas, para el establecimiento de una fábrica de velas esteáricas y otra para la fabricación de fósforos de todas clases; entre otras.

La escasa doctrina administrativista dominicana ha establecido que su naturaleza jurídica es *sui generis* y que, de los contratos administrativos, la especie más importante, por su especialidad jurídica, es la concesión» (3). En adición a su especialidad jurídica, vale agregar que es una figura idónea para importantes proyectos, en los que se construyan, mejoren, conserven, operen o administren una obra, bien o servicio público. Ha sido el vehículo legal más común de utilizar, explotar o aprovechar, de forma privativa, los bienes del dominio público en los países de la región, incluyendo la República Dominicana.

Sin embargo, a pesar de esa importancia, el ordenamiento jurídico dominicano hace *mutis* sobre cuestiones claves respecto a las concesiones, generando confusiones conceptuales innecesarias para su correcta aplicación. Esta realidad se refleja en el ámbito de la utilización de los bienes de dominio público, donde no hay reglas claras respecto al uso por los particulares y por la misma Administración pública, así como en cuanto a la descripción de modalidades de títulos habilitantes, las reservas y la distinción de utilización entre los bienes afectados a un servicio público de los de uso general.

Por tanto, el objetivo de este trabajo es llevar información sobre el estado actual de las concesiones demaniales en la República Dominicana, para despertar interés en esta área del derecho administrativo y, por qué no, iniciar debates que podrían alentar la regulación de idónea que necesitan los patrimonios públicos, como soporte de toda actividad de la Administración.

II. EL RÉGIMEN GENERAL DE LAS CONCESIONES EN DERECHO DOMINICANO

El transcurrir de las concesiones en República Dominicana ha tomado caminos distintos, desde su origen, en cuanto a su régimen general. Por ello, nos compete analizarlos de forma separada para ver las similitudes y diferencias entre uno y otro. Asumiendo esto, presentaremos la evolución de esta modalidad de contratación administrativa en el quehacer constitucional criollo (1), para luego presentar como el apresto de la Ley núm. 340-06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones, fue suprimido por la irrupción de las alianzas público-privadas en el año 2020 (2), dejando un escenario ambiguo que se soporta básicamente en leyes sectoriales y en la propia Constitución vigente.

1. La figura de la concesión en las constituciones dominicanas

En este acápite nos detendremos a describir brevemente el reconocimiento y tratamiento de la concesión administrativa en la evolución constitucional

(3) M. A. AMIAMA (2008: 166).

dominicana hasta lograr esbozar de mejor manera la realidad vigente, a partir de la Constitución de 2010.

Fue en el numeral 25 del artículo 40 de la Constitución de 1874, donde se le otorgó al Congreso de la República la posibilidad de «Decretar cuanto tenga relación con la apertura de las grandes vías, concesiones de ferrocarriles, apertura de canales, empresas telegráficas y navegación de ríos». Esta es la primera mención expresa al término concesión en el ámbito constitucional, sin que esto signifique que no se habían aprobado concesiones desde años atrás.

Esta misma prerrogativa pasa al numeral 26 del artículo 38 de la Constitución de 1975. Sin embargo, introduce la atribución del Presidente para hacer concesiones temporales para canalización de ríos, apertura de canales, mejora de caminos, vías férreas, líneas telegráficas y cualquier explotación o trabajos científicos e industriales, todo con acuerdo del Consejo de Estado (Art. 59, numeral 24). Se ve una mayor diversificación de actividades admitidas.

Desapareció la palabra concesión, en sentido estricto, en la Constitución de 1877, pero reapareció en la de 1878 de una forma muy particular. En ese sentido, resulta particular debido a que se eliminó la lista cerrada de sectores donde el constituyente circunscribía las concesiones, concentrándose en el interés general como causal y aumentando el mecanismo de control en su aprobación. Por ende, se estableció que no podían hacerse concesiones que afecten las rentas del Estado, sin el acuerdo y aprobación del Congreso, y en su defecto del Senado (Art. 37, numeral 33). Por su parte, se consagró que el Presidente de la República podía celebrar contratos de interés general con arreglo a la ley y someterlos al Poder Legislativo para su aprobación (Art. 64, numeral 9).

En la Constitución de 1879, vuelven a redacción original de la facultad del Congreso de decretar todo lo relativo a la apertura de grandes vías y de canales, establecimiento de ferrocarril, empresas telegráficas y navegación de ríos, pero sin mencionar la concesión como mecanismo contractual (Artículo 38, numeral 9). Sin embargo, sí alteran lo indicado en Constitución anterior, añadiendo que el Congreso podrá «Aprobar o desaprobado las concesiones y contratos que haga el Poder Ejecutivo, facultad que corresponderá al Senado durante el receso del Congreso» (Artículo 38, numeral 37).

Por su parte, en la Constitución de 1880, se mantiene la posibilidad del Congreso de «Decretar cuanto tenga relación con la apertura de las grandes vías, concesiones de ferrocarriles, apertura de canales, empresas telegráficas y navegación de ríos» (Art. 25, numeral 26). Es decir, se vuelve a introducir el término de concesión. Sin embargo, en el numeral 36, sí se introduce una novedad cuando expresa que podrá «Aprobar o desaprobado las concesiones que hagan el Poder Ejecutivo o los Ayuntamientos, siempre que afecten rentas generales o comunales». Esta fue la primera vez que se incluyó a la autoridad

municipal en lo concerniente a la revisión y aprobación de concesiones. En el mismo tenor, mantuvo que el Presidente de la República celebre contratos de interés general con arreglo a la ley y someterlos al Poder Legislativo para su aprobación (Art. 51, numeral 12). Esta fórmula se mantuvo inalterable en las Constituciones de 1881, 1887, 1896 y 1907.

En la Constitución de 1908, que fue la primera que dejó entrever la división clásica de los bienes públicos, se suprime la mención expresa a la figura, pero se colige de la prerrogativa congresual de «Aprobar o no los contratos que celebre el Poder Ejecutivo». En el 1924, primera Constitución luego de la intervención estadounidense que sufría el país desde 1916, se retomó la redacción de 1908. Así, con ligeros ajustes, prosiguió en la Constitución de 1934.

En el Constitución de 1942, las facultades antes descritas se mantienen intactas. La novedad se visualiza en el artículo 96, que introduce que «Los yacimientos mineros pertenecen al Estado y sólo podrán ser explotados por particulares en virtud de las concesiones o los contratos que se otorguen en las condiciones que determine la ley». Este es el origen constitucional del dominio público minero y del impulso de un sector clave para la economía. Igual planteamiento se observa en las Constituciones de 1947, 1955, 1960 y 1961.

En la Constitución de 1963, a pesar de ser un texto socialista y francamente revolucionario, se mantienen prácticamente igual las atribuciones de ambos Poderes del Estado que intervienen en la materia concesional, pero en el párrafo *in fine* del artículo 25 se instituye que «La riqueza del subsuelo y de la plataforma submarina pertenecen al Estado, quien podrá hacer concesiones para su explotación a nacionales o extranjeros. La propiedad del Estado sobre los yacimientos mineros es inalienable e imprescriptible». Como ya explicamos en un trabajo previo, no se manifiesta explícitamente, pero al establecer esa propiedad del subsuelo y la plataforma marina a favor del Estado, se instituye la posibilidad de otorgar concesiones y al no presentar la prerrogativa de enajenar, constituye una referencia implícita a su configuración como dominio público. Las características dadas por esta disposición a los yacimientos mineros son naturaleza de la configuración clásica de los bienes de dominio público (4).

Con la Constitución de 1966 se retorna al esquema que se tenía en 1961, manteniéndose así en las Constituciones de 1994 y 2002, incluyendo lo relativo a los yacimientos mineros.

A partir de 2010, fruto de una reforma integral, que se mantuvo en el 2015, pues en esta última solo se cambió un artículo sobre la reelección presidencial, la figura no solo se menciona o forma parte de una potestad institucional, sino que tiene un claro respaldo constitucional.

(4) H. E. ALÍES RIVAS (2019: 176).

En la actualidad, la Constitución dominicana establece en su artículo 17, cuando habla del aprovechamiento de los recursos naturales, que «Los yacimientos mineros y de hidrocarburos y, en general, los recursos naturales no renovables, sólo pueden ser explorados y explotados por particulares, bajo criterios ambientales sostenibles, en virtud de las concesiones, contratos, licencias, permisos o cuotas, en las condiciones que determine la ley». No se reduce a concesiones, liberalizando el otorgamiento de títulos habilitantes para explotación y utilización de bienes, que ya venía siendo así desde la Ley núm. 64 de Medio Ambiente y Recursos Naturales, como veremos en acápite posterior.

Asimismo, al abordar la libertad de empresa como derecho económico y en contraste con la disposición anterior, la Constitución en el numeral 3 de su artículo 50 señala que «El Estado puede otorgar concesiones por el tiempo y la forma que determine la ley, cuando se trate de explotación de recursos naturales o de la prestación de servicios públicos, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público y al equilibrio medioambiental». Ambas disposiciones constitucionales descritas apuntan hacia un uso de la figura en el ámbito de los recursos naturales, que esa misma Carta Magna los cataloga como demaniales.

También en materia de servicios públicos, con su finalidad de satisfacer necesidades de interés colectivo, la Constitución en el numeral 1 de su artículo 147 instaura que el Estado garantice el acceso a servicios públicos de calidad, directamente o por delegación, mediante concesión, autorización, asociación en participación, transferencia de la propiedad accionaria u otra modalidad contractual, de conformidad con dicha Constitución y la ley (5). Con esto se denota su primacía como título habilitante para fines de interés general, sin limitar el uso de cualquier otro tipo de contrato.

De las disposiciones constitucionales anteriores se colige la existencia en el derecho dominicano de (1) concesiones de explotación de propiedad pública y de (2) concesiones de servicio público. En el primer caso, abundan las concesiones de explotación minera, mientras que en cuanto a las segundas resaltan aquellas vinculadas al sector eléctrico y a las telecomunicaciones.

A pesar de que en la práctica no aplica para el universo de concesiones, para casos en los que sí podría existir afectación a las rentas nacionales o

(5) Esto viene siendo así desde antes, pues, por ejemplo, en sentencia de fecha 3 de julio de 2001, la Suprema Corte de Justicia señaló que «la concesión de los servicios telefónicos a favor de la recurrente por el Gobierno Dominicano, es un contrato administrativo, considerado de utilidad pública e interés general, sujeto a la vigilancia y tutela del Estado; que esto implica la atribución de ciertas prerrogativas cuyo efectos, salvo situaciones excepcionales, son exorbitantes del derecho común, tanto frente al concesionario como frente a particulares que no han sido partes en el acuerdo de concesión, por lo que se considera que tienen una eficacia *erga omnes*»; *op. cit.*, O. RODRÍGUEZ HUERTAS (2012a: 1010).

exención de impuestos, se debe destacar la función de fiscalización que tiene el Congreso Nacional, por mandato de los artículos 93 y 128 de la Constitución, en lo relativo a la disposición y aprovechamiento privativo de los bienes propiedad del Estado. La combinación de estas disposiciones persigue la absoluta transparencia y pulcritud de los procedimientos y mecanismos aplicados, como forma de garantizar el buen uso y mutación de los bienes públicos. Esta función de fiscalización es uno de los pilares esenciales del sistema de frenos y contrapesos de nuestro sistema constitucional, pues es una de las que le permite al Poder Legislativo controlar el uso que se da a los bienes propiedad del Estado.

En definitiva, el reconocimiento a nivel constitucional es evidente. Las concesiones en República Dominicana son una modalidad de la contratación administrativa que opera en beneficio de los fines esenciales de la Administración, dentro del marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. Sin embargo, la ley está llamada a regular de forma idónea todos los elementos necesarios para la constitución y ejecución de un acto concesional. Aquí entran los principios generales del derecho administrativo, de la contratación pública y, según el tipo de concesión, los parámetros claves de los bienes públicos y del servicio público.

2. Lo que ya no regula la Ley núm. 340-06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones: la irrupción de las alianzas público-privadas

Pasando al plano legal, en el derecho dominicano contemporáneo, al margen de leyes sectoriales que la reconocen, la regulación general, o por lo menos el concepto de concesión, se encontró oportunamente en la Ley núm. 340-06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones, que resultó como consecuencia del compromiso internacional asumido por el país al suscribir el Tratado de Libre Comercio con Centroamérica y los Estados Unidos (DR-CAFTA) (6). A esta ley algunos especialistas la describen como el derecho común de la contratación pública dominicana (7).

(6) La referida Ley 340-06 incluía todas las relaciones contractuales de índole administrativa, salvo aquellos contratos que se beneficien de una exclusión de la misma ley o bajo un régimen especial. Siguiendo a O. RODRÍGUEZ HUERTAS (2018b: 449), no se aplica la legislación sobre contratación pública a contratos que por disposición legislativa se encuentran sometidos a un estatuto particular: (a) concesión de servicios públicos de telecomunicaciones, sujeta a lo dispuesto en la Ley General de Telecomunicaciones No. 153-98; (b) concesiones para distribución y generación de electricidad, sujetas a lo dispuesto en la Ley General de Electricidad No. 125-01; (c) concesiones mineras, sujetas a la Ley de Minería No. 146 de 1971 y (d) enajenación de inmuebles del dominio privado del Estado, regulados por la Ley 119 de 1964; entre otras.

(7) B. DE LEÓN REYES (2020: 101).

En su artículo 46, la referida ley 340-06 definía concesión, cuando precisaba que se trata de «[...] la facultad que el Estado otorga a particulares, personas naturales o jurídicas para que por su cuenta y riesgo construyan, instalen, mejoren, adicionen, conserven, restauren, produzcan, operen o administren una obra, bien o servicio público, bajo la supervisión de la entidad pública concedente, con o sin ocupación de bienes públicos». Contiene los elementos constitutivos clásicos de la figura, en cuanto sujetos, finalidad y modalidad.

Vale resaltar, en vista de la aproximación que pretendemos con relación al ámbito demanial, que la única mención a bienes públicos en toda esa legislación la contenía ese artículo. Se interpretaba que el Estado dominicano, siguiendo el procedimiento establecido en ella, quedaba facultado para conceder la ocupación de bienes públicos donde se realizaren actividades directamente vinculadas a la satisfacción del interés general.

Derivado de esto, partiendo de la existencia en la República Dominicana de una clara *summa divisio* en materia de bienes públicos, se podía interpretar de forma manifiesta la posibilidad de realizar concesiones tanto en bienes de dominio público como en bienes de dominio privado del Estado.

En igual sentido se refirió nuestro Tribunal Constitucional en Sentencia TC/0009/15, al expresar que:

10.5 En el contexto del ejercicio de la potestad administrativa que tiene la administración pública en el manejo de los intereses públicos, existen los contratos administrativos, los cuales son el instrumento que permite a la administración contratar con los particulares, teniendo por objeto las concesiones de servicios u obras públicas, así como el uso y goce de las dependencias del dominio público del Estado por parte de particulares.

Todo lo anterior fue excluido con la promulgación de la Ley núm. 47-20 de Alianzas Público-Privadas, del 20 de febrero de 2020. Quedaron derogados de la referida Ley 340-06, los artículos 46 al 64, relativos al régimen de concesiones, así como toda referencia y mención a los términos concesión y concesiones, al tenor de los artículos 97 y 98 de esta nueva ley especial.

En adición, el párrafo I del artículo 2 de dicha Ley 47-20 se limita a expresar textualmente que «Quedan fuera del alcance de la presente ley los permisos, licencias, autorizaciones y las denominadas concesiones establecidas en leyes sectoriales, cuando no se ajusten a la definición de alianza público-privada establecida en el artículo 4 de esta ley» (8), indicándose a seguidas que esos casos se regirán por su respectiva legislación y respetándose, en el artículo 96, los contratos de concesión otorgados por el Estado dominicano

(8) Esto se reitera en el Párrafo I del artículo 2 del Reglamento de aplicación de la Ley de Alianzas Público-Privadas, núm. 47-20, del 20 de febrero de 2020.

con anterioridad a su entrada en vigencia, así como el marco legal vigente al momento de la firma del contrato.

Vale destacar que esa frase sobre «las denominadas concesiones establecidas en leyes sectoriales» resulta despectiva y legislativamente soberbia, pues provoca que se interprete que la existencia de concesiones en el ordenamiento jurídico debe ser puesto en duda. Pero esto, a juicio de DE LEÓN, «no es la consecuencia que se desprende de las decisiones legislativas derogatorias que, naturalmente, no pueden eliminar una categoría de contrato administrativo constitucionalmente prevista» (9); no obstante, concluye afirmando que la concesión pasó a ser un contrato no excluido, cuya existencia en la Ley 340-06 es de tipo residual, pues se le deben aplicar disposiciones vinculadas tanto al contrato como al procedimiento de selección de contratistas (10).

Lo que sí no tiene otro sentido interpretativo es que la Ley 47-20 precisa que, no obstante estar en leyes sectoriales, las concesiones serán catalogadas como alianzas público-privadas cuando se conciba que existe concordancia entre lo previsto en esa determinada ley con la definición que establece el numeral 6 del artículo 4 de la Ley 47-20. Es decir, que se piensen que son un «mecanismo por el cual agentes públicos y privados suscriben voluntariamente un contrato de largo plazo, como consecuencia de un proceso competitivo, para la provisión, gestión u operación de bienes o servicios de interés social en el que existe inversión total o parcial por parte de agentes privados, aportes tangibles o intangibles por parte del sector público, distribución de riesgos entre ambas partes, y la remuneración está asociada al desempeño conforme a lo establecido en el contrato». Las similitudes con el derogado artículo 46 de la Ley 340-06 son palpables, pero las diferencias también. Emanan otras implicaciones para los sujetos y se incluyen características propias del novedoso régimen asociativo público-privado, aunque la finalidad u objeto se perciban con equivalentes.

Al respecto, el profesor DICKSON MORALES (11) matiza la cuestión y señala que:

[...] se debe aclarar todo el tema de concesiones y leyes sectoriales y su relación con los proyectos que se desarrollen bajo la modalidad de APP. En ese sentido, cuando los proyectos de infraestructura u obra de interés público, así como la gestión de un servicio de interés público implique el otorgamiento de una concesión o título habilitante, regidos por leyes sectoriales, la DGAPP debería jugar un rol especial, emitiendo una opinión vinculante sobre dicho proyecto para determinar si se ajusta o no a la definición de APP.

(9) *Op. cit.*, B. DE LEÓN REYES (2020: 96).

(10) *Ibid.*, 101.

(11) R. DICKSON MORALES (2021a: 24).

Por tanto, si bien es cierto que la Ley 47-20 respeta el principio de irroactividad de ley —o de seguridad jurídica— para las concesiones existentes con anterioridad a la misma, no menos cierto es que sustituye abruptamente la noción de concesión por la de alianza público-privada, dejando a la primera sin la regulación marco que establecía la Ley 340-06 —como norma rectora de la contratación pública en República Dominicana— y remitiendo toda concesión a la respectiva ley sectorial que sí la contemple, bajo reservas. Algo un tanto incoherente, en una ley posterior a la Constitución dominicana vigente, que vimos previamente contiene un reconocimiento expreso de esta figura de la contratación administrativa.

Así las cosas, por este cambio legislativo, del ‘riesgo y ventura’ de la concesión administrativa o de la ‘intangibilidad de la remuneración del concesionario’ se ha pasado notoria y abiertamente al principio de la ‘cooperación público-privada’, como base para una asunción compartida de ciertos riesgos por parte del sector público y privado, para construcción, explotación o ejecución de una obra, bien o servicio público (12).

De todas formas, queda evidenciada la carencia de una clara distinción entre figuras claves de la contratación administrativa que, aunque tengan puntos en común, son en esencia distintas. Eso genera confusión y desnaturaliza el régimen de concesiones dominicano, pues la premisa básica es que no toda alianza público-privada es una concesión y no toda concesión es una alianza público-privada.

Las concesiones pueden desarrollarse con o sin esquema de alianza público-privada. Así lo advirtió oportunamente el profesor DICKSON MORALES, al analizar el proyecto de alianzas público-privadas durante su periodo de gestación, indicando que es «[...] la conceptualización y objetivo del proyecto, estableciendo mezclas con las concesiones tradicionales y las que sean bajo la modalidad de APP, lo que provoca una profunda confusión conceptual jurídica que de aprobarse de esa manera generará innumerables dificultades prácticas» (13).

Se aprobó de tal y manera, pero el autor sigue insistiendo en que la alianza público-privada:

«[...] jurídicamente es un concepto que si bien tiene similitudes con la concesión tiene sus propias características. Lamentablemente, de momento, existe una distorsión con el término jurídico de concesión, al suprimirse la referencia de dicho término en el artículo 98 de la Ley No. 47-20. Esto no significa que no existe una definición jurídica de concesión. Por ello, creo necesaria la intervención legislativa para aclarar esta cuestión» (14).

(12) M. CONCHA JARAVA (2007: p. 54).

(13) R. DICKSON MORALES (2019b: s/n).

(14) *Op. cit.*, R. DICKSON MORALES (2021a: 22).

En ese sentido, SOUSA DUVERGÉ (15) atribuye la derogación legislativa a las últimas tendencias conceptuales del término 'concesión', pero ve recomendable que la ley consagre las distintas modalidades que pueden adoptar los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, reconociendo a la concesión como una de ellas.

En lo que ese cambio legislativo tan anhelado por la doctrina se produce, este es el panorama general de concesiones en el país. El camino constitucional las soporta, pero el camino legal las pone en entredicho. Ahora bien, como ya se ha mencionado, esta nueva realidad que data del año 2020 no produjo una derogación total de esta institución jurídica y no impide que podamos analizar las disposiciones vigentes, y a la vez dispersas, que refieren a la regulación de concesiones en bienes de dominio público.

III. LAS CONCESIONES EN BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO EN REPÚBLICA DOMINICANA

En la República Dominicana el estado de la cuestión sobre el dominio público, como categoría jurídica, refleja una falta de claridad teórica y una notoria dispersión normativa, ya que vemos, parafraseando a FERNÁNDEZ SCAGLIUSI (16), la alusión sucesiva a una misma noción, aunque pareciera referirse a instituciones distintas, pero que están relacionadas entre sí, pues todas ellas remiten a un régimen distinto al de la propiedad privada. Además, quedan exteriorizadas las deficiencias de una regulación anacrónica e inadecuada frente a las necesidades actuales del interés general (17).

Esto tampoco es único de la República Dominicana. Dice MOREU CARBONELL, que «el régimen de los patrimonios públicos se halla marcado por una profunda incoherencia» (18).

Sin embargo, centrándonos en el objeto de estudio, aún cuando no existe doctrina que trate de forma inextensa las concesiones demaniales y la jurisprudencia ha sido tímida, aparecen ideas interesantes que estimulan este análisis. En este último caso, el Tribunal Constitucional dominicano, en su Sentencia TC/0426/18, estableció que:

Cuando se habla de bienes del dominio público se hace referencia, más que al conjunto de bienes y derechos de titularidad pública destinados al uso público o a un servicio público, a aquellos a los que la normativa los denomine como tal y

(15) L. A. SOUSA DUVERGÉ (2020: 982).

(16) M. FERNÁNDEZ SCAGLIUSI (2014: 87).

(17) *Op. cit.*, H. E. ALÍES RIVAS (2019: 196).

(18) E. MOREU CARBONELL (2015a: 68).

aquellos declarados de uso privado, siempre que, en el caso de estos últimos, sea emitida una concesión administrativa o un permiso proveniente de los organismos de la administración pública competentes.

A sabiendas que las decisiones del Tribunal Constitucional son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado, conforme lo expresa el artículo 184 de la Constitución dominicana, la sentencia señalada en el párrafo que precede resulta esencial y se convierte en un parámetro para la claridad teórica y la sistematización que la categoría requiere, pues permite concluir que: (1) considera a los bienes de dominio público como una propiedad pública (19); (2) determina que el uso público y el servicio público son las dos modalidades de afectación efectivas; y (3) reconoce un régimen de uso privativo de los bienes del dominio público, donde la concesión administrativa está presente, dejando atrás el argumento de la simple conservación y administración que se ha mantenido por tantos años en el espectro local.

Así las cosas, sin desmeritar la importancia conceptual y la larga explicación que conllevarían las dos primeras ideas, nos corresponde enfocarnos en la tercera. En tal virtud, el uso privativo del dominio público crea un elemento de exclusividad, que excluye a los demás particulares en cuanto al acceso a esa porción del dominio público, al tiempo de tener una naturaleza de derecho real administrativo de uso. El bien seguirá formando parte del dominio público, con independencia de la exclusividad del uso. Será la intensidad de la utilización lo que permitirá verificar si el título es concesión, autorización u otra modalidad, al margen de reconocerse que pueda existir una disposición legal que permita directamente la utilización privativa y que la obtención de un título habilitante no exime al concesionario, en este caso, de la obtención de los restantes permisos necesarios para el desarrollo de las actividades (20).

Una aproximación a las concesiones demaniales en derecho dominicano, como título habilitante por excelencia (21), se extrae de las normas que directa o indirectamente las refieren. La ausencia de regulación general del régimen de

(19) *Op. cit.* M. AMIAMA (2008: 176-177). El autor, al estudiar la posibilidad de desafectación por un acto administrativo fundado en una ley general, como ocurre con los caminos, de acuerdo con el artículo 16 de la Ley núm. 1474 de 1938 de Vías de Comunicación, así como la referencia a que el valor de la venta (cuando el bien se hace enajenable) pertenece al Estado o al municipio correspondiente, según que el camino clausurado fuere estatal o municipal, afirma que el dominio público es una propiedad *sui generis* del Estado o del municipio. Además, como apoyo adicional a esa teoría, al reconocerse la propiedad del Estado sobre los accesorios del dominio público, indica que la propiedad de lo accesorio sigue la suerte de la naturaleza jurídica de lo principal. En otras palabras, las equipara como propiedad.

(20) J. V. GONZÁLEZ GARCÍA (2015: 148-150).

(21) F. LÓPEZ RAMÓN (2012: 154).

los bienes públicos, contrario a lo que ocurre en España con la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas o en Francia con el Código General de la Propiedad de las Personas Públicas de 2006, provoca que no existan reglas concretas sobre la utilización de los bienes de dominio público, teniendo que acudir a cada sector, a partir de lo que permita su ley especial.

De todas formas, al tratar un tema de competencia jurisdiccional, el régimen de utilización se reconoce en la derogada Ley No. 1494 que instituyó la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el año 1947, que refiere expresamente —en su artículo 3— que las cuestiones relativas al cumplimiento, caducidad, rescisión, interpretación, y efectos de las concesiones que versen sobre el uso y goce de las dependencias del dominio público del Estado, las Comunes o Distritos Municipales serán de la competencia del Tribunal Superior Administrativo. Cabe destacar, que dicha facultad fue transferida al hoy Tribunal Superior Administrativo, según lo establecido en el artículo 1 de la Ley núm. 13-07.

Se entiende, entonces, que si esa ley —contemporánea con el reconocimiento constitucional de las concesiones mineras— las reconoce como un asunto que podría dilucidarse en sede judicial, es porque en la evolución legislativa dominicana se aprecian menciones interesantes que deben ser conocidas por los estudiosos del tema.

Ahora bien, vale destacar que, en el año 2010 se proclamó una nueva Constitución nacional. En lo relativo al patrimonio de la Nación, determinó que son bienes del dominio público los previstos en los artículos 14 (Recursos naturales) (22), 15 (Recursos hídricos) (23), 16 (Áreas protegidas) (24) y 64 (Patrimonio cultural) (25), aunque en este último caso contiene de ambos

(22) El artículo 14 sobre recursos naturales indica que «Son patrimonio de la Nación los recursos naturales no renovables que se encuentren en el territorio y en los espacios marítimos bajo jurisdicción nacional, los recursos genéticos, la biodiversidad y el espectro radioeléctrico».

(23) El artículo 15 precisa que «Los ríos, lagos, lagunas, playas y costas nacionales pertenecen al dominio público y son de libre acceso, observándose siempre el respeto al derecho de propiedad privada. La ley regulará las condiciones, formas y servidumbres en que los particulares accederán al disfrute o gestión de dichas áreas». A la fecha, no se ha promulgado esa ley.

(24) El artículo 16 dice que «Se declara que la vida silvestre, las unidades de conservación que conforman el Sistema Nacional de Áreas Protegidas y los ecosistemas y especies que contiene, constituyen bienes patrimoniales de la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles». Por primera vez, en el plano constitucional se menciona este núcleo esencial o tríplice de protección del dominio público.

(25) El artículo 64, numeral 4, prevé que «El patrimonio cultural de la Nación, material e inmaterial, está bajo la salvaguarda del Estado que garantizará su protección, enriquecimiento, conservación, restauración y puesta en valor. Los bienes del patrimonio cultural de la Nación, cuya propiedad sea estatal o hayan sido adquiridos por el Estado, son inalienables e inembargables y dicha titularidad, imprescriptible. Los bienes patrimoniales en manos pri-

tipos. Esta constitucionalización expresa de bienes del dominio público vino a fortalecer la categoría y a complementar los componentes que ya establecían el Código Civil y diversas leyes especiales.

Por consiguiente, procede revisar el tratamiento que se le venía dando a las concesiones demaniales, a pesar de las disposiciones constitucionales y lo que enuncia la Ley 47-20 de APP, principalmente en las (1) concesiones en la Ley de Vías de Comunicación, que incluyen los tranvías y ferrocarriles (A), las aguas navegables o flotables (B) y la franja marítima (C), así como también a las (2) concesiones en la Ley de Medio Ambiente y Recursos Naturales, las (3) concesiones en la Ley Minera y (4) otras leyes especiales.

1. Concesiones en la Ley de Vías de comunicación

La Ley núm. 1474 de Vías de Comunicación de 1938 se presenta como una de las leyes sectoriales más completas en materia de dominio público; y, quizás, la que mejor se refiere a concesiones demaniales, haciéndolo a modo general y luego por tipo de vía de comunicación.

En el párrafo del artículo 3, precisa que cuando la construcción, mejora o explotación de vías sea objeto de concesiones otorgadas en favor de particulares, dichos trabajos se ejecutarán en la forma estipulada en los actos de concesión. De esto se puede desprender que las concesiones son el título habilitante predominante en la materia y que son contratos de naturaleza administrativa, que crean derechos y obligaciones en virtud de una decisión administrativa aceptada por el concesionario, donde subyace un sustrato negocial o bilateral (26).

A seguidas, el artículo 4 dispone que:

El uso de las vías de comunicación, nacionales municipales o del Distrito de Santo Domingo que no estén afectadas exclusivamente a un servicio público, es

vadas y los bienes del patrimonio cultural subacuático serán igualmente protegidos ante la exportación ilícita y el expolio. La ley regulará la adquisición de los mismos». Pone bajo la salvaguarda del Estado el patrimonio cultural de la Nación, tanto el que está en manos del Estado, como el que está en manos privadas, y por supuesto, la regulación del patrimonio se deja a la ley adjetiva. En efecto, «el patrimonio cultural de la Nación constituye una categoría amplia concebida por la Constitución; el género dentro del cual se encuentran comprendidas, a su vez, distintas especies o subcategorías de bienes que, aunque comparten su valor para la identidad y el conjunto de la población nacional, y sean por ende igualmente merecedoras de la tutela del Estado, presentan o pueden presentar regímenes jurídicos legales diferenciados. Esto, en consideración a que en atención a sus particularidades (físicas, jurídicas, históricas, geográficas o de percepción sociocultural), en desarrollo de sus competencias corresponde al legislador precisar aquellos aspectos no previstos directamente por la Constitución en relación con la normatividad aplicable a cada una de ellas». Frente a estas categorías, véase: H. SANTIALLA QUINTERO (2017: 201-223) y J. PIMIENTO y A. CASTRO (2017: 225-260).

(26) M. SÁNCHEZ MORÓN (1997: 58-59).

libre e igual para todos, siempre que se haga de acuerdo con su destino y bajo las reservas y limitaciones prescritas por las leyes y los reglamentos, especialmente en interés de su conservación y para fines de policía. Sin embargo, podrán permitirse, por la autoridad competente, ocupaciones precarias en beneficio de particulares, consistentes en construcciones, instalaciones u obras en las vías públicas, a condición de que ellas no constituyan un estorbo al uso general de dichas vías.

Aquí el legislador dominicano establece otras tres modalidades distintas de utilización. A saber:

1. El uso común general de las vías —vocación básica del dominio público (27)— por parte de los particulares, cuando habla de que es libre e igual para todos.
2. La utilización de los bienes afectados a un servicio público, dejando entrever reservas demaniales, cuando excluye vías por estar dedicadas exclusivamente a la prestación del servicio.
3. El uso especial de las vías cuando habla de ocupaciones precarias. En esta última no podría entenderse como privativo, toda vez que al decir que «ellas no constituyan un estorbo al uso general de dichas vías», no se tipifica la exclusión de uso por lo demás que caracteriza a ese tipo. Además, el artículo 5 se encarga de producir la distinción con el uso privativo, ya que precisa que «Los concesionarios podrán utilizar las vías públicas en la forma que les hayan sido acordadas legalmente, y a falta de estipulación especial, estarán regidos por las disposiciones del artículo que antecede» (28).

En lo concerniente a la utilización de bienes afectados a un servicio público, continúa la Ley 1474 expresando en su artículo 7, que el uso y la explotación de las vías afectadas exclusivamente a determinados servicios públicos, como los ferrocarriles, tranvías, telégrafos y teléfonos, estarán regidos por esta ley, así como por cualquier otra que se refiere a ese servicio en particular. Con esto se denota que la Ley 1474 se trata del derecho común en materia de dominio público terrestre.

A) Tranvías y ferrocarriles

La construcción de ferrocarriles destinados a la explotación pública para el transporte de viajeros y tráfico de mercancías podrá realizarla directamente el Estado, pero también por concesión otorgada a favor de particulares, en

(27) *Op. cit.*, F. LÓPEZ RAMÓN (2012: 152).

(28) Por ejemplo, los caminos establecidos para el uso exclusivo de particulares o como auxiliares de una empresa privada, no podrán atravesar vías públicas sin una concesión especial o sin una franquicia del Poder Ejecutivo (Art. 28).

virtud de una ley que autorice su ejecución o que establezca las condiciones a que deberá sujetarse la concesión (Artículo 29).

Entonces, el requisito *sine qua non* para cualquier construcción de una línea de ferrocarril es la habilitación por vía legislativa. Por eso, la ley distingue entre aquellos proyectos ferroviarios desarrollados directamente por el Estado, que conllevan uso de fondos públicos, de aquellos otorgados a favor de un particular bajo concesión, que producen una solicitud al Poder Ejecutivo y este, a su vez y en caso positivo, la remite al Poder Legislativo para conocimiento del proyecto ley que la ratifica. En algunos casos, este tipo de concesión demanial será de la competencia del Ayuntamiento correspondiente, según el lugar donde se quiere establecer el ferrocarril o tranvía (Artículo 33).

En cuanto a la explotación ferroviaria, toda tarifa para el cobro de los servicios, según la lectura del art. 36 de la misma ley, se establecerá en el acto de concesión, siendo un elemento indispensable.

B) Aguas navegables o flotables

El artículo 48 de la Ley 1474 dispone que «Los lagos, lagunas, ríos y corrientes navegables o flotables, así como sus cauces, riberas y orillas, y la zona de las mareas, corresponden al dominio público del Estado».

Esta previsión legal entra en conexión con el artículo 15 de la Constitución y con el Código Civil dominicano, que en su artículo 538 había previsto que «Los caminos, vías y calles que están a cargo del Estado, los ríos, navegables o flotables, las orillas, las ensenadas y bahías en el mar, puertos, radas, y en general, todas las porciones del territorio dominicano, que no son susceptibles de propiedad particular, se considerarán como dependencias del dominio público».

De todas esas disposiciones se colige un régimen de uso general común. No obstante, la Ley 1474 presenta un escenario que escapa a la naturalidad del bien y que necesita de la realización de actos u obras del hombre, por lo que se introduce la figura de la concesión. De forma escueta, en ese tenor, el artículo 45 de la Ley 1474 expresa que «Las obras para canalizar o hacer navegables o flotables los ríos que no lo sean naturalmente no podrán realizarse sino por el Poder Ejecutivo o en virtud de concesión otorgada legalmente».

C) Franja marítima

La Ley 1474 de 1938 introduce, como manifestación del legislador dominicano, la franja marítima en su artículo 49. Pero, esta tiene su antecedente directo en la Orden Ejecutiva Núm. 580 de 1920, suscrita por Thomas Snowden en nombre del Gobierno Militar de los Estados Unidos durante la intervención

que en dicha época vivía el país, titulada «*Defining maritime and tidal zones and providing regulations*» (29).

Vale destacar que este componente de la zona marítima-terrestre que hace parte del dominio público natural reviste especial importancia para la República Dominicana, toda vez que la privatización —en la realidad material y no en la formalidad jurídica, pues no hay concesiones u otro título habilitante— de partes de la misma, sobre todo las playas, ha generado debates jurídicos que han puesto en relieve el alcance y efectividad del tríptico de protección clásico del dominio público, así como la tensión entre disposiciones constitucionales (30).

También se cuestionan las competencias de la autoridad municipal y la carencia de un sistema de consecuencias ante la inexistencia de título habilitante. Muchos proyectos turísticos del país cierran playas en nombre de la seguridad, del turismo, de la libertad de empresa y de una interpretación extensiva sobre el derecho que tiene el propietario colindante a esta franja.

Tal vez, en cuanto a las costas y franja marítima, si por lo menos se documentaran o formalizaran las concesiones demaniales, siguiendo las previsiones legales al respecto, no hablaríamos de un abuso de derecho por cuestiones fácticas, sino que se podría entrar en el argumento de *la falacia de la concesión* que sostiene MOREU CARBONELL (31), pues se estaría permitiendo una patrimonialización de derechos en manos privadas muy intensa. Es decir, que la técnica concesional estaría ocasionando una rígida privatización de las aguas y de grandes superficies de la zona marítima-terrestre, contraría al espíritu del constituyente de 2010 y de lo que ha determinado el Tribunal Constitucional dominicano.

Volviendo al referido artículo 49 de la Ley de Vías de Comunicación, este fue modificado varias veces para ampliar el ancho de la franja, ante alegatos de que en la práctica resultaba insuficiente para que el Estado cumpliera los fines para los cuales la zona fue creada. Mediante la Ley núm. 305 de 1968 y así se mantiene hasta la actualidad, el legislador la amplió a sesenta metros y puntualizó en la prohibición de todo tipo de construcciones, aún cuando sean de carácter provisional, en la zona marítima, salvo aquellas que excepcionalmente autorice el Poder Ejecutivo para fines turísticos y otros de utilidad pública. Esto último, reitera la noción de interés general y utilidad pública, confirma la posibilidad de usar la figura de la concesión demanial en dicha franja —por la atribución discrecional, desde nuestra óptica, que le otorga al Presidente— y, a la vez, la imposibilidad a ser propietario (inalienabilidad) y titular de un derecho de superficie (mejoras), lo que introduce la teoría de la

(29) *Op. cit.*, H. E. ALÍES RIVAS (2019: 188).

(30) *Ídem.*

(31) E. MOREU CARBONELL (2015b: 455).

propiedad del Estado sobre los accesorios del dominio público (también véase el artículo 18 de la misma Ley) (32).

En la Sentencia TC/0106/19 del 27 de mayo de 2019, el Tribunal Constitucional presenta un *dictum* cuando refiere al criterio establecido en la Sentencia TC/0426/18, del 12 de noviembre de 2018 (33), que expresa:

De las disposiciones normativas, señaladas, puede desprenderse que, efectivamente, la franja marítima de sesenta (60) metros de ancho a partir de la pleamar, según lo prescribe la Ley núm. 305, del veintitrés (23) de mayo de mil novecientos sesenta y ocho (1968), constituye un bien de dominio público marítimo terrestre sujeto a la navegación marítima, así como a cualquier otro uso público; no obstante, la ley de referencia específica que dicha «faja de terreno» abarca todas las costas y playas del territorio dominicano, «salvo los derechos de propiedad que al presente existan».

Se resolvió el problema indicando, como *ratio decidendi*, que las medidas anteriores garantizan el acceso y respeto del derecho de acceso a la Playa Encuentro, como bien de dominio público, en cumplimiento de lo establecido por la Constitución, en su artículo 15, párrafo, texto según el cual: «(...) Los ríos, lagos, lagunas, playas y costas nacionales pertenecen al dominio público y son de libre acceso, observándose siempre el respeto al derecho de propiedad privada. La ley regulará las condiciones, formas y servidumbres en que los particulares accederán al disfrute o gestión de dichas áreas»; y, aplicando el mismo precedente usado para el caso de la Sentencia TC/0378/16, del 11 de agosto de 2016 (34).

Por ende, la Alta Corte ha defendido la naturaleza y uso de la franja marítima. El dilema en esta cuestión es la preexistencia de derechos de propiedad inmobiliaria registrados cuando no había franja o era de menor anchura. Los sesenta metros actuales no pueden verse de manera genérica, como ocurrió en España con la entrada en vigor de su Ley de Costas.

(32) *Op. cit.*, H. E. ALIES RIVAS (2019: 188-189).

(33) En la Sentencia TC/0426/18 del 12 de noviembre de 2018, el Tribunal Constitucional determina que, efectivamente, la franja marítima de 60 metros de ancho a partir de la pleamar, según lo prescribe la Ley núm. 305, del 23 de mayo de 1968, constituye un bien de dominio público marítimo-terrestre sujeto a la navegación marítima, así como a cualquier otro uso público; no obstante, la ley de referencia específica que dicha «faja de terreno» abarca todas las costas y playas del territorio dominicano, «salvo los derechos de propiedad que al presente existan». En ese orden, es que la Constitución dominicana resalta que los ríos, lagos, lagunas, playas y costas nacionales pertenecen al dominio público y son de libre acceso, observándose siempre «el respeto al derecho de propiedad privada».

(34) «(...) Vale subrayar que dicho acceso, no obstante servir de control a la entrada al Condominio Riviera Azul, a la vez constituye una vía de entrada al área de la playa, la cual no pertenece a ningún hotel en específico, sino que es una vía de uso común para todos los hoteles instalados en el Complejo Turístico Playa Dorada y, por consiguiente, para sus clientes y personal».

Del mismo modo, en materia de concesiones la discrecionalidad del Poder Ejecutivo puede ser peligrosa. Se debe definir el alcance de esos «finés turísticos» que motivarían la ocupación y su armonía con las servidumbres prescritas en el artículo 15 de la Constitución.

Finalmente, esta Ley 1474 aborda otras concesiones en materia de instalaciones radioeléctricas y de redes telegráficas o telefónicas, que fueron derogadas y que están actualmente reguladas por Ley núm. 153-98, sobre de telecomunicaciones, del 27 de mayo de 1998, y su normativa complementaria. No haremos referencia a ellas, toda vez que guardan relación más estrecha con las concesiones de servicio público y escapan al objeto central de nuestro estudio.

2. Concesiones en la Ley de Medio Ambiente y Recursos Naturales

En cuanto al medio ambiente, el contraste al rol estatal se visualiza en el artículo 50 de la Constitución, como ya se expresó con anterioridad, cuando al describir la libertad de empresa, precisa que «El Estado puede otorgar concesiones por el tiempo y la forma que determine la ley, cuando se trate de explotación de recursos naturales o de la prestación de servicios públicos, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público y al equilibrio medioambiental». Básicamente, toda concesión demanial en la materia paga una tasa o canon obligatorio fijado por el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales o por el Ayuntamiento del lugar que se trate (35).

Ante la carencia de una Ley de Aguas, una Ley de Costas y una Ley de Ordenamiento Territorial, adecuadas a la Constitución de 2010, aquí entra en el juego la Ley núm. 64-00 del 2000, sobre medio ambiente y recursos naturales. Esta norma —que llegó de forma tardía, en nuestra opinión— describe, con claridad, cuáles bienes forman parte del dominio público marítimo-terrestre (Artículo 147) (36). Asimismo, precisa que (1) Los bienes de dominio publico

(35) Al tenor de la Ley 176-07 de 2007 sobre el Distrito Nacional y los Municipios, los Ayuntamientos pueden establecer mediante ordenanzas, tasas por la utilización exclusiva o el aprovechamiento especial del dominio público municipal, así como por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia municipal que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los ciudadanos. En ese mismo sentido, el importe de las tasas previstas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público municipal se fijan tomando como referencia el valor que tiene en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público.

(36) Artículo 147.— Los bienes de dominio público marítimo-terrestre son: 1. Las riberas del mar y de las rías, que incluye: La zona marítimo-terrestre o espacio comprendido entre la línea de bajamar, escorada o máxima viva equinoccial y el límite hasta donde alcanzan

marítimo-terrestre o costas pertenecen al Estado Dominicano y, por tanto, son inalienables, imprescriptibles e inembargables, y todo ciudadano tiene el derecho a su pleno disfrute, salvo las limitaciones que impone la seguridad nacional, lo cual será objeto de reglamentación (Artículo 145); y (2) que el otorgamiento a particulares de permisos y concesiones para el usufructo y explotación del espacio costero-marino y sus recursos, se hará siempre y cuando la evaluación ambiental determine la adecuación con la conservación y protección de los mismos (Artículo 148).

Entonces, para acceder a los bienes y explotarlos ha de tenerse una autorización expresa del Estado, por intermedio del órgano de la Administración Pública competente. Esta autoridad sería el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, pues como ente público encargado, ejercita sus facultades tendentes a una correcta explotación, pudiendo por razones de interés público, limitar en forma total o parcial, permanente o transitoria, el uso y aprovechamiento de los recursos naturales. Sin embargo, la no precisión del alcance de las facultades de los Ayuntamientos en el control del dominio público municipal trae situaciones de conflicto en el ejercicio de estas disposiciones.

Dos puntos son notorios en esta norma:

1. La liberación de títulos habilitantes, al no reducirse a concesión e incluir, en adición a la forma tradicional, otras modalidades. Es decir,

las olas en los mayores temporales conocidos o, cuando lo supere, el de la línea de pleamar máxima viva equinoccial. Esta zona se extiende también por los márgenes de los ríos hasta el sitio en donde se haga sensible el efecto de las mareas; la franja marítima de sesenta (60) metros de ancho a partir de la pleamar, según lo prescribe la Ley 305, de fecha 30 de abril de 1968; las marismas, albuferas, marjales, esteros; los terrenos bajos que se inundan como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas, de las olas o de la filtración del agua del mar; las playas o zonas de depósito de materiales sueltos tales como arenas, gravas y guijarros, incluyendo escarpes, bermas y dunas, tengan o no vegetación, formadas por la acción del mar o del viento marino, u otras causas naturales o artificiales; 2. El mar territorial y las aguas interiores, con su lecho y subsuelo; 3. Los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental; 4. Las accesiones a la ribera del mar por depósito de materiales o por retirada del mar, cualesquiera que sean las causas; 5. Los terrenos ganados al mar como consecuencia directa o indirecta de obras, y los desecados en su ribera; 6. Los terrenos invadidos por el mar que pasan a formar parte de su lecho por cualquier causa; 7. Los acantilados sensiblemente verticales que están en contacto con el mar o con espacios de dominio marítimo-terrestre hasta su coronación; 8. Los terrenos deslindados como dominio público que, por cualquier causa, han perdido sus características naturales de playa, acantilado o zona marítimo-terrestre; 9. Los islotes y cayos en aguas interiores y mar territorial, o aquellos que estén formados o se formen por causas naturales; 10. Los terrenos incorporados por los concesionarios para completar la superficie de una concesión de dominio público marítimo-terrestre; 11. Los terrenos colindantes con la ribera del mar que se adquieran para su incorporación al dominio público marítimo-terrestre; 12. Las obras e instalaciones construidas por el Estado en dicho dominio; 13. Las obras e instalaciones de costas y señalización marítima; 14. Los puertos y las instalaciones portuarias.

con respecto a la conservación, el uso y aprovechamiento de los recursos naturales, el Estado puede otorgar derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales por concesión (37), permisos, licencias y cuotas (Artículo 116) (38).

2. No se presenta una clasificación sobre la utilización del dominio público. Pero, de un estudio integral de la Constitución y la Ley de Medio Ambiente y Recursos Naturales, se colige: (1) usos generales o libremente accesibles a los administrados; (2) usos especiales que requieren de autorización administrativa; y (3) usos privativos que precisan de una concesión administrativa.

Eso sí, previo al otorgamiento de permisos, concesiones y firmas de contratos de explotación racional de recursos naturales, el Estado solicita y toma en cuenta la opinión de los gobiernos municipales y las organizaciones sociales representativas de los municipios respectivos.

Las licencias y permisos si tienen un plazo prefijado, atendiendo a lo indicado por la Ley 64-00. Empero, no existe disposición normativa relativa al plazo de duración de una concesión demanial sobre recursos naturales, queda a la libertad de las partes, tomando como parámetro el máximo establecido en la actual Ley de APP y, de forma residual, en la Ley 340-06.

Como idea final en cuanto a esta Ley, se debe mencionar que la misma dispone que dentro de los recursos operativos del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales y el Fondo Nacional para el Medio Ambiente y Recursos Naturales, se cuenta con un 25% de las regalías por concesiones o contratos de exploración y explotación de recursos naturales (Artículo 72). Esto ayuda al autofinanciamiento y sostenibilidad del sector ambiental, en el sentido amplio del término.

Finalmente, se debe destacar que la Ley núm. 202-04 que establece el Sistema Nacional de Áreas Protegidas y la Ley Sectorial Forestal de la República Dominicana núm. 57-18, no presentan nada sobre concesiones. Pero, sobre la primera, se habla de áreas protegidas privadas y solo se regulan los permisos de uso, como título habilitante. Por su parte, sobre la segunda, en la realidad jurídica existen diversas concesiones forestales aprobadas. Por

(37) En su momento, a través de la Ley 1350 del 23 de julio 1937, se llegó a prohibir el otorgamiento de arrendamientos, concesiones u otros derechos a particulares, sobre las islas, islotes y cayos adyacentes al territorio de la República. Esto fue derogado por la Ley 590 del 2 de julio de 1970.

(38) Algo importante que prevé la norma, en su artículo 117, es que para lograr la conservación, uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, tanto terrestres como marinos, deben tomarse en cuenta, entre otros, los siguientes criterios: la función ecológica del recurso; la peculiaridad del mismo; la fragilidad; la sostenibilidad de los manejos propuestos; y, los planes y prioridades del país, región y provincia donde se encuentren los recursos.

ejemplo, mediante el Decreto No. 249-04, del 22 de marzo de 2004, se dispuso que el bosque público de Sabana de San Juan, pasará a ser gestionado en forma de concesión por la Fundación Sur Futuro, Inc. y las comunidades existentes en el área, bajo el criterio de manejo participativo y según los lineamientos del Programa de Bosque Modelo Internacional, con énfasis sobre la producción de agua, preservación de la biodiversidad, fomento de la gestión comunitaria y eliminación de la pobreza en las comunidades ubicadas en el área de influencia. Esta concesión tiene una duración de veinticinco (25) años y promueve un modelo interesante, pero que, de cara a su posible renovación, debe armonizar con la Constitución de 2010 en materia de dominio público.

3. Concesiones en la Ley Minera

Las concesiones demaniales mineras tienen especial reconocimiento desde la Constitución de 1942, siendo una de las más frecuentes en la práctica dominicana (39).

La Ley Minera de la República Dominicana, No. 146, del 4 de junio de 1971, y su Reglamento de Aplicación, No. 207-98, del 3 de junio de 1998, instauran el marco normativo sobre la materia y regula de forma inextensa todo el procedimiento para el otorgamiento de concesiones mineras. Como la minería se ejerce a través de concesiones, las disposiciones al respecto crean un esquema, que al margen de la especialidad del sector, podría ser emulado por otras leyes sectoriales.

Se complementa de la Ley No. 100-13 que crea el Ministerio de Energía y Minas, como órgano dependiente del Poder Ejecutivo, encargado de la formulación y administración de la política energética y de minería metálica y no metálica, del 2 de agosto de 2013 (40).

Este Ministerio es que tiene las atribución de «Declarar caducas las concesiones de exploración o explotación minera, por las causales determinadas en la Ley General de Minería, No. 146» (Art. 3, letra c) y «Conceder los permisos de exploración y las concesiones para la explotación de hidrocarburos de conformidad con las normas que se dicten sobre la materia» (Art. 3, letra n), que no podrán otorgarse a gobiernos extranjero ni dentro de una reserva fiscal.

La Ley 146 es clara cuando dispone que no hay otra forma de explorar, explotar o beneficiar las substancias minerales, que no sea mediante concesio-

(39) Cfr. Ley núm. 127 de 1967, que dispone que todas las canteras y arenas ubicados en el dominio público o privado del Estado serán administrados y explotados por los Ayuntamientos de los lugares donde estos radiquen.

(40) Ver también la Ley No. 1852 (G.O. 6865 del 1 de diciembre de 1948) sobre exploración de minas, canteras y turberas y la Ley No. 4532 del 31 de agosto del 1956, que regula la explotación de los yacimientos petroleros y otros combustibles.

nes o contratos otorgados por el Estado (Art. 3), dejando claro que la concesión minera constituye un derecho distinto al de la propiedad de la tierra en que se encuentra, aunque aquella y ésta correspondan a una misma persona (Art. 6). Esto es una consecuencia de la inalienabilidad del dominio público, al tiempo de habilitar lo que entendemos es un derecho real administrativo y cerrar el otorgamiento de otros títulos habilitantes.

Como lineamiento general, se establece que «la concesión minera se reputa un inmueble, incluyendo los bienes destinados a sus operaciones como las instalaciones, maquinarias, aparatos, instrumentos, vehículos, animales y cuantas cosas se utilicen para el fin económico de la concesión, aunque se hallen fuera de su perímetro» (Art. 10). Pero, aclara que la concesión minera da derecho con carácter de exclusividad sobre todas las substancias que se encuentren dentro del perímetro de la misma, para explorarlas, explotarlas o beneficiarlas, de conformidad con las prescripciones de esta ley» (Art. 11).

Se tipifican dos tipos de concesiones mineras:

1. Las concesiones de exploración (ver arts. 27 al 41): da el derecho exclusivo para explorar las substancias minerales que se encuentren dentro del perímetro de la misma, por el término de tres (3) años computables a partir de la fecha de su otorgamiento.
2. Las concesiones de explotación (ver arts. 42 y ss.): que consiste en la preparación y extracción de substancias minerales de los yacimientos para su aprovechamiento económico. No pueden durar más setenta y cinco (75) años, lo que entra en conflicto con los cuarenta (40) años máximo que prescribe la Ley 47-20 de APP.

También se otorgan concesiones para instalación de plantas de beneficio, entendiéndose como tales, el establecimiento industrial, comprendiendo instalaciones y construcciones conexas en el que se realicen, sobre substancias minerales, operaciones de concentración mecánica o tratamiento minero-metalúrgico de cualquier tipo, incluyendo operaciones de fundición o de refinación, para obtener concentrados minerales y compuestos metálicos, metales, metales o minerales no metálicos susceptibles de ser aprovechados por otras industrias (Art. 53).

Esta es la única norma que regula explícitamente las formas de terminación de una concesión en el ordenamiento jurídico dominicano, más allá de la llegada del término o plazo prefijado. En ese tenor, dice que «los derechos de las personas físicas o jurídicas sobre concesiones de exploración y de explotación se extinguen por las siguientes causas: vencimiento, renuncia, nulidad y caducidad» (Art. 91). A su vez, resalta que, desde el plano contractual, que las concesiones otorgadas al tenor de las prescripciones de la Ley Minera son consideradas contratos de adhesión con el Estado (Art. 101) y se asientan en un registro público de derechos mineros creado a tales fines,

recomendándose su inscripción en el Registro Inmobiliario cuando afecte inmuebles registrados.

Esta ley se ve complementada por la ya referida Ley 64-00 de medio ambiente y recursos naturales, por el evidente impacto ambiental que genera dicha actividad. En esta ley, en su artículo 162, manifiesta que «[...] en el aprovechamiento de los recursos mineros, incluyendo su extracción, concentración, beneficio y refinación, los concesionarios estarán obligados a: 1. La disposición o eliminación adecuada de los materiales de desecho, tóxicos o no, de acuerdo con el plan operacional y de cierre del proyecto; y, 2. Rehabilitar las áreas degradadas por su actividad, así como las áreas y ecosistemas vinculados a estas que puedan resultar dañados o, en su defecto, realizar otras actividades destinadas a la protección del medio ambiente, en los términos y condiciones que establezca el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales». A modo de garantía, la autoridad exigirá a las empresas mineras concesionarias un seguro o fianza en favor del Estado Dominicano.

Otorgada una concesión de este tipo, se genera la obligación del concesionario de informar a la autoridad sobre el impacto de la utilización de un bien de dominio público en el medio ambiente y los recursos naturales y, por otro lado, la obligación de la autoridad de contrastar esos informes, en base a la licencia o permiso ambiental que se haya otorgado.

4. Otras leyes especiales

Otras leyes se pronuncian escuetamente sobre concesiones demaniales. La Ley núm. 921 sobre concesiones del uso del dominio público para conducción y distribución de energía eléctrica, de 1945, en su artículo 1 expresa que: «El uso por los particulares de las vías públicas y el de las otras dependencias del dominio público, municipal o nacional, para la conducción o la distribución, por medio de alambres, cables y otras canalizaciones, de energía eléctrica destinada al alumbrado, a la calefacción, a la producción de fuerza motriz o a cualquier otro aprovechamiento público o privado, queda sometido al régimen de las concesiones que otorgue la autoridad pública de conformidad con esta ley»; aclarándose que se excluye el régimen de uso de las vías y otros dependencias que se enmarcan en las disposiciones de la referida Ley núm. 1474 de 1938.

Esta ley es la que mejor ilustra el alcance de las competencias tanto del Poder Ejecutivo como del Ayuntamiento del municipio que se trate. Se verifica atendiendo al territorio donde se ejecute, salvo la conducción de energía mediante líneas de alta tensión entre plantas generadoras, o entre éstas y las sub-estaciones transformadoras o transformadores de líneas situados en territorios correspondientes a diferentes gobiernos municipales, que siempre serán otorgadas por el Poder Ejecutivo (Artículo 5, párrafo).

El agua quedó blindada en la Constitución de 2010, pero no tenemos una Ley de Aguas que regule este recurso conforme a las exigencias de los nuevos tiempos. La referencia directa es la Ley núm. 5852 de 1962, sobre dominio de aguas terrestres y distribución de aguas públicas, que cataloga como bienes del dominio público las aguas pluviales que discurren por barrancos o ramblas, cuyos cauces sean del mismo dominio público; las aguas de los ríos, las aguas que nacen continua o discontinuamente en terrenos del dominio público; las continuas o discontinuas de manantiales y arroyos que corren por sus cauces naturales; y, el dominio de las aguas minerales nazcan o corran en terrenos de propiedad pública o privada.

Alrededor de todas ellas se organiza un meticuloso sistema concesional. Por ejemplo, en agua minerales, al otorgarse concesión tendrá prioridad en igualdad de condiciones el propietario del terreno en donde nazca o corra dicha fuente. Por igual, conforme al artículo 26, se admiten las concesiones de terrenos del dominio público para alumbrar aguas subterráneas por medio de galerías, socavones o pozos artesianos o pozos profundos. Sin embargo, solo podrán concederse en terrenos de dominio público cuya superficie o suelo no haya sido concedido para un objeto distinto (salvo compatibilidad) y ninguna concesión de esta clase, podrá perjudicar los aprovechamientos preexistentes, bien sean de público interés, bien privado, con derechos legítimamente adquiridos.

Por otro lado, la ley 214 de 1943, sobre cementerios, establece que «[I]os terrenos de los cementerios establecidos por los Ayuntamientos constituyen dependencias del dominio público y, en consecuencia, serán inajenables e imprescriptibles, y solo podrán ser objeto de concesiones a título temporal o a perpetuidad para fines de enterramiento o sepultamiento de cadáveres o restos humanos o para la construcción de cenotafios, en las condiciones que establezcan los Ayuntamientos».

Por igual, menciona que las condiciones de las concesiones en los cementerios serán iguales para todos, sin diferencias por motivos de raza, nacionalidad u otra circunstancia cualquiera.

Lo más interesante que dispone esa ley es cuando señala que aun cuando toda ordenanza, reglamento, contrato o formulario relativo a cementerio use la palabra venta, se debe entender siempre que se trata de concesiones. Es decir, la concesión es el único título habilitante para uso privativo del dominio público que conforma la materia de cementerios.

Esta ley introdujo el elemento de la duración, permitiendo una concesión a plazo o a perpetuidad. Sobre este particular, lo normal es que se establezca un plazo en el contrato de concesión, como establece la Ley Minera. La derogada Ley 340-06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones disponía, en su artículo 49, que un plazo de duración de un

contrato de concesión estaría determinado por la naturaleza del bien, obra o servicio y no podía ser mayor al setenta y cinco por ciento (75%) de la vida útil de las mismas, en aquellos casos que la vida útil sea una variable determinante del proyecto. El plazo sería calculado en cada caso de acuerdo con la cuantía e importancia de la inversión, tomando en cuenta el interés nacional, el de los usuarios, y otros factores que establezca la reglamentación de dicha ley, que por cierto no dice nada.

Por su parte, la Ley núm. 47-20 de Alianzas Público-Privadas fijó algo parecido, pero con un tope. Establece que el plazo de vigencia será convenido según la naturaleza y objeto del bien o servicio a contratar, sin que en ningún caso, sea superior a cuarenta años, aunque se podría dar prórroga de no más de la mitad del plazo original, siempre y cuando haya sido establecida la posibilidad en el pliego de condiciones y en el contrato original (Art. 69).

En un caso excepcional e interesante, en la ya mencionada Ley 5852 sobre dominio de aguas terrestres y distribución de aguas públicas, se prevé que las concesiones de aprovechamiento de aguas públicas para fines industriales, se otorguen a perpetuidad y a condición de que si en cualquier tiempo las aguas adquiriesen propiedades nocivas a la salubridad, la vegetación o a los peces, por causa de la industria para que fueron concedidas, se declarará la caducidad de la concesión sin derecho a indemnización alguna. También, la Ley núm. 86, del 25 de septiembre de 1942, aprobó una concesión a perpetuidad del cincuenta por ciento de producido de las Salinas de Puerto Hermoso a favor de la común de San Cristóbal.

Desde la óptica municipal, vale observar la Ley No. 176-07 del Distrito Nacional y los Municipios, del 17 de julio de 2007, que tiene la peculiaridad de remitir en materia de contratación a la Ley 340-07, que como vimos ya no contempla las concesiones, al tiempo de prescribir que solo podrán ser objeto de concesiones los servicios cuya instalación se haya hecho directamente por el ayuntamiento, o que sea propiedad de este. Un contrato de servicio de recogida de basura, hasta con gestión indirecta, no necesariamente puede ser catalogado como una alianza público-privada. Ahí radica la importancia de aclarar conceptualmente lo creado por el legislador en el año 2020.

Esta Ley 176-07 derogó la Ley No. 3455 sobre Organización Municipal, de 21 de diciembre de 1952, que contrario a la vigente, ofrecía la descripción de diversas atribuciones relacionadas a concesiones en materia de dominio público municipal.

IV. REFLEXIONES FINALES

El presente trabajo deja sobre la mesa la necesidad de aclarar, por vía legislativa, la disyuntiva conceptual creada por la Ley 47-20 de Alianzas Públi-

co-Privadas, respecto a las concesiones. Eso así, debido a que estas cuentan con un notorio reconocimiento constitucional y un ámbito de aplicación diverso a través de leyes sectoriales que se han descrito.

Ahora bien, la aproximación que se ha generado debe verse como un llamado de atención para eliminar la precariedad existente en materia de concesiones demaniales y todo el régimen de utilización de bienes del dominio público en cuanto a su descripción y organización. Para ello, somos del parecer que el dominio público dominicano debe ser conceptualmente comprendido y sistematizado, pues será la única forma de construir un régimen coherente que aborde apropiadamente las reglas de utilización y aprovechamiento.

Por lo menos, ya se va rompiendo con la rigidez de ver al dominio público como un conjunto de bienes a los que simplemente hay que proteger, conservar y administrar. De todas formas, el dominio público dominicano, en especial en el tema del dominio público marítimo-terrestre, tiene que avocarse a identificar fórmulas alternas para la gestión, la valorización y la explotación dinámica y razonable, sin que esto implique desnaturalizar la afectación. De hecho, ya hay buenos planes de manejo de áreas protegidas y proyectos de ecoturismo que guardan el equilibrio deseado.

Para todo lo anterior, se siguen extrañando la Ley de Aguas, la Ley de Costas y la Ley de Ordenamiento Territorial.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALIES RIVAS, Héctor E. (2019): «El dominio público en República Dominicana: estudio de su evolución histórica como requisito para la búsqueda de una teoría propia», *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, no. 22, pp. 163-201.
- AMIAMA, Manuel A. (2008): *Prontuario de legislación administrativa dominicana, revisado, anotado y puesto al día por el Dr. Raymundo Amaro Guzmán*, 3ª ed., Santo Domingo, SEAP, pp. 694.
- CONCHA JARAVA, Manuel (2007): «La participación público-privada en la ejecución de las Infraestructuras», *Reflexiones: Revista de Obras Públicas, Transporte y Ordenación Territorial*, N° Extra 0, pp. 49-68.
- DE LEÓN REYES, Boris (2020): «La nueva Ley de Alianzas Público-Privadas (APP): ¿régimen por el contrato de concesión?», en J. Vizcaíno Canario (Coord.), *Compilación de estudios legales*, AbogadoSDQ, pp. 96-102.
- DICKSON MORALES, Rafael (2019): «El proyecto de Alianzas Público-Privada: Necesario para la inversión pero requiere urgente revisión», *Periódico digital Acento*, s/n.

- (2021): «Generalidades de las alianzas público-privadas: su conceptualización y enfoque conforme a la Ley 47-20», en R. Dickson Morales (Dir.), *El nuevo régimen de las alianzas público privadas en la República Dominicana*, Santo Domingo, Librería Jurídica Internacional, pp. 1-25.
- FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, María de los Ángeles (2014): «La necesaria reformulación del concepto de dominio público en el ordenamiento jurídico español», *Revista Lecciones y Ensayos*, Universidad de Buenos Aires, no. 93, pp. 85-113.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (2015): «Cuestiones del régimen general del dominio público», en J. GONZÁLEZ GARCÍA (Dir.), *Derecho de los bienes públicos*, 3ra. edición, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 89-160.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2012): *Sistema jurídico de los bienes públicos*, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas – Aranzadi, pp. 317.
- MOREU CARBONELL, Elisa (2003): «Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las “obligaciones de dominio público”», *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, no. 161, pp. 435-477.
- (2015): «El debate actual sobre el concepto y la naturaleza del dominio público en España», en Fernando López-Ramón y Orlando Vignolo Cueva (Coords.), *El dominio público en Europa y América Latina*, Lima: RIBP – Círculo de Derecho Administrativo, pp. 65-92.
- PIMIENTO, Julián y CASTRO, Alexandra (2017): «El régimen del patrimonio cultural en Colombia. Una visión general desde el punto de vista normativo», en Fernando López Ramón (Coord.), *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 225-260.
- RODRÍGUEZ HUERTAS, Olivo (2015): «Panorámica del derecho administrativo tras la Constitución del 2010», en J. Rodríguez-Arana, O. Rodríguez Huertas, M. A. Sendín García y S. T. Castaños Guzmán (Dirs.), *Memorias del Congreso Internacional de Derecho Administrativo Dr. Raymundo Amaro Guzmán (Santo Domingo, República Dominicana, 12-14 septiembre 2012)*, Santo Domingo, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Asociación Dominicana de Derecho Administrativo y Fundación Institucionalidad y Justicia, pp. 985-1031.
- (2018): «Derecho administrativo dominicano», en K. Navarro Medal y J. A. Moreno Molina (Coords.), *Derecho Administrativo: México, Centroamérica y República Dominicana, Nicaragua*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) y Editorial Hispamer, pp. 429-464.
- SANTAELLA QUINTERO, Héctor (2017): «Bases constitucionales de la protección del patrimonio cultural en Colombia», en Fernando López Ramón (Coord.), *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 201-223.

SOUSA DUVERGÉ, Luis Antonio (2020): «Las asociaciones público-privadas: una aproximación conceptual y de sus fundamentos constitucionales en la República Dominicana», en E. Jorge Prats (Dir.), *La organización del poder para la libertad (Liber amicorum en honor a Milton Ray Guevara)*, Santo Domingo, Librería Jurídica Internacional e Instituto Dominicano de Derecho Constitucional (IDDEC), pp. 945-986.

LAS CONCESIONES DEMANIALES COMO HERRAMIENTAS DE IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS (APLICACIÓN A UN PROYECTO DE SALUD PÚBLICA)

DANIEL MAURO NALLAR

Titular de la Cátedra de Derecho administrativo de la
Universidad Católica de Salta

SUMARIO: I. HACIA UNA NOCIÓN AUTÓNOMA DE LA CONCESIÓN DE BIENES PÚBLICOS.– II. EL DERECHO HUMANO A UNA VIDA DIGNA COMO «DERECHO LLAVE» DEL DERECHO A LA SALUD, AL AMBIENTE SANO Y AL BIENESTAR. LA SALUD Y LAS CIUDADES.– III. LAS TEMÁTICAS VINCULADAS A LA SALUD QUE DEBEN ENFRENTARSE PRIMORDIALMENTE DESDE LOS GOBIERNOS O ADMINISTRACIONES LOCALES (ALCALDÍAS, AYUNTAMIENTO, MUNICIPIOS): 1. Tratamiento especial de los adultos mayores. 2. Tratamiento especial de adicciones. 3. Tratamiento especial por los menores en riesgo dentro de sus hogares o en sus entornos. 4. Tratamiento especial por las mujeres víctimas de violencia psicológico y/o física. 5. Tratamiento especial para personas con habilidades, capacidades o aptitudes afectadas o disminuidas.– IV. PORQUE SON LOS GOBIERNOS LOCALES QUIENES DEBEN OCUPARSE DE ESTOS TEMAS Y NO LOS GOBIERNOS NACIONALES NI PROVINCIALES O REGIONALES.– V. ACERCA DE LAS CONCESIONES DEMANIALES. ASPECTOS JURÍDICOS DE IMPORTANCIA: 1. Su objeto es un bien del dominio público de uso público. 2. El concesionario puede ser una persona pública o privada, humana o jurídica y estatal o no estatal. 3. El objeto de la concesión y las actividades a desarrollar en el bien concedido deben respetar idénticos parámetros a los establecidos para el Estado concedente. 4. La concesión debe definir los derechos y obligaciones del concesionario. 5. La concesión demanial implica el otorgamiento de un derecho real. 6. La concesión debe contener un régimen de bienes que establezca parámetros para su uso y las condiciones de reversión. 7. Cada concesión demanial debe definir expresamente el tipo o clase al que pertenece el título.– VI. COMO SE APLICARÍA LA CONCESIÓN DEMANIAL EN EL MARCO DE LO EXPUESTO.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Este trabajo nace a partir de las ideas debatidas en el marco de la Red Internacional de Bienes Públicos, aplicando conceptos a un caso concreto (concesiones demaniales para prevención de la salud), tanto sobre dominio público y bienes públicos, como sobre la concesión para su utilización en favor del bien común. Desarrollamos notas jurídicas de las concesiones demaniales, identificamos los sectores vulnerables y proponemos la utilización público-privada de los bienes públicos.

Expresa Rodríguez Arana que «... el fracaso del derecho administrativo como instrumento para garantizarles y preservar condiciones de vida dignas a las personas es una realidad sobre la que la ciencia jurídica, en sinergia con las demás ciencias sociales, debe trabajar en los próximos tiempos». La dignidad humana es el objetivo más

importante y la causa-fin que motiva el nacimiento de los demás derechos humanos emergentes de tratados y convenciones internacionales. En ese contexto, los bienes públicos y las técnicas jurídicas para su utilización constituyen una herramienta fundamental para acercar soluciones a los problemas más importantes y urgentes que debemos resolver en este comienzo de siglo.

Palabras clave: dominio público; bienes públicos; concesión demanial; dignidad humana; salud pública; vida digna; gobierno local; tratados.

ABSTRACT: This work was born from the ideas discussed in the framework of the International Network of Public Goods, applying concepts to a specific case (public concessions for health prevention), both on the public domain and public goods, as well as on the concession to be used for the common good. We develop legal notes of public concessions, we identify vulnerable sectors and we propose the public and private use of public goods.

Rodríguez Arana expresses that «... the failure of administrative law as an instrument to guarantee and preserve decent living conditions for people is a reality on which legal science, in synergy with other social sciences, must work in the future». Human dignity is the most important objective and the cause and purpose that motivates the birth of other human rights emerging from international treaties and conventions.

In this context, public goods and the legal techniques for their use constitute a fundamental tool to bring solutions to the most important and urgent problems that we must solve at the beginning of this century.

Key words: public domain; public property; demanial concession; human dignity; public health; dignified life; local government; treaties.

I. HACIA UNA NOCIÓN AUTÓNOMA DE LA CONCESIÓN DE BIENES PÚBLICOS

Sin dudas el desarrollo de la noción de dominio público es uno de los temas más debatidos del Derecho Administrativo. No siendo el objeto de este trabajo su profundización, nos limitaremos a exponer nuestra adhesión a las notas, principios y conceptos desarrollados por el Profesor Cassagne y, en tal sentido, manifestar que el derecho al uso común de un bien dominial configura un derecho real administrativo que le pertenece al pueblo y es ejercido por todos los habitantes, aún cuando la administración o el gerenciamiento del bien se encuentra a cargo del estado (1).

Los institutos como el permiso, la licencia, la autorización y la concesión, constituyen instrumentos jurídicos que, no sólo facilitan sino otorgan seguridad jurídica, orden, equidad, legalidad y razonabilidad en la utilización de los bienes del dominio público con fines específicos y a través de personas

(1) CASSAGNE, Juan Carlos, 2020, p. 540.

determinadas, pero debe siempre conservarse el uso de los bienes con fines públicos, destinados a la satisfacción de una necesidad pública o producir un beneficio al interés público y el bien común (2).

En este contexto, consideramos que no existe la posibilidad de que un bien del dominio público sea utilizado por una persona pública o privada, estatal o no estatal, jurídica o humana, con fines estrictamente privados o ajenos al interés público. En un sentido que compartimos parcialmente pero respetamos como nota clarificadora, se ha expresado 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. Más concretamente, el Dominio Público no interesa como propiedad, sino como justificación para que la Ley atribuya determinadas facultades, y para que el Derecho privado no llegue a absorberlo» (3).

Respecto de la posibilidad de que el Estado, como administrador de los bienes del dominio público (propiedad del pueblo), arriende o alquile a un tercero el uso de un bien sin que tenga beneficio alguno al interés público o al bien común, su constitucionalidad estará sujeta a que se demuestre que ese bien no puede utilizarse para otros fines, o para que el arrendatario o locatario explote el bien durante un plazo limitado a cambio de acondicionarlo para fines públicos una vez vencido el plazo. En todos los casos el uso deberá ser oneroso y previo procedimiento de selección, aún cuando correspondería asignar una ventaja razonable al iniciador del proyecto a concretar (4).

(2) CASSAGNE, Juan Carlos y DE LA RIVA, Ignacio, 2014.

(3) B. PAREJO GAMB y J. M. RODRÍGUEZ OLIVEK, 1976, pp. 7 y ss.

(4) En el caso de Argentina, rige el RÉGIMEN NACIONAL DE INICIATIVA PRIVADA, Decreto 966/2005, cuyos artículos pertinentes a lo que opinamos en el texto disponen: «... ARTÍCULO 8° – Considerase que en todos los casos en que las ofertas presentadas fueran de equivalente conveniencia, será preferida la de quien hubiera presentado la iniciativa, entendiéndose que existe equivalencia de ofertas cuando la diferencia entre la oferta del autor de la iniciativa y la oferta mejor calificada, no supere el CINCO POR CIENTO (5%) de esta última. La prerrogativa precedente se aplicará cualquiera sea la modalidad de selección adoptada, conforme lo dispuesto por el Artículo 6° del presente Anexo»; «ARTÍCULO 9° – Si la diferencia entre la oferta mejor calificada y la del iniciador, fuese superior a la indicada precedentemente, hasta en un VEINTE POR CIENTO (20%), el oferente mejor calificado y el autor de la iniciativa serán invitados a mejorar sus ofertas, en forma simultánea y en sobre cerrado, no siendo de aplicación en este extremo la fórmula de equivalencia de ofertas del artículo anterior» y «ARTÍCULO 10. – El autor de la Iniciativa Privada, en el supuesto de no ser seleccionado, tendrá derecho a percibir de quien resultare adjudicatario, en calidad de honorarios y gastos reembolsables, un porcentaje del UNO POR CIENTO (1%) del monto que resulte aprobado en los términos del Artículo 5° del presente Anexo».

En lo atinente a las alternativas de «participación público privada», con escasa aplicación por los engorrosos procedimientos para su ejecución, rige también en Argentina la Ley 27.328, que aprueba el régimen de participación, asociación y contratación entre el sector público y el sector privado, que, como bien expresa LAU ALBERDI, «A través de este sistema se permite no sólo la concreción de un proyecto de infraestructura física, sino que también se piensa en la provisión de servicios, inversión productiva e investigación aplicada y tecnológica. Mientras en la obra pública el Estado adquiere un opus, es decir una obra, en un contrato de PPP se adquiere infraestructura, que, en otras palabras, es lo que soporta la prestación del servicio. Por eso el objeto de este régimen es mucho más amplio que la mera construcción o la mera prestación de un servicio público. Implica un cambio de paradigma en la contratación pública, al excluirse o limitarse significativamente las prerrogativas de derecho público de la Administración (entre otras, el poder de modificar unilateralmente el contrato, la rescisión por razón de interés público, o de oportunidad, mérito o conveniencia, la imposibilidad del contratista privado de invocar el incumplimiento del Estado para suspender sus prestaciones, la limitación de la responsabilidad del Estado)» (5).

Específicamente, la técnica de la «concesión» como instituto jurídico del Derecho Administrativo, es adoptada por el Diccionario de la Real Española en su tercera acepción como «3. f. Der. Negocio jurídico por el cual la Administración cede a una persona facultades de uso privativo de una pertenencia del dominio público o la gestión de un servicio público en plazo determinado bajo ciertas condiciones». Así también, sin limitarla al aspecto público, se define como «4. f. Der. Otorgamiento que una empresa hace a otra, o a un particular, de vender y administrar sus productos en una localidad o país distinto».

Entre sus utilidades concretas podemos mencionar algunas, pero no sin antes advertir que, justamente por tratarse de un «negocio jurídico» que usan las administraciones públicas para «ceder» a terceros el uso privativo de una pertenencia del dominio público o la gestión de un servicio público, es técnicamente imposible abarcar todos los supuestos bajo idénticos principios y normas, debiendo, por el contrario, determinarse en cada caso sus notas particulares.

Sin perjuicio de ello, es posible citar a título enunciativo la concesión de aguas superficiales (para riego y para riego en régimen de servicio público u obra pública), concesión de aguas subterráneas, concesión de almacenamiento, concesión de costas, concesión de dominio público marítimo-terrestre, concesión demanial en general sobre un bien del dominio público para su uso privativo (concesión demanial minera, por ejemplo), concesión de montes, concesión

(5) LAU ALBERDI, Jerónimo, 2017, pp. 199-238.

de obra pública, concesión de ocupación de bienes del dominio público, concesión de pesca transferible, concesión de servicio público (efectuado para la prestación de un servicio (concesión de servicio público de transporte, por ejemplo), concesión de lugares determinados lineal o zonalmente, concesión mercantil, concesión minera, concesión periódica de cortas de madera en bienes comunales, entre muchos otros casos en los que fuese oportuno, necesario u obligatorio ceder a un tercero el uso privativo de una pertenencia del dominio público.

En general, por tratarse de un negocio jurídico realizado con bienes del dominio público, la administración pública actuante tiene el deber de asegurar un beneficio al interés público, que derivará directa o indirectamente de la concesión. Ese «rédito» a favor del bien común y el interés público podría consistir en favorecer el desarrollo productivo de un sector —que derive en fuentes laborales, producción de alimentos y actividad económica complementaria (caso por ejemplo de la concesión de aguas para riego)—, pero siempre e indefectiblemente debe existir el beneficio al interés público.

De lo contrario la concesión administrativa sería inconstitucional por violar el principio de igualdad ante las cargas públicas y de equidad en el uso de los bienes de todos. Aún cuando el beneficiario de la concesión asumiese deberes de pago por la concesión o de realizar trabajos o prestaciones a favor del Estado, eso no es suficiente para legitimar su existencia y validez como «acto administrativo», sino que debería existir el beneficio concreto, directo o indirecto, a favor del interés público.

Conceder el uso de un bien del dominio público a una persona privada sólo a cambio del pago de una suma de dinero no es una «concesión» sino un arrendamiento o locación, e implica un fraude a los demás contribuyentes del fisco.

La concesión para el uso de un bien público debe distinguirse del contrato de concesión para la prestación de un servicio público y del contrato de concesión para la construcción de una obra pública.

Los contratos administrativos son institutos regulados en leyes específicas, de cuyos contenidos en general surgen derechos y obligaciones para las partes (una de las cuales es siempre el Estado ejerciendo la función administrativa) y contraprestaciones recíprocas.

El contrato administrativo es el instrumento más conveniente cuando al Estado le interesa que se preste una actividad, se suministre un servicio o un bien o se realice una obra pública, que en razón de sus competencias y deberes constitucionales le corresponde prestar, hacer o proveer. Esa relación contractual podrá formalizarse mediante un contrato de «concesión» cuando por conveniencia o por necesidad, los usuarios de las obras, los bienes o los servicios participará en el pago del precio del contrato (total o parcialmente).

Particularmente, la concesión demanial no supone, en principio, derechos y obligaciones ni prestaciones recíprocas. Especialmente no a cargo del Estado o concedente, salvo las funciones control y regulación propias del organismo competente.

En tal sentido, decimos que las concesiones de obras, bienes y servicios poseen naturaleza jurídica «contractual», esencialmente cuando se constituyen como institutos jurídicos empleados por el Estado para cumplir fines y competencias propias o, si se quiere, para satisfacer las necesidades públicas vinculadas con la prestación de servicios públicos y la realización de obras públicas.

Por ejemplo, en este último caso, manifiesta la doctrina especializada que hay contrato de concesión de obra pública cuando la Administración contrata la ejecución de una obra con una empresa, a la que no se remunera por medio de un precio que paga aquella, sino acordándole durante un término la explotación de la obra pública construida por ella (conf. Díez M. «Derecho Administrativo», T.III, pág. 126). Como puede advertirse, el uso y explotación que el concesionario de obra pública hace de los bienes públicos lo es al sólo efecto de obtener una retribución o el pago de la obra que realizó. No se trata de un simple acto de concesión sino de un verdadero contrato compuesto incluso por artes diversas y cargado de derechos y obligaciones a cargo del Estado, del concesionario y de los usuarios de la obra.

No vamos a extendernos aquí sobre la conceptualización y caracterización del servicio y la obra pública, pues se trata de un tema que fue ampliamente desarrollado por la doctrina administrativista y a su vez regulado por normas constitucionales, legales y reglamentarias.

No obstante ello, sí podemos advertir que, en el caso del servicio de energía eléctrica, agua potable, desagües cloacales, gas natural, telecomunicaciones y transporte (todos ellos ejemplos de servicios públicos), así como de la construcción de caminos o vías de comunicación, líneas férreas, instituciones educativas estatales, instituciones para la prestación del servicio de salud estatal, infraestructura social en general como viviendas sociales, redes de agua, líneas eléctricas, etc. (todos ellos ejemplos de obras públicas), al tratarse de cometidos estatales o deberes del Estado, para que las prestaciones sean derivadas a un tercero no estatal es necesario suscribir un contrato, es decir, un documento que contemple los derechos y deberes de ambas partes y prestaciones mutuas. Se trata de un contrato administrativo de concesión.

Por el contrario, la transferencia del uso de un bien o espacio de dominio público del organismo del Estado que ejerce la titularidad del bien a otra persona jurídica pública estatal, no estatal o a una persona jurídica privada o a un particular, no necesariamente implica o es acompañada por una encomienda de cometidos estatales en un sujeto no estatal (sea este público o privado), sino

que puede también sólo un sujeto externo al estado que solicita se le permita el uso de un bien o espacio público y propone pagar un canon (un precio) al Estado por el uso diferenciado y exclusivo de ese bien.

En tales supuestos, sería un exceso —por innecesario— prever la figura del contrato administrativo de concesión como instrumento jurídico para formalizar la relación entre el Estado y el concesionario. Basta con un acto administrativo, emitido a partir del pedido expreso del sujeto externo o potencial concesionario. Acto que deberá contemplar básicamente el tipo de uso que se autoriza a realizar (límites y alcances), el monto del canon y su actualización y el plazo de la concesión, así como el régimen de bienes, los cuales pueden o no revertir al Estado concedente una vez que vence el plazo otorgado, según las características de la concesión.

En estos últimos supuestos, el Estado no busca cumplir un fin propio y satisfacer exigencias constitucionales y/o legales a través de la relación con el sujeto público no estatal o privado, sino que simplemente «tolera», «admite» o «autoriza» que un tercero utilice un bien de su propiedad (del Estado). Corresponde aclarar que siempre habrá algo de público en el fin de la concesión o en el uso que el concesionario realice con el bien —puesto que de lo contrario no sería una concesión sino un arrendamiento— pero ello no desvirtúa la clasificación que venimos exponiendo (aun las concesiones de uso de agua para riego, o para un local gastronómico, un almacén de golosinas o un espacio comercial, si bien satisfacen un interés privado, también permiten al propio estado obtener algo que hace al interés público y a terceros ajenos al concesionario obtener algo que necesitan).

Ahora bien, tenemos aún un tercer supuesto que básicamente se configura cuando, sea a propuesta del sujeto externo o por iniciativa del Estado, es posible conceder el uso de un bien o espacio público específicamente para el desarrollo de actividades que son de interés público, es decir, que servirán para prestar una actividad que se vincula total o parcialmente con la satisfacción de necesidades públicas de la población (por ejemplo, para desarrollar actividades educativas, sanitarias, de esparcimiento, deportivas, turísticas y culturales, entre otras).

Sobre esto se centrará el caso que desarrollaremos en adelante, advirtiendo previamente que la utilización o no de la figura del contrato administrativo de concesión para formalizar un vínculo entre el estado concedente y el concesionario se analizará teniendo en cuenta que la misma implica un mayor grado de responsabilidad en el Estado de lo que implica la figura de la concesión administrativa de uso de bienes y espacios públicos.

En este último caso, será necesario analizar con mayor detenimiento los derechos y obligaciones del concesionario, eventuales derechos y obligaciones del organismo concedente y si corresponde el pago de un canon o precio

por la concesión. Del mismo modo, el plazo estará sujeto a las inversiones necesarias, debiendo establecerse condiciones razonables y proporcionadas.

Algo parecido adelantamos respecto del régimen de bienes y la reversión de los mismos al finalizar la concesión, pues se trata de una cuestión que deberá determinarse en cada caso, especialmente porque depende de las condiciones en que se entrega el bien o espacio, las eventuales construcción que debe realizar el concesionario y el precio o canon y plazo de la concesión.

II. EL DERECHO HUMANO A UNA VIDA DIGNA COMO «DERECHO LLAVE» DEL DERECHO A LA SALUD, AL AMBIENTE SANO Y AL BIENESTAR. LA SALUD Y LAS CIUDADES

Más allá y sin perjuicio de la distribución de competencias en materia de salud, educación y seguridad, debemos distinguir en la provisión y el uso de las herramientas e instrumentos para su efectiva prestación, las actividades destinadas a efectuar prestaciones específicas de aquellas acciones públicas estatales, realizadas a través de las estructuras estatales (organismos u órganos), permanentes, regulares y uniformes, destinadas a crear y mantener un estado general propenso a asegurar a la población una vida digna.

Se trata del deber constitucional —dispuesto en las constituciones o cartas fundamentales de cada Estado y en los tratados internacionales— de fomentar o ejercer las medidas necesarias para una vida digna. Posibilitar el ejercicio del Derecho Humano a una vida digna no sólo es un deber del Estado, sino es uno de los motivos fundamentales de su existencia misma. Si los estados del mundo no pueden asegurar el ejercicio del derecho a una vida digna, indudablemente han fracasado como instituciones públicas y es necesario buscar otras variantes. Estas acciones incluyen la formalización de políticas de Estado dirigidas de manera general, uniforme, regular y permanente a toda la población y deben distinguirse del ejercicio concreto, particularizado y específico de prestaciones de salud, educación y seguridad, una de cuyas manifestaciones es la provisión de infraestructura social (6).

(6) Sin dudas, para cumplir con el deber de promover y ejercer las acciones necesarias para concretar el derecho a una vida digna, no basta que los estados realicen «curaciones» u operen casos como «apendicitis» tardías en los hospitales, tampoco basta que relaten historias de próceres y guerreros en las escuelas o enseñen la misma geografía que se obtiene —con mayor eficiencia y rapidez— en «Google maps». Sin dudas los agentes y funcionarios públicos pretenden que curar heridas en los hospitales, enseñar a sumar y restar y uniformar policías en la calle es suficiente para que jurídicamente se consideren cumplidas sus obligaciones constitucionales y emergentes de los tratados. En el mejor de los casos eso constituye un grave y lamentable error. En el peor de los casos se trata de una temeraria forma que las administraciones públicas utilizan para simular políticas que no existen y arrogarse estadísticas falsas,

En este contexto, en materia de salud pública y para posibilitar políticas de estado eficientes y pensadas para promover la dignidad de las personas, son los gobiernos locales quiénes deben empezar por planificar el uso de sus espacios comunes teniendo en vista las realidades actuales y futuras y apuntando especialmente a determinados sectores. Indudablemente, como adelantáramos, la salud de los ciudadanos no se cuida solamente construyendo hospitales y centros de atención menores. El hecho de que exista una «persona enferma» debe llamar la atención del Estado, comenzando por identificar si esa «enfermedad» obedece a cual de las siguientes causas: a) hecho imprevisto (accidente imprevisto e inevitable); b) fracaso del sistema de salud preventiva y/o; c) la ciencia medica aun no descubrió como evitar o controlar una enfermedad.

En efecto, es fundamental distinguir las acciones de gobierno enmarcadas en políticas de estado previamente definidas, de las acciones de gobierno destinadas a cubrir necesidades comunes y frecuentes o urgentes. Ambas son importantes pero no son lo mismo. No tienen identidad de objeto y fin, no obedecen a las mismas motivaciones y tampoco son desarrolladas por los mismos organismos de las administraciones públicas.

Las acciones vinculadas a la salud pública como política de Estado procuran, sino evitar que las personas se «enfermen», al menos prevenir y disminuir el riesgo de accidentes y descubrir mediante la investigación métodos, costumbres, usos, acciones y medicamentos que prevengan o eviten la aparición de enfermedades. Básicamente pueden clasificarse del siguiente modo:

1. Educativas: procuran generar conductas, formas de vida y costumbres que alejen en la mayor medida posible a las personas de los riesgos de sufrir accidentes, trastornos psíquicos o físicos y enfermedades a corto, mediano y largo plazo;
2. Preventivas propiamente dichas: procuran no sólo desde la prevención sino además del cuidado personal físico y psicológico, que las personas accedan a atenciones especializadas y profesionales de naturaleza total o parcialmente preventiva (tratamientos psicológicos, medicinales, kinesiológicos, etc.) y;
3. Proyectivas o investigativas: se trata de las acciones científicas y destinadas al estudio de la persona, sus genes, el origen de las enfermedades, las estadísticas y datos mundiales, en la búsqueda de factores de riesgos, y con el fin de fabricar tecnología y medicamentos preventivos y curativos y recomendar hábitos alimenticios y de conductas.

inconsistentes e incluso maliciosas, que, desafortunadamente, en ciertas ocasiones son dadas por ciertas por organismos internacionales (que analizan la información que los mismos entes auditados les aportan, sin constatar «in situ» su consistencia y verdad).

Las acciones de gobierno que se orientan periódicamente a la atención de enfermos, no pueden calificarse como «políticas de Estado», sino como reacciones esporádicas de las áreas especialmente asignadas para ello, buscando subsanar, erradicar o atenuar los efectos de un «mal» sufrido por un miembro de la sociedad como consecuencia de un accidente o hecho —fortuito o no— (podríamos incluir en estas categorías las resultantes de accidentes domésticos, de un accidente de autos, motos o bicicletas, un apendicitis, un cateterismo derivado de un «infarto», un trasplante de médula una operación de vesícula, intentos de suicidio y cientos de prácticas médicas más). En muchos casos, estos eventos serán la resultante de la ausencia o mala aplicación de una política de Estado y en otros habrá sido un hecho imprevisto e inevitable aún para las mejores políticas de Estado.

Por el contrario, las acciones preventivas y proyectivas enmarcadas en políticas de Estado (prevención de las enfermedades y deterioro físico e investigación científica) son medios o herramientas para asegurar o procurar el derecho humano a la salud. La salud y el bienestar son una resultante o consecuencia del normal ejercicio del derecho humano a la prevención de las enfermedades y el deterioro físico, así como también del derecho humano a la investigación científica y al acceso a los medicamentos y la tecnología médica.

El acceso a la prevención de enfermedades y el deterioro físico, a la investigación científica y a medicamentos y tecnología médica, constituyen la base donde se construye y se asegura el más importante de todos los derechos humanos: el derecho a una VIDA DIGNA. Ningún derecho humano sirve plenamente sin no contribuye al derecho superior a una VIDA DIGNA.

Las declaraciones y tratados internacionales fundan los derechos humanos en el concepto de dignidad humana. La dignidad es, al mismo tiempo, el valor que debe necesariamente acompañar toda acción que invoque la protección de los derechos humanos. Ninguna defensa de los derechos humanos será tal si para su ejecución debe afectarse el valor de la dignidad. Todos los derechos humanos son una especie del género «dignidad humana». En tal sentido, el derecho del ser humano a la salud es una especie del derecho a una vida digna y el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 12 establece que los Estados parte reconocen «el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental», indicándose a título de ejemplo diversas «medidas que deberán adoptar los Estados parte a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho» como ser a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano

desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

En este trabajo intentamos descubrir el estrecho vínculo entre las políticas de Estado que procuran asegurar el Derecho Humano a una Vida Digna y las concesiones demaniales, así como los hilos conductores entre las concesiones demaniales, el uso de los bienes públicos y la satisfacción del derecho humano a una vida digna. Para ello trabajaremos especialmente sobre las concesiones de bienes y espacios públicos de uso público (pertenecientes al dominio público del Estado o gobierno del Estado local), aportando los mecanismos jurídicos y legales para que puedan ser equipados y preparados con el fin de cubrir las necesidades de quienes los necesitan para proveerse de la DIGNIDAD que no pueden proveerse de otro modo y para aportar mayores herramientas aún a quienes si pueden.

En otros términos, realizaremos un análisis de la concesión demanial como herramienta de ejecución de las políticas de Estado en materia de salud pública, apuntadas en los puntos A y B de la clasificación esbozada más arriba, es decir, «Educativas» (procuran generar conductas, formas de vida y costumbres que alejen en la mayor medida posible a las personas de los riesgos de sufrir accidentes o enfermedades a corto, mediano y largos plazo) y «Preventivas propiamente dichas» (procuran no sólo desde la prevención sino además del cuidado personal físico y psicológico, que las personas accedan a atenciones especializadas y profesionales de naturaleza total o parcialmente preventiva (tratamientos psicológicos, medicinales, kinesiológicos, etc.).

Desde lo físico hasta lo mental, los gobiernos de las administraciones públicas locales (ayuntamientos, alcaldías, municipios, etc.) deben procurarse estructuras preparadas para aportar de manera sencilla, rápida y eficiente una atención preventiva que apunta a lo psicológico, odontológico, traumatológico, y, en general, a todo lo que deteriora nuestra calidad de vida, afecta nuestra dignidad, pero sin llegar a extremos en lo atinente a los efectos sobre nuestro cuerpo y nuestra mente.

Un médico de un hospital o centro de salud —en medio de sus urgencias— no es la mejor opción preventiva para un adulto mayor que procura solucionar una situación de abandono o soledad que lo está deteriorando mentalmente y pronto seguramente lo llevará a la muerte. Tampoco puede ese médico —con su delantal ensangrentado de atender personas derivadas de accidentes viales, grescas o autolesiones de droga dependientes—, solucionar el problema del señor de 90 años que usó el saturado transporte público para llegar hasta el centro de salud a explicarle que tiene dificultad para levantarse de una cama o de

una silla. Sin embargo, ese mismo hombre pronto se quedará acostado o sentado hasta morir o enfermarse gravemente por el estrés que la situación le provoca o simplemente por no poder alcanzar un teléfono que le permita pedir ayuda.

No es muy diferente la situación con la mujer que acude porque nota algo diferente o distinto en sus pechos o porque se golpeó y siente un dolor incipiente que no cesa. Desde otro punto de vista, es difícil imaginar a un niño de 15 años afectado por un problema físico o mental —y al que sus padres ya no prestan gran atención (por las razones que sean)— tomar la iniciativa de trasladarse a un hospital o centro de salud para un análisis mental o físico. Igual de difícil es imaginar un adulto mayor (que «a penas» puede moverse dentro de su casa), trasladarse kilómetros en transporte público para obtener una atención física o mental.

En definitiva, pretender opinar desde lo político-jurídico, que construyendo hospitales y centros de atención en unas pocas zonas de las ciudades (por más eficientes que sean), el estado esta cumpliendo sus obligaciones respecto del derecho humano a la salud, no solo es erróneo sino además imposible de demostrar fácticamente y fundar jurídica y constitucionalmente.

Sin dudas hoy tenemos a niños, adultos mayores, discapacitados mentales y físicos en una real situación de riesgo, la misma en que se encuentran las mujeres que sufren violencia, los psiquiátricos y los droga dependientes. Ellos no tienen efectivo acceso a la infraestructura de salud (ni física ni mental). Y, sea por razones atribuibles a su incapacidad para trasladarse, a sus dificultades para expresarse, a sus limitaciones para moverse libremente o a su incapacidad permanente o transitoria, clínica o emocional, lo cierto es que la infraestructura de salud pública y las políticas implementadas al respecto —indudablemente no «de Estado»— colocan a ciertas personas en una situación de recibir un mal inminente y absolutamente fuera del acceso a sistemas de salud, y, con ello, sin acceder al derecho a una vida digna.

Como atender a quienes no pueden acercarse a los hospitales y centros de salud?. Como salvar los enormes costos que ello significa? Como lograr que esa inmensa porción de ciudadanos pueda llegar a tiempo a los controles preventivos, a análisis psicológicos, a exámenes físicos, rehabilitaciones y a interrogatorios sobre sus modos de vida, sus problemas, sus síntomas mas leves o simplemente sus sensaciones y molestias de entidad menor? Sin dudas, una de las formas básicas es acercar los centros de atención a sus hogares, poniéndolos a su alcance, hacerlos accesibles y esencialmente visibles. Nada fácil, pero absolutamente posible.

Y dentro de lo posible —y urgente— corresponde empezar por destinar mayor cantidad de espacios comunes o públicos para implementar estructuras sencillas, de fácil acceso y atendida por especialistas en las distintas temáticas, que permitan a las determinados sectores especialmente vulnerables acceder

a tratamientos, rehabilitaciones, recomendaciones, curaciones básicas y esencialmente un cuidado tratamiento psicológico. Desarrollaremos la idea desde la técnica jurídica, empezando, en el título siguiente, por identificar los grupos de personas alcanzados por esta propuesta.

III. LAS TEMÁTICAS VINCULADAS A LA SALUD QUE DEBEN ENFRENTARSE PRIMORDIALMENTE DESDE LOS GOBIERNOS O ADMINISTRACIONES LOCALES (ALCALDÍAS, AYUNTAMIENTO, MUNICIPIOS)

1. Tratamiento especial de los adultos mayores

Obviar la vejez, y por ende, no tener en cuenta la situación de las personas de edad avanzada, fue una constante omisión de las administraciones públicas durante décadas. Sin embargo, según el Informe sobre el envejecimiento de la población mundial de Naciones Unidas en 2017, la población mundial de mayores de 60 años llegó a los 962 millones, más del doble que en 1980. En 2030, se espera que ese número supere por primera vez al de niños menores de 10 años (1.410 millones frente a 1.350 millones); y en 2050, las proyecciones indican que habrá más personas mayores de 60 años que adolescentes y jóvenes de 10 a 24 años (2.100 millones frente a 2.000 millones). Asimismo, se prevé que el número de personas mayores de 80 años se triplique, pasando entre 2017 y 2050, de 137 millones a 425 millones.

Esta situación afecta particularmente a España. Se prevé que España se convierta en el país con mayor esperanza de vida del mundo, superando a Japón en 2040 y poniéndose a la cabeza mundial de la longevidad (por ejemplo, para 2067, se estima que las personas que superen los 100 años en España se multiplicarán por 18, llegando a más de 220.000 centenarios). Obviamente, esta ampliación de esperanza de vida brinda numerosas oportunidades tanto para las personas mayores y sus familias como para la sociedad en su conjunto. ¿Están las ciudades diseñadas y preparadas para gestionar sociedades longevas?

El informe *Cities Alive – Designing for ageing communities*, realizado por la consultora Arup (7), pretende contestar a esta pregunta, presentando cuatro necesidades básicas y proponiendo estrategias y acciones para satisfacerlas. Dirigido a planificadores urbanos, autoridades locales, académicos y miembros de la sociedad civil implicados en mejorar las ciudades, el informe examina lo que se puede aportar desde la gestión de una ciudad para cultivar una vida plena y feliz para las personas mayores.

(7) Ver en <https://www.arup.com/perspectives/publications/research/section/cities-alive-designing-for-ageing-communities>.

De este modo, tanto en la planificación económica como social y ambiental, pasando obviamente por el diseño y la gestión de espacios urbanos, los adultos mayores deben ser tenidos en cuenta como un sector numeroso y vulnerable.

2. Tratamiento especial de adicciones

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS) una adicción es una enfermedad física y psicoemocional que crea una dependencia o necesidad hacia una sustancia, actividad o relación. Se caracteriza por un conjunto de signos y síntomas, en los que se involucran factores biológicos, genéticos, psicológicos y sociales. Es una enfermedad progresiva y fatal, caracterizada por episodios continuos de descontrol, distorsiones del pensamiento y negación ante la enfermedad.

La adicción es una enfermedad crónica y recurrente que se caracteriza por la búsqueda y el consumo compulsivo de drogas, a pesar de sus consecuencias nocivas. Se considera una enfermedad que afecta al cerebro porque las drogas modifican su estructura y funcionamiento afectando al sistema de gratificación.

Ciertos hábitos de conducta aparentemente inofensivos también pueden convertirse en adictivos e interferir gravemente en la vida cotidiana (familiar, laboral, social) Estas adicciones comportamentales conllevan los componentes fundamentales de los trastornos adictivos, como son la falta de control y la dependencia.

Según estudios científicos (sociológicos y psicológicos) periódicamente los adictos buscan una ayuda para su mal. En la mayoría de los casos esa ayuda no llega, llega tarde o llega de manera ineficiente. Los estados reciben a los adictos en un estado deplorable y con su salud maltrecha, con procesos judiciales —e incluso condenas— y con sus familias ya destruidas y alejadas o resignadas.

Los hospitales y centros de salud solo sirven para firmar la partida de defunción de las víctimas de adicciones y los centros de ayuda trabajan en espacios encerrados que sirven para determinados casos y momentos pero no para la última etapa de recuperación. La falta de espacios en los pocos lugares de tratamiento y recuperación hace que la mayoría de ellos nunca reciba asistencia.

Sin embargo, desde hace décadas se detecta un incremento del consumo de drogas entre la población adolescente y juvenil fundamentalmente en su tiempo de ocio. Se produce el fenómeno denominado «consumo recreativo».

En tal contexto, los espacios públicos deben ofrecer a los jóvenes servicios de información, formación y promoción de actitudes contrarias al consumo de drogas.

3. Tratamiento especial por los menores en riesgo dentro de sus hogares o en sus entornos

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) es el tratado internacional adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que reconoce a todas las personas menores de 18 años como sujetos de pleno derecho. Los cuatro principios fundamentales de la Convención son el interés superior del niño, el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, la participación infantil y la no discriminación.

Establece que los Estados que lo ratifiquen deben asegurar de manera obligatoria que todos los menores de 18 años gocen de los derechos contenidos en él sin distinción de raza, color, idioma, nacimiento o cualquier otra condición del niño/a, de sus padres o de sus representantes legales.

Como órgano de aplicación, coordinación entre estados parte, supervisión y recopilación de datos y estadísticas, se crea en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas el Comité de los Derechos del Niño, el cual realiza importantes informes anuales (que pueden leerse en <https://www.unicef.es/sites/unicef.es>), dando cuenta sobre numerosos casos de niños en situación de abandono dentro de sus hogares, privados de libertad, con creciente deterioro mental y físico a partir de la falta de acceso a sistemas preventivos de salud, con infecciones provocadas por heridas nunca tratadas y por consumo de alimentos en mal estado.

De nada sirve esperar que pidan ayuda. Ya estarán fugados, deteriorados o muertos. Los estados —y especialmente los gobiernos locales— deben ir a buscarlos, detectarlos, conocer su entorno, darles un lugar cercano y amigable donde puedan plantear sus problemas. Generarles confianza y confidencialidad. Según las estadísticas, entre seis (6) meses y un (1) año necesitan los niños maltratados o abandonados, a partir del momento en que empiezan a recibir asistencia especializada, para reconocer o advertir la situación que viven.

4. Tratamiento especial por las mujeres víctimas de violencia psicológico y/o física

El derecho de las mujeres a vivir libres de violencia y discriminación, no sólo se encuentra legislado en diversas normativas internacionales sino también en las legislaciones internas de los estados. Es un derecho consagrado y establecido hartamente dentro de los sistemas de protección de los derechos humanos a nivel regional e internacional.

Sin embargo, y a pesar de los múltiples instrumentos internacionales que protegen el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia, la normativa afirma principios teóricos e intenciones, pero no se advierte un verdadero compromiso de los Estados para trabajar seriamente en aspectos preventivos.

La Organización de las Naciones Unidas reconoce que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer («Convención de Belém do Pará») es el instrumento más ratificado del sistema interamericano, y que la mayoría de los Estados americanos han ratificado la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su protocolo facultativo. Sin embargo, no se refleja consenso regional de que la violencia contra las mujeres es un problema público y prevalente y que debe encararse desde la prevención e investigación y no sólo desde la sanción y reparación.

5. Tratamiento especial para personas con habilidades, capacidades o aptitudes afectadas o disminuidas

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad entró en vigor el 3 de mayo de 2008 luego de cinco años de negociaciones y decenios de lucha por parte de personas con discapacidad y las organizaciones dedicadas a promover sus intereses con el fin de lograr el reconocimiento mundial de la discapacidad como cuestión de derechos humanos.

Más allá de las cuestiones reguladas detalladamente en la Convención, lo cierto es que su vigencia representa un cambio de paradigma en el trato de las personas con discapacidad: se ha pasado de una perspectiva médica o curativa (incluso fundada en la caridad) a un enfoque de derechos humanos, que vela por que las personas con discapacidad tengan acceso a niveles de salud preventiva y de investigación. Además de participar en las decisiones que influyen en su vida y solicitar reparación en caso de que se violen sus derechos.

La Convención marca un cambio de paradigma en las actitudes y los planteamientos respecto de las personas con discapacidad. Representa un cambio de actitud, desde considerar a las personas con discapacidad como «objetos» de caridad y tratamiento médico, hasta el deber de crear en su favor un sistema de prevención y protección social por tratarse como «sujetos» con derechos, capaces de tomar decisiones y ser miembros activos de la sociedad. Los Estados que pasan a ser parte de la Convención convienen en promover, proteger y asegurar el pleno disfrute, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por parte de todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad intrínseca.

La Convención considera que las barreras de la sociedad, como los obstáculos físicos y las actitudes negativas, a que se enfrentan las personas con discapacidades son los principales obstáculos para el pleno disfrute de los derechos humanos.

IV. POR QUÉ SON LOS GOBIERNOS LOCALES QUIENES DEBEN OCUPARSE DE ESTOS TEMAS Y NO LOS GOBIERNOS NACIONALES NI PROVINCIALES O REGIONALES

Es importante entender y consensuar que las tareas referidas hasta aquí, por vincularse especialmente con la prevención de la salud, deben ser desarrolladas fundamentalmente por alcaldías, ayuntamientos y municipios (o, en definitiva por gobiernos locales), tanto por la propiedad que las mismas ostentan sobre los bienes y espacios públicos de dominio público —fundamentalmente las plazas, los parques y demás lugares que sirven de esparcimiento y recreación— como por la naturaleza esencialmente «de prestadores de servicios» que caracteriza a esas administraciones públicas (en comparación con otros gobiernos y administraciones provinciales, regionales o nacionales).

Justamente, el mejor modo de satisfacer estas necesidades básicas de forma eficiente y no necesariamente a través de altos costes de inversión es habilitar el espacio público para considerar las necesidades de la gente perteneciente a los referidos sectores vulnerables, así como también prevenir hostilidades climáticas con anticipación o generar espacios interactivos e intergeneracionales.

Así también, son las entidades locales quienes en mayor medida poseen las estructuras operativas y funcionales para conocer las problemáticas sociales y quienes pueden armar fácilmente, cuando no lo tiene ya armado, las bases de datos imprescindibles para avanzar con las atenciones especiales del sistema que proponemos. La proximidad de la administración local a la ciudadanía —y a sus organizaciones u organizaciones intermedias— le facilita tener un conocimiento más inmediato y real de su problemática, y le posibilita una mayor celeridad en la toma de decisiones y en la aplicación de medidas ante cualquier problema.

Esta realidad constitucional —porque afecta o involucra los fundamentos mismos del estado moderno— exige el reconocimiento por parte de los gobiernos nacionales, provinciales y regionales y, especialmente, un nuevo tipo de liderazgo democrático de la administración local, y un cambio en la forma de prestar los servicios desde la intersectorialidad, interactuando con la ciudadanía e incorporando a distintos agentes sociales en el trabajo de identificación, estadísticas y acercamiento.

El proyecto «Ciudades saludables» de la Organización Mundial de la Salud (OMS) puede ser el modelo a seguir. «Ciudades saludables» es una de las manifestaciones más visibles e importantes de la aplicación del enfoque de promoción de la salud en la práctica real de la salud «pública». Este proyecto permite comprender las bases y los «principios» —a tiempo que aporte importantes criterios sobre la funcionalidad— de la promoción de la

salud desde el nivel local. La Organización Mundial de la Salud ha insistido mucho en que «Ciudades saludables» es la manifestación de «Salud para todos» en el ámbito de la ciudad.

El proyecto va más allá, supera los conceptos clásicos referidos a la satisfacción de las necesidades básicas de las personas humanas rompe los moldes de prevención y protección, y desarrolla la promoción y prevención de la salud como pilar básico de la convivencia en el siglo XXI. La verdadera prevención de la salud de los sectores más vulnerables no pasa por esperarlos en los hospitales ni por visitarlos en sus casas, sino por mejorar los entornos, las zonas colindantes, los espacios comunes donde esas personas pueden ganar o perder salud, bajo la influencia de factores externos.

El medio ambiente, el empleo, la falta de educación, la vivienda y la pobreza, entre otros, son los principales determinantes de la salud de las personas y trascienden el ámbito de la atención sanitaria, y, cuando se trata de sectores bajo situaciones de especial vulnerabilidad pueden llevar al agravamiento definitivo de su situación física y mental.

Cuando estos determinantes actúan conjuntamente y de manera negativa, se convierten en una pesada carga para el individuo, difícil de soportar, e igualmente imposible de detectar y atenuar o eliminar los sistemas tradicionales de salud pública. La salud y el bienestar descansan sobre la base de tener cubiertas las necesidades básicas. Promocionar la salud y fomentar la equidad supone tener en cuenta las necesidades de los grupos más desfavorecidos sin descuidar las acciones universales a favor de la equidad y la salud³.

Una ciudad es algo complejo y dinámico. Es el lugar por excelencia de convivencia y de vida, y como tal tiene un papel determinante en la salud de las personas; es en la ciudad donde se desarrollan las actividades cotidianas (económicas, sociales, culturales, educativas, de ocio, etc.) y donde se toman las decisiones sobre estas políticas. Su entorno físico, como espacio o soporte natural adaptado y modificado por los individuos, determina los modos y estilos de vida de las personas, y no necesariamente es favorecedor: dificultades para las relaciones, degradación medioambiental provocada por los desarrollos incontrolados...⁴. Parece, pues, ser el lugar idóneo donde articular las medidas que reorientan las políticas públicas de salud.

Por tanto, el concepto de «ciudad saludable» hay que entenderlo en términos de «proceso» y no sólo de «resultados». Cualquier ciudad puede ser saludable si se compromete con la salud, si tiene una estructura para trabajar por la salud y si comienza un proceso para conseguirlo, promoviendo la adopción de estilos de vida saludables y creando entornos que los favorezcan.

Ésta es la base que permite entender los principios fundamentales del proyecto, y que localmente marcan la diferencia: la colaboración intersectorial, la participación de la ciudadanía y la gobernanza en salud, una forma menos

jerárquica de gobierno, centrada en la cooperación en redes y con otros tipos de actores de la sociedad.

Como ejemplo, la Red Española de Ciudades Saludables (RECS) fue la primera que se creó en Europa. En octubre de 1986, la OMS propició una reunión en Barcelona para dar a conocer el proyecto. Participaron 21 ciudades, el Ministerio de Sanidad y Consumo (MSC) y la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP). En marzo de 1988 se firmó el primer convenio entre el MSC, la FEMP y el Ayuntamiento de Barcelona para la creación de la RECS con ocho ciudades: Barcelona, Madrid, Alicante, Pamplona, Santander, Zaragoza, Sevilla y Valladolid.

«Ciudades saludables» se ha mostrado como un proyecto dinámico con capacidad de ir incorporando principios tales como los relacionados con el desarrollo sostenible⁵, y de ir asumiendo compromisos para fortalecer y priorizar las acciones que tienen como objetivo la salud, la equidad en la salud y la justicia social⁶, expresando el compromiso con los enfoques identificados o acordados en anteriores declaraciones y comunicaciones políticas de «Ciudades saludables», las cuales incorporan y dan expresión local a las convenciones, las declaraciones, los estatutos, las estrategias y los planes de acción de la OMS, las Naciones Unidas y la Unión Europea referentes a la promoción de la salud, la prevención de las enfermedades no transmisibles, la equidad, las políticas públicas saludables y la salud ambiental. Cabe mencionar, especialmente, el compromiso con el Informe de la Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud⁷.

Lo atractivo del proyecto «Ciudades saludables» para las administraciones locales son sus logros y también sus retos. Facilita una nueva forma de trabajar la salud, basada en alianzas y en el compromiso y la responsabilidad conjuntas, con amplia participación de la comunidad y de los agentes sociales; posibilita trabajar en redes como forma de colaboración voluntaria para compartir conocimientos y experiencias; y permite dar un nuevo enfoque a la gestión pública más allá de los departamentos o áreas de salud, incorporando a profesionales de otros ámbitos para generar y compartir conocimientos.

Los instrumentos y las herramientas para la creación y la implementación de los planes locales de salud (a cargo de alcaldías, ayuntamientos y municipios), son la cooperación intersectorial y la participación ciudadana, pero también, y fundamentalmente, la plena disponibilidad de espacios físicos donde establecer las bases operativas y funcionales. Esos espacios facilitan la evaluación del impacto en la salud, herramienta fundamental para que los representantes políticos puedan tener en cuenta la salud a la hora de tomar decisiones, contribuyendo así a la eficacia y la transparencia técnica y política.

El reto que tienen las ciudades saludables es ir avanzando hacia la incorporación de la salud y la equidad en la agenda política, desarrollando

formas de gobierno cada vez menos jerarquizadas y dando a la ciudadanía y a los agentes sociales la posibilidad de participar en el gobierno de su salud. Para ello, es necesario potenciar las alianzas y hacer más visibles su modelo de trabajo y sus resultados.

V. ACERCA DE LAS CONCESIONES DEMANIALES. ASPECTOS JURÍDICOS DE IMPORTANCIA

El dominio público como categoría jurídica nació con la finalidad de establecer un sistema de protección de las necesidades colectivas que satisficieran determinados bienes. Esa finalidad de protección se atribuyó al Estado, que es el administrador y custodio de dichos bienes. No es el titular, porque los bienes pertenecen a los ciudadanos o a la sociedad en su conjunto.

Ahora bien, es posible diferenciar los bienes demaniales de titularidad pública de uso general (están destinados al uso común o de dominio público (como por ejemplo, rutas, calles, playas públicas, parques, paseos, puentes, estanques, etc.) de los bienes de titularidad pública afectados a servicios públicos específicos, vinculados de manera directa con algún tipo de servicio público bajo la responsabilidad del Estado al que correspondan (entre estos se pueden mencionar las oficinas públicas, los hospitales, el transporte público, los cementerios, las escuelas estatales, los centros deportivos y piletas, las unidades carcelarias, centro de policía de seguridad, etc.) (8).

El «demanio» tiene el mismo significado y alcance que el dominio público y se refiere a bienes destinados al uso público —como las plazas, los caminos o el litoral—, o bienes afectados a un servicio público. La concesión demanial de uso es un derecho real administrativo (9) que recae sobre bienes pertenecientes al dominio público y afectados al uso público (10). La afectación constituye sin dudas el acto fundacional del dominio público y también de las consecuentes potestades administrativas del Estado sobre el o los bienes. Luego, sobre dichos bienes recaen derechos reales que, por su naturaleza denominamos «administrativos» (11).

Existe consenso en que la «concesión» no tiene carácter precario —distinguiéndose así del «permiso»— y básicamente suele establecerse una obligación económica que regularmente consiste en el pago de una suma de dinero, llamada canon —distinguiéndose con esta nota jurídica del «préstamo de

(8) La temática que esbozamos en el texto puede desarrollarse —con opiniones coincidentes, en algunos caos, y en otros disidentes—, en MARIENHOFF, Miguel S., 1992.

(9) CASSAGNE, Juan Carlos, 2020, p. 542.

(10) PAREJO ALFONSO, L., 1983, pp. 2379-2422.

(11) *Ibidem.*

uso» y el comodato—. Lógicamente el concesionario está obligado a mantener en buen estado el bien de que se trate, a realizar en su caso las obras a que se hubiere obligado y a restituir aquél cuando se extinga la concesión.

Entre otras causas, la concesión se extingue por expiración del término por la que fue concedida, por renuncia del concesionario o por incumplimiento de las obligaciones del concesionario. El incumplimiento de las obligaciones impuestas al concesionario —siempre que este incumplimiento le sea imputable— tiene como efecto jurídico la extinción de la concesión —y en algunos ordenamientos jurídicos podría equipararse a la denominada caducidad de la concesión—. Pero también puede ocurrir que no exista ningún incumplimiento de parte del concesionario, ni renuncia ni plazo cumplido, y que la Administración por razones de oportunidad, mérito o conveniencia decida la revocación de la concesión. En este caso el concesionario tiene derecho a una indemnización.

Las concesiones demaniales, conjuntamente con instituciones jurídicas como los permisos, las licencias y las autorizaciones, fueron desarrolladas por la doctrina especializada desde los albores del Derecho Administrativo. Sin embargo, aún hoy se destacan por las ambigüedades que afectan los aspectos conceptuales y la definición de sus notas características (12), razón por la cual intentaremos conceptualizar las notas jurídicas que, a nuestro criterio, deben respetarse para dar existencia administrativa y legitimidad a una concesión demanial:

1. Su objeto es un bien del dominio público de uso público

El primer requisito para entender que nos encontramos ante una concesión demanial es que se disponga la ocupación de un bien o espacio de dominio público. Esa ocupación puede ser total o parcial, e incluso podría existir un uso compartido entre la entidad pública estatal y el concesionario.

Asimismo, el bien objeto de la concesión debe estar destinado al uso público, en contraposición con los bienes públicos de uso privado o privativo del Estado o administración a cargo de su administración y cuidado.

En efecto, los bienes del Estado se dividen en bienes de dominio público de uso público y bienes de dominio público de uso privado del Estado. Esta última categoría incluye los bienes de dominio público cuya utilización obedece a fines internos o domésticos de la Administración Pública, pero consideramos erróneo pretender que tales bienes de uso privado adolezcan de las características del demanio público (inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad).

(12) Para encontrar definiciones de valor y tratamientos abarcativos sobre cada instituto o sobre todos (en general), recomendamos MARIENHOFF, Miguel S. 1960, GRECCO, Carlos M. y MUÑOZ, Guillermo A. 1992; DE LA RIVA, Ignacio, 2010, p. 665, entre otros.

Su régimen será sustancialmente distinto al de los bienes de dominio público de uso público y a la propiedad civil, pero ello no implica desconocer que se trata de bienes público, propiedad del pueblo y que podrían en cualquier momento cambiar de destino y mutar a la categoría de bienes del dominio público de uso público.

A título ejemplificativo, un edificio donde funcionan oficinas del Estado podría ser derrumbado y convertirse en una plaza o parque.

2. El concesionario puede ser una persona pública o privada, humana o jurídica y estatal o no estatal

En segundo término, la concesión puede ser realizada en favor de personas humanas (físicas) o personas jurídicas, y, entre estas últimas podría ser una persona jurídica privada, pública no estatal e incluso pública estatal, es decir, podría otorgarse la concesión en favor de otro organismo del estado, sea local, provincial, regional, nacional e internacional.

Nada obsta, ni identificamos impedimento legal o constitucional alguno para que la concesión recaiga en cualquier persona, puesto que la nota fundamental no es el elemento subjetivo sino la materia sobre la cual recaerán las actividades a desarrollar en el espacio concesionado.

Ello sin perjuicio, obviamente, de eventuales situaciones en que encontraré una persona determinada y que pudieran generarle incompatibilidad o imposibilidad legal para obtener la concesión. Podría negarse la concesión a un deudor del fisco, a un condenado penalmente, a una empresa concursada o en quiebra, a un contratista en situación de incumplimiento o a una persona vinculada con los funcionarios actuantes, pero todo deberá estar previamente regulado puesto que no existe un riesgo objetivo de que personas en las situaciones que citamos como ejemplo signifiquen un riesgo en sí mismo. Todo dependerá también del tipo de bien y de las condiciones en que se otorgaría la concesión sobre el mismo.

3. El objeto de la concesión y las actividades a desarrollar en el bien concedido deben respetar idénticos parámetros a los establecidos para el Estado concedente

En tercer término, en cuanto al objeto de la concesión, consideramos que su objeto debe ser lícito, técnicamente posible y debe comprobar el potencial concesionario la ecuación económica financiera de la actividad que propone.

Es decir, no es factible otorgar una concesión demanial sin antes constatar la capacidad técnica, operativa y financiera de quien será el concesionario. El Estado no puede aceptar otorgarla sin requerir tales previsiones mínimas.

En lo demás, el cumplimiento del objeto de la concesión puede demandar un servicio, una obra o cualquier tipo de actividad, pero siempre deberá estar suficientemente explicitado su objeto principal, el motivo de su existencia.

No obstante, consideramos que siempre la concesión demanial debe llevar una actividad que en mayor o menor medida cumpla con un servicio de mayor o menor importancia y necesidad. De lo contrario, si no fuese así, y la actividad a desarrollar por el concesionario fuese estrictamente privada o si no implicará la venta de un bien o la prestación de servicios que son necesarios para las personas que acuden ocasionalmente, transitan o desarrollan actividades propias en la misma la zona, la concesión pierde utilidad pública y con ello pierde también licitud y razonabilidad.

Consideramos manifiestamente improcedente, por carecer de sustento constitucional alguno y también por implicar la concesión de un privilegio injustificado e infundado, las concesiones demaniales para el desarrollo de actividades que en nada contribuyen a satisfacer un interés público. Es inadmisiblemente legalmente un almacén de alimentos o de golosinas o una casa de comidas o un comercio de ropa ubicado en espacios públicos, salvo que pudiera justificarse debidamente su utilidad al interés general, la satisfacción de una necesidad pública, la prestación de un servicio imprescindible.

Del mismo modo, las concesiones demaniales para uso de aguas públicas, yacimientos de distinta naturaleza y/o bienes factibles de un uso económico, deben siempre tener fines productivos y favorecer emprendimientos que directa o indirectamente generen beneficios comunes a la sociedad. Lo contrario, el uso diferenciado de bienes y espacios públicos sin una debida razón pública que lo justifique nunca puede ser calificada como una concesión demanial, sino como un mero arrendamiento. Y ello está absolutamente prohibido respecto de los bienes y espacios públicos de uso o dominio público.

4. La concesión debe definir los derechos y obligaciones del concesionario

Un cuarto aspecto a tratar es el de los derechos y obligaciones del concesionario. Sin dudas deben formar parte del instrumento por el cual se otorga la concesión, pero es muy difícil enumerar o mencionar mayores detalles porque dependerá de cada caso concreto. Lo importante es que nada quede sin una expresa mención y tratamiento.

Es posible que la concesión demanial se acompañe de la prestación de algún servicio (por ejemplo, de mantenimiento de todos o parte de los accesorios incorporados al bien o espacio concedido o servicios sanitarios en favor de los habitantes de un parque, como complemento de la actividad principal), y, de igual modo, la concesión demanial puede tener como complemento de su objeto

o como necesidad para su cumplimiento y desarrollo, la construcción de alguna obra (por ejemplo, construir un cauce para el curso de las aguas, la realización de contenedores ante riesgos de inundaciones, la construcción de una casa o depósito e incluso de instalaciones de apoyo a actividades industriales). Sin embargo, siempre el objeto principal será la concesión demanial y los servicios o las obras serán un complemento que procuran hacer posible o perfeccionar el ejercicio de las actividades vinculadas a la concesión.

5. La concesión demanial implica el otorgamiento de un derecho real

En quinto término, corresponde opinar sobre la naturaleza jurídica de la concesión demanial. A nuestro criterio, es indudablemente un derecho real administrativo. Si bien su formalización y ejecución se desarrolla a partir de actividades controladas (es decir, con actividades de ambas partes), lo cierto es que su origen o nacimiento no es un acto bilateral ni un contrato sino un acto administrativo. Sin embargo, la doctrina debate sobre si es un acto administrativo bilateral o un contrato (13).

Entre los fundamentos más importantes de la doctrina que postula la naturaleza «contractual» de la concesión demanial, se considera el hecho de existir siempre la voluntad del concesionario como condición para la formalización de la concesión. Sin embargo, si adoptásemos estrictamente esa postura, deberíamos aceptar que todas las manifestaciones de voluntad del Estado realizadas a partir de una petición de un administrado conlleva la naturaleza jurídica contractual (incluyendo el pedido de un documento de identidad, la solicitud de una autorización para desmonte y el pedido de un permiso de uso de la esquina de un parque para colocar un almacén de golosinas) o, incluso, todas aquellas manifestaciones que deben ser aceptadas por el administrado participarían de esa misma naturaleza contractual (incluyendo aquí, por ejemplo las medidas de fomento y de reconocimiento de derechos).

Estaríamos casi ante la extinción de la teoría del acto administrativo, el que quedaría limitado a los actos sancionatorios, y solamente aquellos que hubiesen sido recurridos en las instancias administrativas y judiciales (porque podría considerarse consentimiento del administrado la omisión de recurrir y con ellos estaríamos incluyendo el acto sancionatorio firme y consentido como un acto bilateral de naturaleza contractual).

Consideramos entonces que la naturaleza de las relaciones entre el Estado y los administrados no debe analizarse teniendo en consideración ni

(13) Sobre el tema (y en general sobre todo lo que venimos tratando) recomendamos ver el excelente trabajo del DE LA RIVA, Ignacio, 2010, op. Cit.

las instancias previas a la emisión del acto ni la participación del administrado en su formación, siendo el documento mismo mediante el cual se manifiesta el otorgamiento de la concesión de uso del bien o del espacio lo que nos permitirá juzgar definitiva y fundadamente sobre su naturaleza jurídica. En la medida que el acto de otorgamiento de la concesión sea una manifestación de voluntad emitida por un funcionario público competente, con la firma y sello del mismo, y luego notificada de manera individual al destinatario, no existe razón para pensar en la existencia de un contrato.

En lo demás, ese acto administrativo puede y debe otorgar derechos pero también imponer obligaciones al concesionario, puede establecer un sistema de control público sobre la concesión y puede incluso imponer el pago de un canon, lo cual no incide sobre su naturaleza jurídica de «acto» (como tampoco incide respecto de los actos por los cuales se otorgan medidas de fomento o se otorga un permiso de uso de un cauce natural o de una instalación minera).

Lo importante no es el procedimiento de formación de la manifestación de voluntad, a los fines de definir su naturaleza jurídica, sino la manifestación misma, que puede tener la naturaleza de acto individual, reglamento o contrato.

6. La concesión debe contener un régimen de bienes que establezca parámetros para su uso y las condiciones de reversión

En sexto término, corresponde una breve manifestación sobre el régimen de bienes de la concesión de uso. Al respecto distinguimos 3 situaciones: a. Los bienes preexistentes otorgados en tenencia conjuntamente con la concesión; b. Las mejoras y el resultante del mantenimiento sobre esos bienes preexistentes y; c. Los bienes incorporados por el concesionario.

Si bien deberá analizarse cada caso, y especialmente ser contemplado en el acto de otorgamiento de la concesión, en principio los bienes deben «revertir» al Estado una vez cumplido el plazo de la concesión, incluyendo las mejoras, las resultantes del mantenimiento y los bienes nuevos incorporados. Sin embargo este régimen estará seguramente formalizado para cada caso en particular, puesto que todo depende el estado de los bienes que se entregan, de la existencia de un canon a cargo del concesionario, de la magnitud de las inversiones a realizar y del plazo de la concesión, todo lo cual servirá para determinar con equidad, proporcionalidad y razonabilidad el régimen de bienes.

Lo importante es que no debería legitimarse un enriquecimiento ilícito o sin causa de parte del Estado, lo cual podría suceder si existe una manifiesta desproporción entre el valor de las inversiones a realizar y la imposibilidad de su recuperación durante el plazo de concesión. Sin embargo, insistimos que se trata de un asunto jurídico que debe resolverse en particular.

7. Cada concesión demanial debe definir expresamente el tipo o clase al que pertenece el título

Finalmente, como séptimo aspecto a tratar, distinguimos cuatro especies derivadas del género «concesiones demaniales», a saber:

- A. Concesiones demaniales para la satisfacción de necesidades esenciales de la población (por ejemplo, el régimen de bienes de las concesiones de obras y servicios públicos, como el transporte y distribución de energía, de agua para consumo humano y desagües cloacales).
- B. Concesiones que se otorgan teniendo como objeto principal el uso del bien para prestar un servicio no vinculado con la satisfacción de una necesidad básica o esencial, que, de no estar a cargo de un concesionario, debería ser prestado o brindado por el Estado (por ejemplo, la concesión de uso de las aguas públicas para abastecer actividades productivas).
- C. Concesiones demaniales para desarrollar una actividad privada que brinda alguna utilidad a los ciudadanos pero que se centra fundamentalmente en el lucro del concesionario (caso uso de espacios públicos con fines gastronómicos o comerciales en áreas turísticas o culturales) y;
- D. Concesiones para desarrollar una actividad privada que retribuye al concesionario con trabajo y ganancias pero que al mismo tiempo tiende a satisfacer necesidades esenciales de la población (sin llegar a ser la prestación principal de un servicio público). Esta figura o categoría proponemos para el proyecto que esbozamos, tal como intentamos delinear en el título siguiente.

VI. COMO SE APLICARÍA LA CONCESIÓN DEMANIAL EN EL MARCO DE LO EXPUESTO

Como expresáramos más arriba, procuramos en este trabajo desarrollar un proyecto que permita implementar políticas de estado dirigidas a prestar servicios de salud a cinco sectores sociales con problemáticas bien definidas, a saber: a. adultos mayores; b. menores en situaciones de riesgo; c. personas con problemas de movilidad; d. mujeres víctimas de violencia psíquica o física y; e. personas con problemas de adicciones.

Al respecto advertimos que el principal problema que enfrentan estas personas es la dificultad para acceder al sistema de salud pública existente en la mayoría de los países, es decir, instituciones públicas como hospitales y centros de salud (descentralizaciones de los hospitales), ubicados en lugares determinados de las ciudades.

Las razones por las cuales a estas personas se les dificulta acceder al sistema de salud vigente son fundamentalmente: a. Necesidad de trasladarse de sus domicilios, en algunos casos; b. Necesidad de trasladarse largas distancias, teniendo en cuenta sus dificultades especiales para moverse; c. Imposibilidad de acceder a ese sistema por parte de los niños y mujeres en situación de riesgo, puesto que el sistema no está preparado para recibir en las instituciones hospitalarias esas problemáticas, tanto porque deben ser atendidas por profesionales especialmente preparados como porque requiere un seguimiento posterior con notas especiales en cuanto a aspectos sociológicos, familiares y psicológicos; d. Idéntico criterio al anterior aplicamos para considerar las personas afectadas por adiciones.

Las administraciones de gobiernos locales poseen notas jurídicas (constitucionales), cualidades o capacidades diferenciales que les otorgan valores agregados para encarar con mayores posibilidades de éxito la atención de los grupos que tienen mayor dificultad para acceder al sistema hospitalario público y a la medicina privada (respecto de gobiernos regionales y nacionales), a saber:

1. Ejercen el dominio público sobre los bienes y espacios públicos de uso público que se encuentran dispersos en las ciudades, como ser plazas, parques, espacios verdes en general, centros de integración comunitarias, ochavas, plata bandas de arterias principales, las calles y avenidas.
2. Por tratarse de entes esencialmente prestadores de servicios básicos para las poblaciones de las ciudades, poseen una cercanía indudablemente superior a la de entes públicos de jurisdicciones provinciales, regionales y nacionales con los habitantes, lo que les permite conocer con mayor detalles cada zona, las problemáticas de determinados sectores, el uso que en cada barrio se produce de los espacios públicos y aportar una valiosa base de datos que contiene información de fundamental importancia respecto de las problemáticas puntuales de los sectores referidos en el proyecto.
3. Poseen equipos técnicos y sociales conocedores de la problemática que afecta a los distintos sectores de la ciudad, y con basta experiencia en el trato con las personas, líderes barriales y centros vecinales.

Las instituciones privadas y asociaciones intermedias poseen la experiencia técnica suficiente, y, en el caso de las primeras poseen además el cuerpo de profesionales de la medicina, la psicología, la enfermería, el acompañamiento terapéutico, la sociología y la rehabilitación motriz, entre otros, que pueden aportar los aspectos especializados, coordinando e interactuando con los funcionarios y agentes del ente público local.

Además, el sector privado especialmente puede aportar las inversiones necesarias, que fundamentalmente consistirán en dotar a los bienes y espacios

públicos de las estructuras básicas y el equipamiento suficiente, donde atender las problemáticas referidas. Al mismo tiempo, el sector privado aportará una administración del sistema libre de las notas propias de la burocracia, facilitando toma de decisiones ágiles y urgentes, e interactuadas con otros actores públicos y privados externos.

En este contexto, proponemos utilizar la figura de la concesión demanial y proponemos se realice bajo las siguientes condiciones:

1. Se convoca a concurso o licitación pública para que los interesados en desarrollar proyectos de atención a adultos mayores, niños, mujeres y personas en riesgo en general y personas con discapacidades motrices, otorgándoseles como contraprestación o para que puedan desarrollar sus actividades una concesión demanial sobre uno o varios espacios públicos previamente identificados (plazas, parques, y espacios públicos de uso público en general). Se requerirá antecedentes como institución.
2. Las actividades pueden o no realizarse (o licitarse), bajo un régimen de competencia (entre concesionarios).
3. Los deberes del concesionario consisten en instalar y operar un centro de atención conforme proyecto propio o aportado por el Estado, para recibir a los grupos referidos, asistirlos profesionalmente, armar una base de datos de cada caso con detalles sobre su evolución y realizar informes periódicos.
4. La actividad deberá practicarse con profesionales médicos, enfermeros y psicólogos.
5. Se reconoce al concesionario un derecho de propiedad sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad concesionada, durante el tiempo que dure la concesión.
6. Tales construcciones fijas «revierten» al Estado al finalizar la concesión, debiendo el Concesionario mantenerlas en buen estado.
7. Los bienes se transmiten, previa autorización, *inter vivos*, *mortis causa* o mediante la fusión, absorción o escisión de sociedades e incluso pueden subconcesionarse ciertas actividades. Pero siempre responderá el concesionario.
8. Se permite también con autorización previa, que la concesión misma sirva de garantía ante terceros e incluso los bienes sobre los que recae la propiedad concesional, en garantía de los préstamos contraídos por el titular de la concesión para financiar la realización, modificación o ampliación de las obras.

9. El plazo no debería ser inferior a veinte (20) años o debería fijarse en armonía con las obras necesarias.
10. El estado debe acompañar mediante la difusión en los medios de prensa, especificando lugares, horarios y detalles y fundamentalmente debe aportar gente que avise en los domicilios del espectro comprendido dentro de la concesión. Así también el estado debe aportar datos sobre la zona y la gente que pueda haber recabado durante sus actividades diarias.

VII. BIBIOGRAFÍA

- CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo y Derecho Público General. Estudios y semblanzas*. Editorial BdeF 2020, Montevideo, Uruguay.
- CASSAGNE, Juan Carlos y DE LA RIVA, Ignacio, «Formación, trayectoria y significado actual del dominio público en la Argentina», p. 799 y ss., *Derecho Administrativo, Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, N° 93, mayo-junio 2014. Juan Carlos Cassagne Director. Editorial Abeledo Perrot.
- DE LA RIVA, Ignacio, «La Concesión de uso de bienes del dominio público». Número especial de la *Revista Jurisprudencia Argentina, «Dominio Público»*, 2010 – III, Coordinador Juan Carlos Cassagne, Editorial Abeledo – Perrot.
- GRECCO, Carlos M. y MUÑOZ, Guillermo A., *La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones. Aplicación en los actos y contratos administrativos en el orden nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, Depalma, 1992.
- INFORME Cities Alive: Designing for Ageing Communities, ARUP <https://www.arup.com/perspectives/publications/research/section/cities-alive-designing-for-ageing-communities>.
- LAU ALBERDI, Jerónimo, «El régimen de participación público-privada (PPP): concepto, fundamento y posibilidades de inversión en materia energética (public-private partnership (PPP) in Argentina: notion, basis and investment possibilities in the field of energy)», en *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, n° 12, febrero-abril de 2017, pp. 199-238.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo V, editorial Abeledo-Perrot, 1992.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado del dominio público*, Buenos Aires, Tea, 1960.
- MERTEHIKIAN, Eduardo, «Permisos de uso de bienes del dominio público. Lo atinente a la discrecionalidad en su otorgamiento, renovación y/o revocación»

(Comentario al fallo «Criscuolo E. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires»), *Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo*, dirigido por Agustín Gordillo, La Ley, 1998-D, p. 665, entre otros.

PAREJO ALFONSO, L. (1983): «Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general». *Revista de Administración Pública*, 100-102, pp. 2379-2422 (texto disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap>).

PAREJO GAMTB B. y RODRÍGUEZ OLIVEK, J.M., *Lecciones de dominio público*. Ed. ICAI, Madrid, 1976.

CONCESIONARIOS Y TÍTULOS HABILITANTES

DERECHOS Y DEBERES DEL CONCESIONARIO DE USO DE BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO EN EL DERECHO ARGENTINO

IGNACIO M. DE LA RIVA

Profesor Titular Ordinario de Derecho Administrativo de la
Pontificia Universidad Católica Argentina

SUMARIO: I. LA CONCESIÓN Y SUS DIVERSAS VARIANTES.– II. EL MARCO DE LOS DERECHOS Y DEBERES CONCESIONALES: NATURALEZA CONTRACTUAL DE LA RELACIÓN QUE LES DA ORIGEN Y CARÁCTER DEMANIAL DEL BIEN SOBRE EL CUAL RECAEN.– III. DERECHOS DEL CONCESIONARIO DE USO DEL DOMINIO PÚBLICO.– IV. DEBERES Y CARGAS QUE PESAN SOBRE EL CONCESIONARIO DE USO.– V. DERECHOS Y DEBERES DEL CONCESIONARIO AL TIEMPO DE LA EXTINCIÓN DE LA CONCESIÓN DE USO.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La configuración y alcances de los derechos y obligaciones del concesionario de uso especial del dominio público encuentran su quicio en la naturaleza contractual (para el Derecho argentino) del acto del cual emanan y, particularmente, en el carácter demanial de los bienes sobre los cuales reposan, que les comunican los condicionamientos propios del régimen jurídico-público al cual están sujetos.

Palabras clave: dominio público; concesión; derecho real administrativo; contrato administrativo.

ABSTRACT: *The shape and scope of the rights and duties of the concessionaire of special use of the public domain find their key in the contractual nature (for Argentine law) of the act from which they emanate and, particularly, in the demanial character of the goods on which they rest, which communicate to them the conditions of the legal-public regime to which they are subject.*

Key words: public domain; concession; administrative right in rem; administrative contract.

I. LA CONCESIÓN Y SUS DIVERSAS VARIANTES

La figura de la concesión presenta, como se sabe, una variedad de aplicaciones, con alcances bien distintos según se prediquen de un bien, de una obra o de un servicio público. Existen, pues, concesiones de obra pública, concesiones de servicio público y concesiones de uso de bienes de dominio público, cada una de esas modalidades con características y efectos claramente diferentes.

Los estudiosos han destacado la prioridad en el tiempo de la concesión demanial por sobre las otras dos alternativas, remontándose sus raíces al Derecho romano (1). Llegados, sin embargo, a los albores del Derecho administrativo, se observa cierta promiscuidad entre las categorías de dominio público, obra pública y servicio público, tres categorías que solo alcanzaron un grado suficiente de autonomía a comienzos del siglo pasado. Es recién para esa época cuando la técnica de la concesión, hasta entonces reservada para las concesiones demaniales, comienza a emplearse como un instrumento para dar cabida a la prestación de servicios públicos por parte de sujetos privados. Más aún, la concesión de servicios públicos, hoy tan vigorosa y emblemática, sólo pudo cobrar sustantividad al desligarse del demanio, pues en aquella etapa primigenia de su andadura era vista apenas como un añadido del dominio concedido en uso (tal el caso del transporte ferroviario y del servicio de provisión de agua potable) (2).

Más allá de estas referencias históricas, lo que reviste interés para nuestro análisis es determinar qué tienen en común estas tres variantes de la concesión. ¿Es posible identificar un sustrato del cual participen todas ellas, que nos remita a la esencia de la noción de concesión de la cual abrevan sus tres especies, más allá de las diferencias que indiscutiblemente las distinguen, como resulta propio en todo concepto análogo?

En un momento, Mayer definió a la concesión como un «acto administrativo mediante el cual se otorga a un súbdito un poder jurídico sobre una parte de administración pública que le es delegada» (3). Puso, así, de relieve que el núcleo de la figura concesional, tomada genéricamente, reside en la decisión de la autoridad pública de transferir a un particular ciertas prerrogativas inherentes a la actividad (servicio público) o al bien (obra pública o bien demanial) sobre los cuales recae la concesión. En la Argentina, Villegas Basavilbaso planteaba la cuestión en similares términos al caracterizar a la concesión como un acto de derecho público por el cual se traspasan determinados derechos subjetivos públicos a un particular (4). Se trata, en definitiva, de una técnica que posibilita dar cauce a la participación privada en ámbitos reservados al sector público, sea que conciernan a sus bienes o a actividades que han sido publicadas.

Más allá de este aspecto claramente definitorio a la técnica concesional, otro de los rasgos de la figura que habitualmente se destaca para determinar su esencial y alcance pasa por su naturaleza constitutiva de los derechos que emergen de ella. El derecho en cabeza del concesionario nace, suele afirmarse,

(1) R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, 2007: pp. 45-47.

(2) J.L. VILLAR PALASÍ, 1964: pp. 157-174.

(3) O. MAYER, 1951: pp. 245.

(4) B. VILLEGAS BASAVILBASO, 1952: pp. 224.

ex novo del acto mismo de la concesión. Se trata, ésta, de una observación de suma utilidad para distinguir a la concesión de la autorización, en tanto se entiende que la autorización se otorga con relación a un derecho que su destinatario titulariza de antemano.

La autorización comporta, como se sabe, un instrumento que se inscribe en el ámbito de la policía, modalidad de intervención pública destinada a prevenir los peligros y daños que una actividad o bien pudieran acarrear para el orden público. En esa inteligencia, el hecho de supeditar el ejercicio de una actividad privada, o el pleno goce de las prerrogativas emanadas del dominio sobre un bien, a la obtención de una previa autorización estatal, opera como una instancia de control tendiente a verificar, preventivamente, si se dan las condiciones que garantizan la seguridad pública.

Queda, de este modo, claro que el derecho a desplegar esa industria o a utilizar el bien en cuestión no surgen del acto autorizador. Este, por tanto, no es la fuente de ese derecho, sino tan solo un requisito *reglamentario* que el ordenamiento fija para su goce conforme a Derecho y en sintonía con las exigencias del interés público, a modo —podría decirse— de condición suspensiva para su pleno ejercicio (5).

Por el contrario, hasta tanto no cuente con su concesión, el concesionario no estará en condiciones de prestar, por propia iniciativa, el servicio público pertinente, puesto que se trata de una actividad publicitada, ajena por completo a su esfera de actuación de no mediar esta habilitación expresa por parte de su titular público. Lo mismo le sucede al concesionario de obra, que mal podría aspirar a explotar la obra pública por él financiada y construida, percibiendo el peaje fijado por la autoridad, si ésta no se lo permite a través de la concesión respectiva. Y otro tanto ocurre con el concesionario demanial, que incorpora el derecho a utilizar de manera especial un bien del dominio público solo gracias a la concesión conferida al efecto. En los tres casos, por tanto, el derecho nace de la concesión, no existiendo vestigio alguno de su existencia antes de su otorgamiento.

Ahora bien, dentro de esta tríada, nuestro interés en este trabajo se centra en la concesión de uso de bienes demaniales, que habilita a su destinatario a utilizar, ocupar o aprovechar de manera exclusiva una porción de un bien de dominio público, de modo estable y durante un lapso determinado (6). Tal estabilidad (o firmeza) contrasta, pues, con la posición, en apariencia similar,

(5) Sobre la técnica de la autorización y sus diferencias con la concesión, puede ampliarse a través de la lectura del excelente libro de J.C. LAGUNA DE PAZ, 2006: pp. 83-88. Este autor coincide, sustancialmente, con las diferencias entre ambas figuras arriba apuntadas, si bien no deja de señalar ciertos matices.

(6) R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, 2007: p. 58.

que compete al titular de un permiso de uso de un bien demanial, cuyo derecho de uso es, por definición, precario, lo cual se traduce en la facultad que conserva la autoridad otorgante de revocarlo por razones de interés público, sin que tal extinción dé lugar a indemnización alguna (7).

II. EL MARCO DE LOS DERECHOS Y DEBERES CONCESIONALES: NATURALEZA CONTRACTUAL DE LA RELACIÓN QUE LES DA ORIGEN Y CARÁCTER DEMANIAL DEL BIEN SOBRE EL CUAL RECAEN

Para una caracterización acertada del alcance y densidad de los derechos y obligaciones nacidos de la concesión demanial resulta indispensable comenzar por examinar la naturaleza del título del cual emanan y la índole de los bienes sobre los cuales se ejercen esos mismos derechos y obligaciones.

Existe en la Argentina amplio consenso acerca de que la concesión de uso de bienes del dominio público configura un contrato administrativo (8). Idéntica perspectiva contractualista aparece, además, receptada, por la normativa nacional que regula la materia. El régimen general de contrataciones de la Administración pública, en efecto, contempla expresamente a las concesiones de uso de bienes del dominio público entre los contratos comprendidos bajo su ámbito de aplicación (9), mientras que el Reglamento de Gestión de Bienes Inmuebles del Estado Nacional dictado por la Agencia de Administración de Bienes del Estado califica a la concesión de uso sobre inmuebles como un contrato administrativo (10). Semejante encuadre, como es evidente, no está exento de consecuencias jurídicas concretas, puesto que a partir de esa premisa

(7) C.M. GRECCO y G.A. MUÑOZ, 1992: pp. 21-27.

El Reglamento de Gestión de Bienes Inmuebles del Estado Nacional aprobado por la Resolución N° 213/2018 dictada por la Agencia de Administración de Bienes del Estado con fecha 19 de julio de 2018, dedica su Capítulo II a los permisos de uso sobre inmuebles. Tras estipular, expresamente, su carácter precario (artículo 15), el referido reglamento dispone que tales permisos «constituyen un acto de mera tolerancia y podrán ser revocados en cualquier momento por la Agencia de administración de Bienes del Estado por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sin derecho a indemnización o compensación alguna» (artículo 20).

(8) R. BIELSA, 1956: p. 430; M.S. MARIENHOFF, 2011b: pp. 347-349; y M.M. DIEZ, 1969: pp. 504 y 513-515.

En la doctrina española el tema se encuentra mucho más disputado, ya que mientras algunos autores consideran que la concesión de dominio público constituye un acto unilateral (R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, 2007: pp. 116-126), otros estiman que se trataría de un contrato (M.M. LAFUENTE BENACHES, 1988: p. 36), y un tercer sector sostiene que puede tanto ser instrumentada bajo el molde contractual como tener origen en una decisión unilateral de la Administración, según lo que disponga el marco normativo para cada caso (F. GARRIDO FALLA, 2002: pp. 531-532).

(9) Artículo 4° del decreto 1023/2001.

(10) Artículo 26 del Anexo de la Resolución AABE N° 213/2018, ya citada.

los derechos y obligaciones motivo de estudio quedan sometidos a la dinámica y lógica propios de los contratos administrativos, con la carga de principios y criterios consagrados en el régimen general de contrataciones del sector público.

Es preciso añadir, además, que, dentro del universo de los contratos administrativos, la concesión demanial encuentra ubicación entre los contratos de atribución (11), en atención a que toca a la Administración asumir la prestación distintiva del contrato, consistente en la puesta a disposición del concesionario del bien demanial objeto de contratación. De esta calificación de la concesión de uso como contrato de atribución se infiere que el interés público involucrado queda en un segundo plano, en tanto es el interés perseguido por el particular contratante el motivo inmediato que impulsa a la celebración del contrato. Ello no equivale a decir, desde luego, que aquél se encuentre ausente, puesto que de ser así la actuación pública carecería del necesario respaldo y justificación. No obstante, sí es dable observar que en este tipo de contratos (los de atribución) el interés público perseguido por la Administración se alcanza de un modo indirecto y mediato, en el caso de la concesión demanial a partir del aprovechamiento más eficiente del bien que —cabe presumir— procurará realizar el concesionario, movido por su propio interés particular (12).

Esta misma circunstancia explica que las prerrogativas públicas (que acompañan a todo contrato administrativo) en los contratos de atribución aparecen atenuadas en comparación con las que el sujeto estatal encarna en los contratos de colaboración, donde el interés público en juego resulta determinante e impregna, por tanto, de manera más decisiva el régimen del contrato (13).

Hechas estas consideraciones en torno a la naturaleza contractual del título concesional, toca ahora prestar atención al impacto sobre los derechos

(11) M.S. MARIENHOFF, 2011a: p. 91; y J.C. CASSAGNE, 2021: pp. 626-627.

El sentido de la clasificación de los contratos administrativos entre contratos de colaboración y contratos de atribución puede verse en M.S. MARIENHOFF, 2011a: pp. 90-91; J.C. CASSAGNE, 2009: pp. 26-27; y M.A. BERCAITZ, 1980: pp. 254-255.

(12) M.S. MARIENHOFF, 2011b: pp. 453-455.

Resultan interesantes las reflexiones referidas a la dialéctica entre el interés público y el interés privado en materia de concesiones demaniales de aguas vertidas por L. MARTIN, en 2010: pp. 183-189. Es oportuno traer a colación, no obstante, la advertencia hecha por el profesor español MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ en punto a que «debe acabarse con la idea —tan arraigada en la tradición moderna y contemporánea europeo-continental— de que sólo el Poder público es realmente capaz de servir al interés general o al bien común, vinculándose en consecuencia necesariamente a él cuanto deba orientarse de manera significativa a éste. Una cosa es que el Poder público deba siempre velar por ese bien común y otra, bien distinta, que sea él sólo quien tenga la exclusiva del bien común, porque las personas individuales y las agrupaciones libres sólo perseguirían intereses particulares, egoístas» (cfr. J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, 2000: p. 2805).

(13) J.J. CASSAGNE, 2009: p. 17.

y obligaciones del concesionario de uso derivado de la condición peculiar de los bienes sobre los cuales recaen esos mismos derechos y cargas. Se trata, pues, de bienes que pertenecen al dominio público y que están sujetos, por ende, a un régimen jurídico-público especial, diseñado para tutelar el destino de uso público al cual aquellos están, por definición, consagrados.

Habitualmente, el uso público al cual se destinan los bienes del dominio público favorece a la comunidad en su conjunto (14), por lo que su satisfacción suele alcanzarse mediante el acceso (directo o indirecto) reconocido a todos los habitantes (15). Ello exige que los derechos de uso privativo que pudieran asignarse sobre esos mismos bienes sólo puedan extenderse hasta el límite de su compatibilidad con aquel destino de uso público que justificó la incorporación de tales cosas al elenco de los bienes del dominio público (16). Es esta, pues, una condición inherente a los derechos que emergen de la concesión de uso, impuesta por la naturaleza de los bienes sobre los cuales recae, la cual opera como un límite que no se puede traspasar sin traicionar la esencia misma del demanio (17).

Amén de esta armonía que deber verificarse entre el uso común propio de los bienes demaniales y los usos especiales que puedan concomitantemente atribuirse sobre ellos, la asignación de derechos de uso especial debe encontrar justificación en alguna razón de interés público que avale el tratamiento privilegiado que de ellos resultan para sus destinatarios directos. Normalmente, no hay mayores dificultades para identificar el provecho que obtiene la comunidad a partir de su decisión de permitir a algunos de sus miembros la utilización privativa de bienes que son de uso común. En ocasiones, incluso, la designación de usuarios especiales resulta la manera apropiada de lograr un uso más eficiente y racional de tales bienes, gracias a los conocimientos técnicos, la industria o las inversiones que dichos usuarios reportarán (18). Pero no siempre las cosas suceden de ese modo, por lo que ante la ausencia de toda evidencia de que el uso privativo traiga beneficios al interés general habrá que preguntarse sobre la validez del privilegio que la concesión de uso

(14) R. BIELSA, 1956: p. 428-429.

(15) M. GARCÍA PÉREZ, 2009: p. 228.

(16) En palabras de BIELSA, la afectación de la dependencia pública a un uso especial no debe menoscabar substancialmente el uso general de la cosa conforme a su destino natural (ver R. BIELSA, 1956: pp. 427-428).

(17) Por ejemplo, los derechos a un aprovechamiento especial del agua no pueden entorpecer el uso del río para los fines que le son habituales (navegación, recreación, pesca); los permisos para utilizar espacios en la vía pública no deberían impedir la circulación; las concesiones para la instalación de carpas en las playas en ningún caso podrán alcanzar una extensión tal que deje al resto de los veraneantes sin posibilidad de disfrutar del mar y sus costas.

(18) R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, 2007: pp. 222-223.

especial supone para su titular, en particular cuando se coteja su situación con las exigencias que impone el principio de igualdad (19).

III. DERECHOS DEL CONCESIONARIO DE USO DEL DOMINIO PÚBLICO

La prestación esencial que define al contrato de concesión de uso de bienes del dominio público consiste, indudablemente, en la transmisión al concesionario del derecho a usar de manera especial o privativa una porción del bien público objeto de concesión.

Este derecho primordial en cabeza del concesionario a usar especialmente el bien demanial adquiere, según los casos, distintos alcances o modalidades. En función del grado de uso especial que implican, cabría identificar los siguientes tipos, expuestos conforme a una escala progresiva de intensidad en el uso.

En su versión más acotada, el derecho de uso reconocido al concesionario se limita a la mera facultad de ocupar una parcela del demanio. Un caso típico sería la concesión de una parcela en un cementerio público para sepultura.

En otros casos, el título concesional otorgado puede, también, comprender, además del derecho de ocupación del bien, la prerrogativa de sacar provecho del mismo a través de su explotación. Tal sería el caso, por ejemplo, de las concesiones conferidas para la instalación y alquiler de toldos en las playas.

Finalmente, la concesión de uso puede, asimismo, comportar para el concesionario una habilitación para consumir una porción del bien en cuestión. Así lo ilustran las concesiones demaniales que autorizan a tomar agua de un río con fines industriales o de riego.

Como habrá podido advertirse, las alternativas planteadas no son excluyentes entre sí. Por el contrario, las prestaciones implicadas en esta pluralidad de variantes suelen, más bien, acumularse a medida que se avanza en la escala ascendente descrita. Así, la segunda de las modalidades enunciada, referida a la posibilidad del concesionario de explotar el bien demanial, supone necesariamente la primera, que se limitaba a reconocerle un mero derecho de ocupación. Y, a su turno, la tercera hipótesis expuesta, añade a las dos prerrogativas antedichas (ocupar y explotar) la facultad del concesionario de consumir una porción del bien público en cuestión.

Es importante detenerse a examinar la densidad del derecho primordial que nace de la concesión de uso demanial, para lo cual nada mejor que recurrir a Hauriou, quien en los albores del siglo XX dio a los derechos surgidos de las concesiones de uso de bienes del dominio público el calificativo de *derechos reales administrativos*, una tesis que, sin dudas, exhibía una notable dosis de

(19) M.M. LAFUENTE BENACHES, 1988: pp. 76-77.

audacia intelectual, puesto suponía postular para el concesionario una posición jurídica oponible *erga omnes*, es decir, susceptible de ser esgrimida no sólo frente al concedente (su contraparte en el contrato) sino frente a todo tercero (20).

Esta calificación del derecho de uso en cabeza del concesionario como *derecho real administrativo* se topó, desde un comienzo, con fuertes resistencias de parte de un sector de la doctrina, que expuso sus reparos acerca de que cupiera otorgar carácter *erga omnes* (como es propio de todo derecho real) a ese título concesional, dada la potestad revocatoria que conserva la Administración frente al concesionario. Es sabido, en efecto, que el Estado otorgante del derecho en cuestión puede, en todo momento, dejarlo sin efecto con solo invocar la presencia de razones de interés público que así lo reclamen, en cuyo caso el concesionario sólo podrá aspirar a ser indemnizado por los perjuicios resultantes. Esta circunstancia (se aduce) pondría en evidencia que el concesionario no estaría, en definitiva, en condiciones de hacer valer su calidad de usuario especial frente al Estado titular del dominio sobre el bien, lo cual desmentiría la percepción de que su título sea ejercitable *erga omnes* (21).

No es posible responder a estas observaciones sin tener presente el origen público de los derechos concesionales. La relación jurídica nacida de la concesión demanial se encuentra, pues, sometida a un régimen jurídico-público, el mismo que gobierna a los bienes que constituyen su objeto material, lo cual explica que el intercambio entre concedente y concesionario discurra en un plano de subordinación del segundo frente al primero (22), evidenciado por las consabidas prerrogativas en cabeza de la Administración, entre las cuales sobresale la potestad de revocar la concesión otorgada cuando el interés público así lo exige (23). En definitiva, los derechos del concesionario adolecen de la misma «precariedad» que acompaña a cualquier otro derecho de fuente administrativa, ni más, ni menos.

Lo relevante para nuestro análisis pasa por hacer notar que esa «precariedad» no va reñida con la firmeza de los derechos surgidos de la concesión demanial, puesto que de otro modo no se explicaría por qué su titular deba

(20) Así lo expuso Maurice HAURIUO en su comentario al *arrêt* de 25 de mayo de 1906 dictado por el Consejo de Estado francés en el caso «Ministerio de Comercio c/ Ferrocarriles de Orleans», publicado en *Recueil Sirey*, 1908 III part., p. 65, y en *La Jurisprudence administrative*, París, 1929, III, pp. 207-281, ambos citados por J. GONZÁLEZ PÉREZ, J., 1955: p. 11.

(21) La objeción señalada proviene de cierto sector de la doctrina francesa. Cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ, 1955: p. 24.

(22) M.M. LAFUENTE BENACHES, 1988: p. 79.

(23) No en vano HAURIUO ha identificado como una diferencia sustancial entre los derechos reales civiles y los derechos reales administrativos la naturaleza absoluta de los primeros frente a la relatividad de los segundos, por cuanto éstos son, por definición, esencialmente precarios o revocables (cfr. M. HAURIUO, 1927: pp. 653).

ser resarcido de los daños que le acarree la decisión administrativa de revocar la concesión. En definitiva, la estabilidad de los derechos de fuente administrativa no es absoluta, sino que llega hasta donde resultan compatible con el interés público que preside el ejercicio de la función administrativa que les ha dado origen. Es esa la lógica que preside a todo derecho subjetivo de origen público, siempre expuesto a tener que ceder frente a las exigencias del interés público que pudieren sobrevenir, en cuyo caso el afectado deberá contentarse con la referida indemnización (24).

Esto es, precisamente, lo que encierra la adjetivación de *administrativos* que se añade a la calificación de estos derechos como *reales*. Al definirlos de ese modo se está anticipando, en suma, que pese a su naturaleza *real* (oponibles *erga omnes*), esos derechos no dejan de ser *administrativos* (léase, sometidos a un régimen exorbitante, que los torna revocables por razones de oportunidad, mérito o conveniencia), contra el pago de la indemnización que corresponda (25).

Hay que apresurarse a advertir, sin embargo, que la oponibilidad frente al concedente público no limita sus consecuencias al derecho del concesionario a ser resarcido ante el evento revocatorio. Es, también, cierto que el particular puede, en todo momento, exigir el pleno respeto de su derecho de usar privativamente el bien, ejerciendo todos los remedios a su disposición para repeler cualquier comportamiento ilegítimo tendiente de avasallararlo, incluso cuando provenga de la propia Administración (26). Y tal reacción de su parte podrá desplegarse tanto sea en el ámbito administrativo —a través de la interposición de los recursos o reclamos pertinentes—, como en el terreno judicial —en particular, mediante la articulación de las acciones posesorias previstas por el ordenamiento (27) (28).

(24) En términos parecidos, M.S. MARIENHOFF, 2011b: pp. 355-357.

(25) La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha respaldado la naturaleza de los derechos nacidos de una concesión que se viene postulando en el célebre caso «Bourdieu, Pedro Emilio c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires». Allí el tribunal puso particular énfasis en señalar que «los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien del dominio público (derecho a una sepultura) (...) se encuentran tan protegidos por las garantías consagradas en los art. 14 y de la Constitución como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio» (cfr. Fallos 145:307).

(26) J. GONZÁLEZ PÉREZ, 1955: pp. 51-52.

(27) Cfr. los artículos 2238 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación, insertos Título XIII del Libro Cuarto del citado cuerpo legal bajo el título «Acciones posesorias y acciones reales», así como la normativa procesal sobre la materia propia de cada jurisdicción. En el ámbito nacional, los interdictos y acciones posesorias están regulados en los artículos 606 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

(28) M.S. MARIENHOFF, 2011b: pp. 445-447.

El recurso a los remedios posesorios por parte del concesionario de uso para resistir actos dictados por el concedente *iure imperii*, ha generado reparos por parte de algún sector de la doctrina (B. VILLEGAS BASAVILBASO, 1952: pp. 254 y 260).

En definitiva, el concesionario es titular de un auténtico derecho subjetivo a usar de manera especial el bien demanial, lo cual lo habilita a ejercer cualquier pretensión judicial idónea para salir en su defensa, sea que el ataque provenga del propio Estado concedente o de cualquier tercero (29). En este último caso, además de los remedios judiciales aludidos, el particular podrá acudir directamente a la Administración para que, en ejercicio de sus poderes de autotutela del dominio público, remueva los obstáculos que le impiden gozar del derecho de uso especial que le ha sido conferido.

Por lo demás, frente a la turbación de su derecho el concesionario afectado podrá, asimismo, promover el pertinente reclamo tendiente a que le sean resarcidos los daños y perjuicios derivados del comportamiento lesivo, pudiendo hacerlo a modo de pretensión exclusiva o accesorio de aquella dirigida a repeler la turbación de su derecho, según lo estime conveniente (30).

La consideración de la facultad emergente de la concesión demanial como un derecho de carácter real fortalece, indudablemente, la posición del concesionario, potenciando de manera notable las chances de incorporarlo al tráfico comercial, sea para transmitirlo, o bien para gravarlo y obtener así el financiamiento necesario para hacer las mejoras que contribuyan al mejor aprovechamiento del bien demanial objeto de concesión (31).

La calificación pregonada no está, tampoco, exenta de dificultades de otra índole, como las que surgen con motivo de la regla del *numerus clausus* vigente en el terreno de los derechos reales, dado que la concesión no aparece entre los supuestos taxativamente enumerados por la ley civil (32). Es cierto que este óbice podría responderse aduciendo que el principio en cuestión pertenece al ámbito civil y aplica, por tanto, sólo para los derechos reales de naturaleza civil. Sin embargo, la cuestión no deja de crear un halo de incertidumbre que sólo se lograría despejar por completo mediante la sanción de una norma legal que contemple a la concesión demanial entre los derechos reales reconocidos por el ordenamiento argentino (33).

(29) M.S. MARIENHOFF, 2011b: pp. 474-476.

(30) M.S. MARIENHOFF, 2011b: 850-851.

(31) H.A. MAIRAL, 2005: pp. 103-111; J.C. CASSAGNE, 2021: pp. 627; y J.C. CASSAGNE e I.M. DE LA RIVA, 2014: pp. 816-817. Contra la tesis de que la concesión de uso dé origen, en el sistema argentino, a un derecho real (y no meramente personal) se pronuncia O.A. CUADROS, 2018: p. 54.

(32) Artículo 1884 del Código Civil y Comercial de la Nación.

(33) J. GUIRIDLIAN LAROSA, 2004: pp. 80-83; y G. DE REINA TARTIÈRE, 2008: pp. 517-519.

IV. DEBERES Y CARGAS QUE PESAN SOBRE EL CONCESIONARIO DE USO

A partir de la concesión del derecho de uso especial nacen, correlativamente, en cabeza del concesionario una serie de cargas u obligaciones, que operan, a su vez, como verdaderos límites del derecho otorgado, sirviendo así para establecer sus contornos y alcances. Podría decirse, en este sentido, que constituyen la otra cara de la moneda en la relación bilateral entablada entre concedente y concesionario, completando de ese modo su configuración.

Es preciso hacer notar, sin embargo, que tales deberes y obligaciones del concesionario de uso demanial provienen de fuentes diversas, según se verá a continuación.

Algunas de estas cargas son inherentes al propio título concesional, cuyo goce no puede concebirse sino anudado al respeto de esos deberes o cuidados. Tal es el caso, por ejemplo, de la diligencia que se espera del concesionario para la conservación del bien en las mismas condiciones en las que le fue entregado, algo consustancial a toda concesión de uso del demanio, se encuentre o no expresamente estipulado.

Desde esta misma perspectiva, cabe preguntarse si la concesión demanial no crea en cabeza del concesionario el deber de concretar, efectivamente, el destino previsto con ocasión de otorgarse la concesión. La pregunta es pertinente, porque —como es sabido— no estamos ante un bien de propiedad privada del concesionario, cuyo disfrute (incluyendo su *no uso*) dependa de su solo arbitrio. Se trata, por el contrario, de un bien del dominio público, lo que implica que se encuentra consagrado a una finalidad específica de uso público. El derecho del concesionario de usar especialmente del bien sólo puede admitirse, por tanto, en sintonía con ese mismo destino, al que debe en alguna medida potenciar en beneficio del interés general. De allí que, aun cuando sea cierto (como ya se dijo) que el interés privado sobresale como motivo inspirador de la celebración del contrato de concesión de uso demanial, será menester que existan circunstancias tangibles que justifiquen la asignación del derecho de uso especial, las cuales se desvanecerían en los hechos si el concesionario no hace efectivo el aprovechamiento más eficiente del demanio para el cual se le confirió aquel derecho (34). De allí que no pueda tolerarse que, una vez concretada la concesión, su titular no cumpla en dar al bien el destino prefijado.

(34) Resultan interesantes, a este respecto, las reflexiones que vierte FERNÁNDEZ ACEVEDO acerca del carácter finalista de la concesión de uso, poniendo de relieve que el derecho que se otorga al concesionario está delimitado por el destino específico que aquél debe dar al bien objeto de concesión. Cfr. R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, 2007: pp. 250-252.

En el ordenamiento argentino, las disposiciones del Reglamento de Gestión de Bienes Inmuebles del Estado Nacional respaldan de manera explícita esta afirmación cuando, con ocasión de enunciar los principios generales que gobiernan su gestión, establecen que los bienes inmuebles estatales «serán utilizados de manera eficiente» (35) y «no podrán encontrarse ociosos, subutilizados o utilizados para fines diferentes a los previstos en las políticas, planes y programas del Estado Nacional» (36).

A la luz de estas consideraciones, parece adecuado postular que la concesión hace nacer un *derecho-deber* en cabeza del concesionario, lo cual justificaría que, si dentro de un plazo razonable, éste no diera al bien al destino que motivó la concesión, la Administración, previa intimación para que aquél subsane su omisión, pudiera declarar la caducidad de la concesión (37).

Al margen de estos deberes inherentes al título, existen otras obligaciones del concesionario de uso demanial que no se siguen necesariamente de la naturaleza del derecho otorgado, sino que tienen su fuente en las normas positivas que regulan esos contratos. En el ordenamiento argentino, tal sería el caso, por ejemplo, del deber de pagar los impuestos, tasas, contribuciones, patentes, seguros y demás obligaciones que graven a los inmuebles por su explotación o actividad; de la obligación de tener que afrontar las indemnizaciones por despido o accidentes; del deber de facilitar a los inspectores autorizados el acceso a las instalaciones, libros de contabilidad u otra documentación vinculada con el cumplimiento del contrato; o el de abstenerse de introducir modificaciones o realizar obras sin el consentimiento escrito del concedente (38).

Adviértase, además, que la Administración tiene a su cargo proteger la integridad física y garantizar el destino de uso público del demanio, y para ello el ordenamiento pone en sus manos poderes policiales reforzados que le permiten satisfacer tales cometidos, potestades que deberá ejercitar también, cuando las circunstancias lo exijan, ante el propio concesionario, ya que es incuestionable que la existencia de un título concesional no altera el *status* del bien.

Es esto una muestra más de que los derechos del concesionario se encuentran configurados en sintonía con la naturaleza de los bienes sobre los cuales reposan, con toda la carga de restricciones y prerrogativas públicas que hacen

(35) Artículo 4°, inciso b), del Anexo de la Resolución AABE N° 213/2018.

(36) Artículo 4°, inciso c), del Anexo de la Resolución AABE N° 213/2018.

(37) R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, 2007: pp. 253-254.

(38) En el Derecho argentino, estas y otras obligaciones se encuentran previstas para las concesiones sobre bienes inmuebles (artículo 33 del Anexo de la Resolución AABE N° 213/2018) y, en términos similares, para las concesiones sobre bienes muebles (artículo 96 de la Disposición N° 62-E/2016 de la Oficina Nacional de Contrataciones).

al régimen exorbitante correspondiente, una de cuyas notas distintivas estriba en los intensos poderes de intervención sobre el demanio que las normas pertinentes de ordinario contemplan. De más está decir que el alcance preciso de tales prerrogativas públicas dependerá de cuanto establezca el ordenamiento vigente y las cláusulas del pliego y del contrato (39).

Finalmente, adicionalmente a los deberes inherentes al título y a aquellos contemplados en el régimen aplicable a la concesión, hay que añadir las obligaciones a cargo del concesionario que emergen, exclusivamente, de la voluntad de las partes del contrato (concedente y concesionario), impuestas de manera expresa en las cláusulas contractuales. A título ilustrativo, es habitual que se pacten obligaciones a cargo del concesionario referidas a la realización de obras, inversiones o mejoras sobre el bien demanial; o, también, que se fije un canon a ser abonado por el usuario especial a modo de contraprestación por el derecho de uso que se le asigna.

Se trata, ciertamente, de deberes que, salvo en aquellos casos en que se encuentren ya previstos por la normativa en modo imperativo, podrán o no existir en función de lo que acuerden las partes, las cuales deberán, en tal caso, convenir también la magnitud y cuantía de esas mismas obligaciones.

En lo que se refiere, particularmente, al canon, la doctrina argentina entiende que tanto el uso común como el uso especial de los bienes del demanio pueden tener lugar en términos gratuitos u onerosos (40), lo cual dependerá de las circunstancias de cada caso y de lo que mejor se ajuste al interés público en juego. Existe, por tanto, a este respecto un amplio margen de discrecionalidad en manos de la Administración (41), que deberá ser ejercido sin perder de vista que el canon comporta un modo de compensar a la comunidad las ventajas que obtiene el ocupante especial con motivo de la

(39) Aun cuando no existe pleno consenso entre los autores argentinos, es mayoritario el rechazo a la existencia de prerrogativas exorbitantes implícitas en favor de la Administración contratante bajo el régimen de los contratos administrativos (ver, por todos, J.C. CASSAGNE, 2009: pp. 48-50; y H.A. MAIRAL, 1998: pp. 655; en contra, M.S. MARIENHOFF, 2011a: pp. 65-66).

(40) Aunque con menor frecuencia, en efecto, en ocasiones el uso común de bienes del dominio público también está sujeto al pago de una determinada remuneración. Un ejemplo notorio lo ofrece la obligación de pago del peaje que se impone al usuario de una autopista.

(41) En el ordenamiento argentino, en lo que respecta a las concesiones de inmuebles demaniales, la autoridad concedente puede abstenerse de fijar el «canon base» que habitualmente se establece en la convocatoria a la respectiva licitación, siempre que fundamente su inconveniencia (artículo 29 del Anexo de la Resolución AABE N° 213/2018). Para los bienes muebles, en cambio, el canon parece ser un ingrediente ineludible de la concesión de uso (cfr. los artículos 89, 90, inciso «b», y 93 de la Disposición N° 62-E/2016 de la Oficina Nacional de Contrataciones).

concesión que le ha sido conferida, restableciéndose así la igualdad que tal privilegio ha venido a alterar (42).

Aun así, es indudable que la carga económica impuesta al concesionario a través del canon no puede ser creada ni incrementada por la Administración de manera inconsulta y sin establecer, simultáneamente, algún mecanismo tendiente a restablecer la ecuación contractual quebrada por esa exacción sobreviniente. Admitir lo contrario estaría reñido con la lógica contractual en la cual se inserta dicha obligación de pago (43).

V. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO AL TIEMPO DE LA EXTINCIÓN DE LA CONCESIÓN DE USO

La concesión demanial se extingue, en condiciones normales, por el vencimiento del término previsto para su vigencia. En ocasión de agotarse ese plazo, el concesionario debe restituir la cosa a su titular público (44).

Pero, como ocurre con todo contrato, la extinción de la concesión puede acecer, también, de manera anormal. Ello puede suceder por una variedad de motivos, a saber: la revocación de la concesión por parte del concedente, sea por razones de legalidad, sea por motivos de interés público; la caducidad de los derechos concesionales declarada por la propia Administración en razón de la presencia de graves incumplimientos del concesionario, y previa intimación para que este proceda a subsanarlos; la declaración judicial de nulidad del mismo título concesional ante la verificación de un vicio invalidante del contrato; su rescisión por mutuo acuerdo entre las partes; con motivo de la muerte o renuncia del concesionario; o en virtud de la desaparición del objeto sobre el cual recae la concesión, lo cual puede resultar de la lisa y llana extinción del bien de dominio público, o bien del cese de su condición demanial (45).

El principal problema que plantea la extinción de la concesión, en particular en aquellos casos en que se produce de manera anormal, está vinculado a sus efectos sobre las mejoras introducidas por el concesionario. La raíz de

(42) R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, 2007: pp. 258.

(43) En el mismo sentido, S.M. MARIENHOFF, 2011b: pp. 368-369.

(44) El Reglamento de Gestión de Bienes Inmuebles varias veces citado fija un plazo de diez días corridos desde la extinción del contrato para hacer efectiva la restitución del bien. Vencido ese plazo sin que el inmueble haya sido devuelto, el concedente podrá promover el pertinente juicio de desalojo, la que se sustanciará bajo el trámite abreviado previsto en la ley 17.091 (ver los artículos 33, inciso «g», y 37 del Anexo de la Resolución AABE N° 213/2018).

(45) Para un análisis más pormenorizado de los efectos sobre las inversiones y mejoras introducidas por el concesionario que resultan de la extinción de la concesión demanial, remito a I.M. DE LA RIVA, 2013: pp. 640-649.

las dificultades que el tema suscita se sitúa en la disociación que existe entre la proveniencia privada del dinero invertido en la realización de tales mejoras (aportado por el concesionario) y la titularidad estatal del bien sobre el cual ellas se concretan.

Frente a esa dicotomía, no cabe sino preguntarse si las mejoras incorporadas pasan, *ipso facto*, a formar parte del patrimonio del concedente —en virtud de la regla de la accesión—, o si deben reputarse, por el contrario, de propiedad del concesionario, que las introdujo con la eventual expectativa de poder, al término de la concesión y ante el silencio de las normas sobre el punto, retirar las instalaciones aportadas —en tanto sean separables— o, cuanto menos, ser resarcido por un valor equivalente al monto de las inversiones no amortizadas.

La respuesta a esta cuestión no puede darse, a mi juicio, desde una lógica puramente civilista —ceñida a la regla de la accesión—, sino a partir de una mirada que incorpore la perspectiva propia del Derecho público en la que se inscribe la concesión. Las inversiones realizadas para poner al bien demanial en condiciones de satisfacer el destino previsto en el contrato se enmarcan en la relación concesional, sujeta —en efecto— a un régimen distinto a aquel que proporciona la legislación privada. No en vano, las mejoras incorporadas que se hayan adherido al bien demanial quedarán sujetas a las limitaciones propias del régimen demanial, razón por la cual su propietario (aun cuando se tratase del concesionario) no podrá celebrar a su respecto negocio alguno que pueda derivar en su enajenación presente o futura.

Sin embargo, no puede obviarse que la suerte de las inversiones realizadas por el concesionario dependerá, en buena medida, del tipo de circunstancias que den lugar a la extinción de la relación concesional, atendiendo, en particular, a si ella se produjo de modo normal o anormal, y a si medió o no culpa del concesionario. Así, pues, si el fin de la concesión sobrevino por vencimiento del plazo, la doctrina clásica sostiene que, salvo que las normas vigentes dispongan otra solución, la propiedad de las mejoras introducidas por el concesionario pertenecerá a este último (46).

Con el respeto que merecen los eximios juristas que defienden esa postura, entiendo que la afirmación que esta encierra (referida a la propiedad de las mejoras) debe ser confrontada con la economía que preside el contrato de concesión de uso especial. Una vez vencido el plazo durante el cual el concesionario gozó del derecho al uso del bien demanial, cabe asumir que las inversiones realizadas se encontrarían amortizadas y las instalaciones construidas que estuvieren adheridas al bien deberían estimarse de propiedad

(46) O. MAYER, 1951: pp. 254-255; M.S. MARIENHOFF, 2011b: p. 378; M.M. DIEZ, 1969: p. 518; y B. VILLEGAS BASAVILBASO, 1952: p. 267.

del titular de este último, dada su situación de accesoria respecto de ese mismo bien.

Se trata, sin duda, de un temperamento que, además de conciliar la lógica del contrato específicamente considerado con los criterios que imperan en materia de derechos reales, resulta acorde al interés público, dado que el retiro de las instalaciones podría dañar o disminuir el valor del bien. Por otra parte, tal solución no acarrearía detrimento patrimonial alguno para el concesionario, dado que su inversión ya se habría visto suficientemente compensada por el aprovechamiento de las mejoras a lo largo de la concesión y en virtud de la amortización verificada (47).

Distinto es el caso de la concesión que se extingue *ante tempus*, pues en tales circunstancias el ciclo económico del contrato no habrá podido completarse, impidiéndose así que inversiones hechas por el concesionario lleguen a amortizarse plenamente. Sin embargo, que para dar acertada respuesta a la cuestión de las mejoras y del correlativo derecho del concesionario a obtener un resarcimiento por su realización frente a la extinción prematura de la concesión, deberá prestarse atención a la causa generadora de su terminación.

En esta línea de razonamiento, cuando no haya mediado culpa del concesionario (v. gr., si la concesión se ha revocado por razones de interés público, o se ha extinguido por haberse desafectado, formalmente, el bien del dominio público), parece plenamente justificado que el concesionario sea resarcido por los perjuicios que deba padecer (48), entre los cuales sobresale la imposibilidad de amortizar las inversiones con motivo del cese anticipado de la concesión (49).

En el caso de la revocación de la concesión por invalidez, sus efectos deben retrotraerse a la fecha de celebración del contrato, como resulta propio de toda nulidad. Es de toda lógica, en consecuencia, que las prestaciones intercambiadas entre las partes sigan la misma suerte, lo cual sugiere que los bienes e inversiones aportados por el concesionario deban ser recuperados por él, debido a los efectos *ex tunc* de la decisión invalidante (50). De no ser

(47) En igual sentido, I. MATA, 2009: p. 286.

(48) Tal es, por otra parte, el criterio que resulta del artículo 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549.

(49) M.S. MARIENHOFF, 2011b: pp. 410-413; y B. VILLEGAS BASAVILBASO, 1952: pp. 280-284.

(50) M.M. DIEZ, 1969: p. 528; y B. VILLEGAS BASAVILBASO, 1952: p. 291.

Téngase en cuenta que, en principio, la declaración de nulidad de una concesión ya perfeccionada sólo podrá provenir de un órgano judicial, salvo que se configure alguna de las situaciones de excepción que habilitan a la propia Administración a ejercer dicha potestad revocatoria, en los términos previstos por los artículos 17 y 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549.

posible retrotraer las cosas de ese modo, deberá reconocerse al concesionario una compensación equivalente al valor de las mejoras realizadas.

En cuanto a la extinción de la concesión por caducidad ante un grave incumplimiento del concesionario, coincido con quienes rechazan la idea de que deba acarrear, *per se*, a título de sanción accesoria, la pérdida del derecho del concesionario a ser resarcido, salvo que así se encuentre estipulado expresamente (51). Considero, no obstante, necesario distinguir según se trate de mejoras introducidas por el concesionario que se encuentran adheridas al bien demanial, frente a aquellas susceptibles de ser retiradas.

Respecto de las primeras, valen las mismas razones ya adelantadas para postular su reversión al concedente, en virtud de su titularidad sobre el bien de dominio público al cual acceden. El concesionario, sin embargo, no estará en este caso en condiciones de reclamar un resarcimiento por la imposibilidad de amortizar tales inversiones que deriva de la extinción anticipada de la concesión, puesto que esta circunstancia se origina en su propia culpa. Cuanto más, si se dieran los presupuestos del caso, podrá articular un reclamo con fundamento en el enriquecimiento sin causa de su contraparte (52).

Por el contrario, la regla de la accesividad no aplicaría, en mi opinión, a las mejoras no adheridas al bien demanial, por lo que el concesionario estará en condiciones de invocar su propiedad sobre ellas y proceder a retirarlas, sin que sea óbice para ello la culpa que se le atribuye como causa de la extinción de la concesión. Tal incumplimiento debe entenderse suficientemente castigado mediante la caducidad declarada, que impedirá al concesionario beneficiarse con el uso especial del bien por todo el plazo previsto al efecto. Pero, salvo estipulación en contrario, en ausencia del argumento de la accesión (dada la falta de adherencia de las instalaciones al bien demanial) no hay razones

(51) M.S. MARIENHOFF, 2011b: 392-394; B. VILLEGAS BASAVILBASO, 1952: pp. 270-272; y M.M. DIEZ, 1969: pp. 521-522.

(52) Desde antiguo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina se ha ocupado de señalar que «la caducidad de la concesión, fuera de toda disposición expresa acerca de sus efectos en relación a los bienes y obras afectadas al servicio público, no puede tener más consecuencia que la de privar al concesionario del derecho de hacer aquello mismo que el acto de la concesión le otorga como privilegio, esto es, la facultad de ejercer su actividad futura en esa parte de la administración pública que, dentro de ciertos límites, le había sido delegada», y que «del hecho de la caducidad (...) no fluye necesariamente la consecuencia de que las obras realizadas por él (el concesionario) y que pueden representar un valor estimable, hayan de quedar en beneficio del concedente, cuando éste las aprovecha, sin ninguna indemnización» (cfr. Fallos CXLI, pág. 190, «Canal y Puerto del Oeste S.A. c. Gobierno de la Nación», año 1924). También ha dicho la Corte que «la declaración de caducidad no autoriza de por sí la ocupación por parte de la autoridad concedente de los bienes propios del concesionario» (cfr. Fallos 201:445, «Cía. De Electricidad de Corrientes c. Provincia de Corrientes», año 1945).

para pensar que los bienes aportados por el concesionario hayan salido de su patrimonio, por lo que el concedente carece de todo título para reclamar su dominio (53).

Lo cierto, no obstante, es que el régimen positivo argentino no hace distinción alguno en función de que las mejoras se encuentren o no adheridas al bien demanial, y fija, en cambio, como criterio aplicable en todos los casos la regla de que «todas las mejoras edilicias permanentes, tecnológicas o de cualquier tipo que el concesionario introduzca en los inmuebles del Estado Nacional afectados al cumplimiento del contrato, quedarán incorporadas al patrimonio estatal desde su ejecución y, en principio, no darán lugar a compensación alguna» (54). Con buen criterio, sin embargo, el reglamento comentado se aparta parcialmente de esa regla cuando la concesión es revocada por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sentando para este caso el deber de la Administración de indemnizar al concesionario el daño emergente, incluidas las inversiones no amortizadas, pero excluyendo expresamente la reparación del lucro cesante (55).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BERCAITZ, Miguel Ángel (1980): *Teoría general de los contratos administrativos*, segunda edición, Buenos Aires, Depalma, pp. 679.
- BIELSA, Rafael (1956): *Derecho administrativo*, Tomo III, 5ª. edición, Buenos Aires, Depalma, pp. 483.
- CASSAGNE, Juan Carlos (2021): *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, 13ª. edición, Buenos Aires, La Ley, pp. 811.
- (2009): *El contrato administrativo*, 3.ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 482.

(53) En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que «la declaración de caducidad no autoriza por sí la ocupación por parte de la autoridad concedente de los bienes propios del concesionario 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 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 Constitución Nacional)» (Fallos 201:445).

(54) Artículo 32 del Anexo de la Resolución AABE 213/2018. El régimen propio de las concesiones de uso sobre muebles contiene una norma casi idéntica (artículo 95 de la Disposición N° 62-E/2016 de la Oficina Nacional de Contrataciones), aunque más rotunda, porque omite la salvedad incluida en el precepto arriba transcrito cuando aclara que el criterio sentado solo se aplicará «en principio».

(55) Artículo 41 del Anexo de la Resolución AABE 213/2018.

- CASSAGNE, Juan Carlos, y DE LA RIVA, Ignacio M. (2014): «Formación, trayectoria y significado actual del dominio público en la Argentina», en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 93, pp. 799-824.
- CUADROS, Oscar Álvaro (2018): *Administración y mercado. Dominio y contratos del Estado. Regulación de los derechos de propiedad*, Buenos Aires, Astrea, pp. 238.
- DE LA RIVA, Ignacio M. (2013): «La concesión de uso del dominio público», en AA.VV., *Tratado general de los contratos públicos*, Juan Carlos Cassagne Director, Tomo III, La Ley, Buenos Aires, pp. 605-651.
- DE REINA TARTIÈRE, Gabriel (2008): «La teoría de los derechos reales administrativos: fundamentos, ámbito y tipología», en *El Derecho (Administrativo)*, pp. 511-535.
- DIEZ, Manuel María (1969): *Derecho administrativo*, Tomo IV, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, pp. 619.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael (2007): *Las concesiones administrativas de dominio público*, Pamplona, Thomson – Civitas, pp. 450.
- GARCÍA PÉREZ, Marta (2009): «Utilización del dominio público: tipología», en AA.VV., *Dominio público (Naturaleza y régimen de los bienes públicos)*, coordinado por Gabriel de Reina Tartière, Heliasta, Buenos Aires, Heliasta, pp. 227-239.
- GARRIDO FALLA, Fernando (2002): *Tratado de derecho administrativo*, Volumen II, undécima edición, Madrid, Tecnos.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1955): *Los derechos reales administrativos*, 2.ª edición, Madrid, Civitas, pp. 73.
- GRECCO, Carlos M., y Muñoz, Guillermo A. (1992): *La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*, Buenos Aires, Depalma, pp. 133.
- GUIRIDIAN LAROSA, Javier (2004): *Contratación pública y desarrollo de infraestructuras (Nuevas formas de gestión y financiación)*, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, pp. 219.
- HAURIOU, Maurice (1927): *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 11ª. Edición, Paris, pp. 1008.
- LAFUENTE BENACHES, María Mercedes (1988): *La concesión de dominio público (Estudio especial de la declaración de su caducidad)*, Madrid, Montecorvo, pp. 400.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2006): *La autorización administrativa*, Navarra, Thomson-Civitas, pp. 378.
- MAIRAL, Héctor A. (2005): «Nuevas ideas en materia de dominio público», en AA.VV., *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Ediciones RAP, pp. 103-111.

- MAIRAL, Héctor A. (1998): «De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo», en *El Derecho*, Tomo 179, pp. 655-700.
- MARIENHOFF, Miguel S. (2011): *Tratado de derecho administrativo*, Tomo III-A, 4.ª edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 489.
- MARIENHOFF, Miguel S. (2011): *Tratado de derecho administrativo*, Tomo V, 4ª edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 591.
- MARTIN, Líber (2010): *Derecho de Aguas. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 319.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2000): «En torno a la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red (A propósito de la nueva Ley General de Telecomunicaciones y su sistema conceptual)», en AA.VV., *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI (Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo)*, Coordinador Francisco Sosa Wagner, Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 2795-2824.
- MATA, Ismael (2009): *Ensayos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones RAP, pp. 607.
- MAYER, Otto (1951): *Derecho administrativo alemán*, Tomo III, Buenos Aires, Depalma, pp. 319.
- VILLAR PALASÍ, José Luis (1964): *La intervención administrativa en la industria*, Tomo Primero, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, pp. 438.
- VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín (1952): *Derecho administrativo*, tomo IV, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, pp. 773.

LA AUTORIZACIÓN CONTRACTUAL DE OCUPACIÓN PRIVADA DEL DOMINIO PÚBLICO EN FRANCIA

HUBERT ALCARAZ

Catedrático de Derecho Público en la Universidad de Pau y los países del Adour, miembro del Institut d'études ibériques et ibérico-américaines (CNRS UMR DICE 7318)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. EL DERECHO DE OCUPACIÓN TEMPORAL: 1. Las características generales del derecho de ocupación temporal. 2. Las dimensiones del derecho de ocupación temporal.– III. DERECHOS REALES: 1. Derechos reales en el dominio público del Estado. 2. Derechos reales en el dominio público de las autoridades locales.– IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Las ocupaciones privadas del dominio público corresponden a un modo de utilización de éste que es contrario a su esencia. Esta observación tiene una serie de consecuencias para el régimen de las autorizaciones, unilateral como contractual, de ocupación privada, que sigue marcado por la precariedad y un ambiente desorbitado para el derecho común. Sin embargo, la reflexión llevada a cabo en los últimos años, bajo el impulso de la doctrina y del Consejo de Estado francés, ha producido cambios dentro de este régimen que ahora otorgan derechos al ocupante privado.

Palabras clave: dominio público; autorización de ocupación temporal; concesiones demaniales; uso privado; régimen jurídico; derecho de ocupación temporal; derechos reales; arrendamientos enfitéuticos.

ABSTRACT: Private occupations of the public domain correspond to a mode of use of the latter which is contrary to its essence. This observation has a number of consequences for the regime of private occupation permits, which remains marked by precariousness and an atmosphere that is exorbitant in relation to common law. However, the reflection undertaken over the last few years, under the impetus of the doctrine and the Council of State, have produced changes within this regime which now provide rights for the private occupier.

Key words: public domain; authorisation for temporary occupation; concessions of ownership; private use; legal regime; right of temporary occupation; rights in rem; emphyteutic leases.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de la propiedad pública en Francia ha experimentado unas evoluciones especialmente notables en el último medio siglo. Entre ellas, las que han afectado, más concretamente, al dominio público, en el sentido que esta

expresión tiene en el derecho francés, no han sido las menos importantes y, sin volver a las cuestiones ya tratadas en congresos anteriores, es el tema de las «concesiones demaniales» el que nos ocupará hoy. Esta expresión nos invita, de entrada, a hacer algunas precisiones metodológicas que nos ayudarán a comprender algunas de las especificidades del ordenamiento jurídico francés en esta materia. La primera, en forma de recordatorio, es para dejar claro que, aunque durante mucho tiempo el derecho público francés parecía interesarse únicamente por el dominio público, y no parecía tener nada especialmente interesante que decir sobre el dominio privado, que se suponía sometido al derecho común, hoy la perspectiva ha cambiado. Aunque el régimen del dominio público está marcado por un particularismo general, mientras que el del dominio privado sólo se aparta ocasionalmente del derecho privado, hay muchas cuestiones y principios comunes a todos los bienes públicos. Y el ámbito privado también merece atención.

Sin embargo, este enfoque no será el nuestro hoy. No será el caso, o lo será sólo de forma limitada, dado el tema que nos ocupa. Para entenderlo, acudamos a una segunda aclaración metodológica para observar que, sin negar el interés de un estudio general, cuando se trata de «concesiones demaniales», parece dominar el particularismo del derecho de los bienes públicos y, más precisamente, el de los bienes de dominio público. De hecho, el abanico de formas de utilización de los bienes públicos varía mucho en función de la naturaleza de estos. A este respecto, sabemos cómo la distinción entre el dominio público y el privado se estableció sobre la base de la idea de que determinados bienes públicos, por su uso para el público en general o, más ampliamente, para el bien público, debían beneficiarse de una protección jurídica especial y, en consecuencia, de un marco normativo original. Esta división sigue teniendo un impacto particular cuando se trata del uso de la propiedad pública. En efecto, aunque los usos que pueden hacerse de los bienes públicos son muy diversos y variados, son sin duda los usos que se hacen de los bienes clasificados en el dominio público los que están sujetos a las especificidades más notables.

Desde este punto de vista, es necesaria una tercera aclaración, esta vez relativa a la propia noción de «concesión demanial». En efecto, a través de ella se apuntan las modalidades de gestión y, más precisamente, de utilización de los bienes públicos. Así que, sin entrar en demasiados detalles, según una primera aproximación, la concesión demanial designa una forma de ocupación del dominio público, una de cuyas particularidades reside en el acuerdo de voluntades, en el que se basa. En otras palabras, la expresión no se refiere a una decisión unilateral sino a un acuerdo, es decir, a un contrato. Este contrato tiene, además, una segunda particularidad, un objeto específico ya que autoriza, en el ordenamiento francés, el uso privado del dominio público. Obviamente, esto requiere que se den tres elementos. En primer lugar, su

carácter contractual, que implica el encuentro de dos voluntades distintas. En segundo lugar, la condición de los cocontratantes, que deben ser una entidad pública o su concesionario. Y, por último, el objeto del contrato, que debe autorizar la ocupación privada del dominio público.

Y para tomar la medida de este elemento, de esta última característica, es necesario subrayar que el uso de los bienes es decisivo para definir la noción de concesión demanial. De hecho, los bienes de propiedad estatal destinados a servicios públicos se distinguen de los destinados al uso público. Mientras que las primeras —instalaciones de titularidad pública adscritas a servicios públicos— son utilizadas exclusivamente por el servicio titular (1), las segundas —instalaciones de titularidad pública adscritas a uso público— son susceptibles de ser utilizadas de dos formas: o bien uso en común, también llamado uso colectivo, por el público en general o por categorías de personas objetivamente determinadas (2); o bien uso privado por personas individualmente determinadas, sobre la base de una autorización expedida por la administración. En cada caso, al ocupante se le reconocen derechos más o menos amplios, según se trate de la ocupación de zonas de dominio público específicamente adscritas al uso que permite, es decir, si autoriza un uso no sólo compatible, sino coherente, con el uso del dominio (3), o, por el contrario, un uso de parcelas de dominio público no adscritas específicamente al uso que este contrato autoriza (4). Sin embargo, esta primera distinción debe completarse con una segunda, que se basa en el objeto del contrato o, más exactamente, en la posible pluralidad del objeto del contrato. No es necesario profundizar aquí en esta cuestión, sino que basta con señalar que algunos contratos demaniales tienen como único objeto la ocupación del dominio, mientras que otros tienen un contenido adicional que puede suscitar una segunda calificación, en particular la de concesión *en sentido estricto*, o la de delegación de servicio público, o incluso la de contrato público (5).

En cualquier caso, cuando se trata de una autorización contractual de ocupación privada de un bien público, y aunque las preocupaciones patrimoniales

(1) Sobre la base de un acto unilateral o contractual de asignación.

(2) Este es el caso, por ejemplo, del uso de las vías públicas por parte de los peatones o los automovilistas.

(3) Es el caso, por ejemplo, de las concesiones funerarias y de ciertas concesiones de obras o servicios públicos, como las concesiones de aeropuertos a las cámaras de comercio, o las concesiones ferroviarias.

(4) Por un lado, puede ser el dominio público asignado para uso público. Por ejemplo, las concesiones de servicio público que implican una determinada ocupación de las vías públicas o una concesión para un establecimiento de pesca marítima. Por otro lado, puede haber dominio público asignado a un uso privado: es el caso de las ocupaciones otorgadas por organismos que ya tienen concesiones sobre el dominio público (SNCF, puertos autónomos).

(5) Según las categorías resultantes de la transposición de las últimas directivas de la Unión Europea sobre concesiones y contratación pública.

ya no están ciertamente ausentes del dominio público y de su gestión, estas sólo penetran en esta esfera lentamente y a costa de una fuerte atenuación. De un ámbito a otro —privado o público— las normas no contempladas en el derecho común ocupan un lugar más o menos importante (6) y los textos y la jurisprudencia siguen basándose en esta distinción, aunque su contenido y alcance hayan evolucionado. Con esto queremos decir que la forma en que se puede hacer uso privado de ciertos bienes públicos varía considerablemente entre el dominio público y el privado, en particular porque el uso privado se aparta muy radicalmente de la naturaleza del dominio público, mucho más que la del dominio privado. Además, dentro del propio dominio público, el uso de los bienes determina en gran medida las diferencias en el régimen jurídico de su ocupación. En particular, se atribuyen importantes consecuencias a la distinción entre los bienes asignados al uso público, los bienes asignados a los servicios públicos sin estar asignados al uso público y, por fin, los bienes que no están ni asignados al uso público ni asignados a un servicio público.

Cuando se trata de un contrato cuyo objetivo es conceder el uso privado de un bien del dominio público, el tipo de uso del dominio público será decisivo. En efecto, el uso privado no adoptará la misma forma según que la dependencia esté asignada a un servicio público o que, más ampliamente, esté asignada al uso público. En este último caso, se entiende que la dependencia es abierta, ya que el principio es entonces el del acceso de todos en la medida en que se trata de un uso colectivo. Dicho de otro modo, cuando el dominio público se asigna al uso público, todos los ciudadanos (7) en principio, tienen acceso a él. Estos usos no requieren, o no se materializan, en ningún título particular del terreno. El derecho de uso es el resultado de las normas generales. Es cierto que los usuarios se sitúan en una situación jurídica siempre cambiante, sin derechos adquiridos, pero la forma más común de uso común o colectivo es la que otorga al usuario el derecho de acceso y el derecho de circulación, o de estacionamiento, en la propiedad estatal (8). En otros casos, el uso colectivo significa el derecho del usuario a apropiarse de algunos de los frutos o productos del dominio público (9). Por el contrario, el uso privado

(6) Esta observación remite a la idea de «escalas de demanialidad», querida por Léon DUGUIT; F. MELLERAY, 2004: p. 287.

(7) O categorías de personas determinadas objetivamente. Pensemos, por ejemplo, en los peatones cuando se trata del uso de las aceras en la vía pública.

(8) Esto se aplica al uso de las vías públicas, los paseos, los museos, los edificios religiosos, las vías navegables, etc.

(9) Por ejemplo, la captación de aguas estatales (que no requiere autorización cuando se realiza sin el uso de maquinaria y cuando no requiere más obras que las establecidas por la administración, como fuentes o lavaderos, para posibilitar dichos usos), o la recolección de algas (algas, kelp, wrack, de acuerdo con lo establecido en el Decreto de 9 de agosto de 1990) que se encuentran en la orilla del mar.

se refiere a todos los casos en los que las instalaciones de dominio público son ocupadas de forma exclusiva y privilegiada por una persona concreta en lugar de dejarse para el uso de todos.

De estas primeras aclaraciones se desprende una simple observación: la concesión de una autorización de ocupación privada no implica la misma derogación del uso de la dependencia, dependiendo de si ésta se destina al uso de todos o si se destina a un servicio público individualizado, es decir, cuando es mucho menos accesible al público. Sea cual sea el uso, el uso privado es necesariamente de carácter derogatorio. Sin embargo, además de que las dependencias asignadas al uso público son más adecuadas para una posible privatización de su uso, es cuando el uso privado se refiere a las dependencias asignadas al uso común cuando surgirá la excepción más intensa. Por lo tanto, sin ignorar la utilización privada del dominio público adscrito a servicios públicos, es la utilización privada del dominio público asignado al uso público la que será objeto de atención aquí, tanto más cuanto que la parte esencial del régimen previsto es aplicable a cualquier ocupación privada, cualquiera que sea la asignación de que se trate. A este respecto, las disposiciones del Código de la propiedad de las personas públicas son claras: «Los bienes del dominio público se utilizan de acuerdo con su asignación a la utilidad pública. No se puede conceder ningún tipo de derecho que obstaculice el respeto de este objetivo» (10). Esto significa que las ocupaciones privadas sólo pueden autorizarse si son compatibles con «los usos acordes con la finalidad del dominio que el público tiene normalmente derecho a hacer de él» (11) esto significa que la posibilidad de conceder un derecho sobre el dominio público sólo está abierta si este derecho no interfiere con el respeto a la finalidad de la dependencia en cuestión. Sobre todo, siempre en términos de las peculiaridades que impregnan el asunto, cuando las dependencias están abiertas al uso de todos, pueden al mismo tiempo estar abiertas a la ocupación privada. En otras palabras, aunque esté abierta a todos, una dependencia puede tener un doble uso: colectivo y privado (12). Sobre todo, el uso privado debe basarse siempre en un título específico.

(10) Artículo L. 2121-1 del Código General de la Propiedad de las Personas Públicas.

(11) CE, 3 de mayo de 1963, Commune de St Brévin-les-Pins, Lebon 259.

(12) Aunque esta hipótesis es, en la práctica, bastante rara, se pueden mencionar algunos ejemplos. Es el caso de los cementerios, que están abiertos al público pero que también se utilizan de forma privada a través de las concesiones funerarias. Lo mismo ocurre con las salas de mercado y los mercados, que están abiertos al público y se utilizan de forma colectiva, pero también son ocupados de forma privada por comerciantes y mercaderes, mediante concesiones de plaza. En el caso de los cementerios, al igual que en el de las salas de mercado, los dos usos están en consonancia con el uso de los locales. Pero aún es posible identificar las dependencias asignadas al uso de todos que pueden, al mismo tiempo, ser objeto de ocupaciones privadas, en interés personal del ocupante, ocupaciones privadas que

Sin embargo, la tendencia general a la revalorización del dominio público no puede dejar de tener una influencia considerable en el régimen del dominio público, tradicionalmente dominado por la precariedad del uso privado. De hecho, ahora se trata de reconocer y establecer los derechos de la ocupación además de los del ocupante. Así, asistimos a una modificación de las formas jurídicas de utilización privada del dominio público. En este sentido, el Código general de la propiedad de las personas públicas es la culminación de una evolución iniciada a principios de los años ochenta, con el fin de adaptar el derecho patrimonial público al objetivo de la gestión patrimonial de los bienes y derechos objeto de la propiedad pública. Aunque las disposiciones del código siguen siendo en parte rigurosas (13), no impiden una flexibilización del régimen del uso privado del dominio público para favorecer su ocupación y, por tanto, su desarrollo. La necesidad de rentabilizar mejor los derechos y bienes, objeto de la propiedad pública, ha llevado al legislador a flexibilizar el derecho de la propiedad pública. Desde este punto de vista, la flexibilización de las normas aplicables a los bienes públicos queda especialmente ilustrada por el régimen de ocupación temporal del dominio público. Para compatibilizar las exigencias del régimen de dominio público con la necesidad de desarrollar estas ocupaciones y, más concretamente, con los imperativos de financiación externa de las obras que allí se construyeron. Esta compatibilidad está ahora garantizada por el reconocimiento de un verdadero derecho de ocupación temporal (§ I) y, más allá de este derecho de ocupación, por la consagración de derechos reales (§ II).

II. EL DERECHO DE OCUPACIÓN TEMPORAL

Si, en la práctica, a veces es difícil determinar si una determinada ocupación privada se basa en un contrato o en una decisión unilateral, y aunque el régimen de estas dos grandes categorías de actos obedece aquí, más o menos, a las mismas reglas, es sobre todo la autorización de carácter contractual la que será objeto de atención, sobre todo porque en el derecho francés, esta distinción sigue siendo la más conveniente y la más común. En efecto, para designar las formas de autorización de ocupación del dominio público, el Código general de la propiedad de las personas públicas contrapone las decisiones unilaterales, más frecuentemente denominadas permisos de circula-

no corresponden a la asignación de la dependencia pero que deben seguir siendo compatibles con ella al no impedirla. Es el caso de los quioscos de prensa o las terrazas de los cafés instalados en la vía pública (aceras, calles, plazas, etc.).

(13) Se recogen, en particular, en los artículos L. 2121-1 y L. 2122-1 del Código General de la Propiedad de las Personas Públicas.

ción (14), a los convenios —contrato entre la administración y el ocupante—, denominado convenio de ocupación del dominio público o concesión de carreteras (15). Cualquiera que sea la naturaleza del título, el hecho de que, en principio, el uso normal de los bienes públicos sea un uso colectivo, ese uso colectivo al que se asigna generalmente, pesa sobre su emisión e incluso sobre su existencia. Por lo tanto, la ocupación de estos espacios, a título privado, sólo puede ser temporal, fuente de un derecho de carácter general (A) y que abarca varias dimensiones (B).

1. Las características generales del derecho de ocupación temporal

El derecho de ocupación privada del dominio público está ahora expresamente consagrado en las disposiciones de los artículos L. 2122-1 y siguientes del Código General de la Propiedad Pública (16). Si bien estos artículos establecen que la ocupación temporal del dominio público debe respetar el uso colectivo al que se destinan los bienes y derechos en cuestión (17), la ocupación temporal ha hecho una notable entrada en el régimen del dominio público, ya que «las normas generales de ocupación» la contemplan ahora como una alternativa, casi normal, al uso colectivo.

Por supuesto, este derecho de ocupación sigue estando estrictamente regulado. A este respecto, en general, más allá del único caso de los usos privados basados en un contrato, es decir, cualquiera que sea la forma jurídica de la autorización de ocupación privada del dominio público, esta autorización tiene la naturaleza jurídica de un acto administrativo. Esta calificación resulta principalmente del decreto-ley de 17 de junio de 1938, actualmente codificado en el artículo L. 2331-1 del CGPPP, que atribuye a los jueces contencioso-admini-

(14) Y más raramente, permisos de estacionamiento. Los permisos de carretera, en *sentido estricto*, abarcan los casos en los que la ocupación autorizada es una ocupación con derecho de paso, es decir, aquella que requiere la realización de obras, la penetración en el subsuelo como consecuencia de trabajos en la infraestructura, trabajos que modifican la base del dominio público. Es el caso, por ejemplo, de los pozos de almacenamiento de combustible instalados en la vía pública, de las empalizadas clavadas en la vía pública para cercar una obra que está prohibida al público, o de un quiosco de prensa construido sobre una losa de hormigón colocada en el suelo, de una estela, de las vías férreas, de las zanjas, de las tuberías, etc. El permiso de estacionamiento, en cambio, se refiere a las autorizaciones expedidas con vistas a la ocupación privada del dominio público sin derecho de paso, es decir, sin modificación de la base del dominio público. Este es el caso de las autorizaciones expedidas para la instalación de sillas o mesas, o puestos, en la vía pública, o de objetos sellados en un muro pero que sobresalen de la vía pública (CE, 11 de mayo de 1977, n° 01567, Ville de Lyon, Lebon 210).

(15) Artículo R. 2122-1.

(16) Posteriormente CGPPP.

(17) «El derecho de uso que pertenece a todos» según esta disposición.

nistrativo una competencia general para conocer de todos los litigios relativos a los contratos de ocupación del dominio público. Esta competencia se interpreta de forma muy amplia, ya que se aplica a todos los acuerdos redactados sobre el dominio público, incluidos los que se refieren a edificios que no forman parte de él, aunque estén contruidos en el dominio público, o los acuerdos cuya finalidad no está directamente relacionada con la ocupación del dominio público, como un acuerdo celebrado entre dos ocupantes del dominio público para regular sus relaciones de vecindad (18).

Otra palabra, sobre las características generales de este uso privado, para decir que siempre está sujeto a la emisión de una autorización, como se recuerda en el artículo L. 2122-1 del CGPPP (19). La emisión obligatoria de un título que autorice la ocupación permite imponer, en este documento, las condiciones de compatibilidad de la ocupación privada con el destino del inmueble ocupado. Y el incumplimiento de estas condiciones puede justificar la revocación prematura de la autorización. Además, y obviamente, sólo puede tratarse de una ocupación temporal (20). Este carácter temporal de la ocupación privada obedece a las necesidades de protección y conservación del dominio público. Los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad impiden mecánicamente cualquier forma de apropiación de la dependencia por parte del ocupante privado, independientemente de la duración de la ocupación. La autorización para ocupar el dominio público de forma privada, basada en un acto unilateral o en un contrato, es decir, el derecho de ocupación es por naturaleza temporal. En el mismo sentido, la autorización de uso privativo tiene un «carácter precario y revocable» (21), al igual que el propio régimen de esta autorización (22). El derecho de ocupación está incluso sujeto a normas especiales para determinadas ocupaciones (23). La fuerza del interés general —al menos en su concepción francesa— permite a la administración poner fin a la ocupación en cualquier momento, incluso en ausencia de culpa por parte del ocupante, apoyándose así en una razón de interés general cualquiera que

(18) Tribunal des conflits, 18 de octubre de 1999, n° 03169, Préfet de la Corse, Préfet de la Corse du Sud c/ CA Bastia, en JCP, 2000, IV, n° 1208.

(19) «Nadie puede, sin un título que le autorice a ello, ocupar una dependencia de dominio público de una persona pública [...] ni utilizarla en una medida que exceda el derecho de uso que corresponde a todos». Este artículo reproduce, casi al pie de la letra, el artículo L. 28 del Código del dominio del Estado. En el mismo sentido, CE, as. 13 de abril de 2018, Société Les Brasseries Kronenbourg c/ Domaine national de Chambord, en Actualité juridique Droit administratif, 2018, p. 1850.

(20) Según el artículo L. 2122-2 del CGPPP, «la ocupación o utilización del dominio público sólo puede ser temporal».

(21) Artículo L. 2122-3 del CGPPP.

(22) Artículo L. 2122-1 del CGPPP.

(23) Artículos L. 2122-5 y siguientes del CGPPP.

sea. No hay que olvidar que la autorización para la ocupación privada sigue siendo excepcional.

Por último, el permiso y el derecho de ocupación son personales. Esto tiene dos consecuencias. Por un lado, el permiso es nominativo e implica que el ocupante ejerce sus derechos y obligaciones a título personal. Por otro lado, la autorización no es, en principio, cedible ni transferible. Esta cuestión del carácter transferible de los títulos de ocupación ha sido objeto de un gran debate (24). Pero más allá del mantenimiento de estos estrictos principios, el derecho de ocupación se ha desarrollado realmente con el tiempo, hasta el punto de que ahora tiene varias dimensiones.

2. Las dimensiones del derecho de ocupación temporal

El derecho de ocupación se ha definido desde hace tiempo como «un derecho exclusivo de disfrute» (25). Se trata ante todo de un derecho de uso del dominio público, que puede incluir un derecho de paso para las infraestructuras subterráneas. Así, por ejemplo, el artículo L. 45-9 del Código de Correos y Comunicaciones Electrónicas francés lo identifica como un derecho de utilización de los bienes públicos, en este caso el dominio público viario, en particular para instalar obras de comunicación electrónica (26). Pero el mismo texto va más allá, al identificarlo también como un derecho de paso que permite, en su caso, trazar una línea de comunicaciones electrónicas y organizar así el mantenimiento de las infraestructuras asignadas al tráfico de voz, sonido, imagen y datos digitales.

Tanto si se realiza con o sin derecho de paso, el derecho de ocupación temporal confiere a su titular, mientras dure la ocupación, un derecho de superficie. El derecho a construir significa que el ocupante tiene derecho a construir en las obras de dominio público de las que es propietario hasta el final del título de autorización (27). Sin embargo, este derecho a construir no ha dejado de plantear dificultades. En particular, se encuentra con la limitación de que todos los bienes necesarios para el funcionamiento del servicio, instalados tanto en propiedad pública como en propiedad privada, pertenecen desde el principio a la persona pública y le son devueltos necesariamente de forma gratuita al finalizar el convenio. Sin embargo, como veremos, en los últimos años se han

(24) Véase, en particular, Y. GAUDEMET, 1991: p. 297; CE, 10 de mayo de 1989, n° 73146, Claude Munoz, en *Revue du droit public*, 1989, p. 1805.

(25) CE, 25 de mayo de 1906, Min. du Commerce c/ Cie du Chemin de fer d'Orléans, Lebon 1.

(26) Artículo L. 46.

(27) CE, 21 de abril de 1997, Min. du Budget c/ Sté Sagifa, en *Revue française de droit administratif*, 1997, p. 935.

desarrollado excepciones (arrendamientos enfitéuticos y leasing-arrendamientos financieros). Es una contribución esencial de la evolución de la jurisprudencia el haber reconocido en los últimos años, más allá del régimen de ocupación temporal del dominio público, un verdadero estatuto del ocupante. Hay que reconocer que el CGPPP no ofrece detalles significativos. Sin embargo, el ocupante puede reclamar una serie de privilegios, los más importantes de los cuales se refieren, por un lado, a las garantías de las que puede disponer, en particular en lo que respecta al régimen de ejercicio de sus actividades y, por otro, a la indemnización que puede recibir en caso de retirada prematura de su título de autorización.

En cuanto a las garantías, éstas se refieren esencialmente al régimen de sus actividades en el dominio público. Desde este punto de vista, hay que señalar que el titular de un título de utilización del dominio público tiene, en primer lugar, naturalmente, el derecho a utilizar el bien de acuerdo con las condiciones del título. Al mismo tiempo, podrá exigir a la administración que ponga a su disposición un inmueble en el que la actividad autorizada por el título sea legal y técnicamente posible (28). Podrá ser autorizado a expedir títulos de subocupación de la propiedad estatal (29). También tiene derecho a utilizar el dominio público de forma privada en las condiciones establecidas en el contrato y en la normativa de policía aplicable al dominio. Podrá reclamar este derecho frente a terceros que lo infrinjan.

Sin embargo, existe un riesgo de incompatibilidad de principio entre el régimen del dominio público y el del comerciante, en el sentido del Código de Comercio. En particular, se sabe que el dominio público puede ser el lugar de una o varias actividades comerciales (30). Desde este punto de vista, hay que recordar que el Consejo de Estado aceptó finalmente la transferibilidad del título de autorización (31), previo acuerdo de la autoridad gestora del dominio (32). Sin embargo, esta solución por sí sola no era del todo satisfactoria, ya que no resolvía, en particular, la cuestión del reconocimiento de la existencia de una empresa en beneficio del titular de la autorización de ocupación temporal del dominio público. Además, introducido por una ley de 2014 (33), el artículo L. 2124-32-1 del CGPPP establece ahora que «una

(28) P. HANSEN, 2014.

(29) Se plantea la cuestión de si la concesión de estos títulos debe ir precedida de un proceso de licitación: T. VASEUX, 2019: n° 2177.

(30) CE, sec. 5 de mayo de 1944, Compagnie maritime de l'Afrique orientale, Lebon 129.

(31) CE, 4 de junio de 1958, Sieur Tossounian, Lebon 307.

(32) CE, 19 de marzo de 1980, Époux Corrodi, n° 07760.

(33) Ley n° 2014-626, de 18 de junio de 2014, sobre la artesanía, el comercio y las empresas muy pequeñas; C. CHAMARD-HEIM y P. YOLKA, 2014: p. 1641.

empresa puede ser explotada en el dominio público a condición de que exista una clientela». Estas disposiciones sólo afectan a las dependencias del dominio público inmobiliario artificial, ya sean del Estado, de una entidad territorial o de un establecimiento público.

En cuanto a la indemnización que puede reclamar el titular de un título de ocupación temporal en caso de retirada prematura de dicho título, el régimen de indemnización del ocupante desalojado es diferente según se trate de una autorización unilateral o de una autorización contractual. La situación del titular de una autorización unilateral es menos favorable, ya que es más fácil para la persona pública propietaria retirar un acto unilateral que un contrato. Al término de la vigencia de la autorización, ésta deja de surtir efecto. Los derechos del ocupante son entonces muy limitados, tanto más cuanto que no puede aprovechar el silencio guardado por la persona pública propietaria a la expiración de su título de autorización y su permanencia en el dominio público para invocar una decisión de renovación tácita (34). La situación es diferente en el caso de la retirada del permiso antes de que expire su plazo. Obviamente, la persona pública propietaria siempre tiene derecho a retirar su autorización, incluso en el caso de que ésta se haya concedido para el cumplimiento de una misión de interés general (35). Al denegar la concesión o la renovación de una autorización temporal, la autoridad que gestiona el dominio público no está obligada a respetar un procedimiento contradictorio, ya que dicha denegación no tiene, en principio, el carácter de una sanción (36). Por *otro lado*, cualquier medida adoptada en consideración a la persona debe ir precedida de un procedimiento contradictorio (37).

El titular de un contrato de ocupación del dominio público también tiene derecho a una indemnización en caso de retirada regular por parte de la administración. El titular tiene derecho a una indemnización si su capacidad de ocupación se ve reducida, en particular como consecuencia de las modificaciones impuestas por la administración (38). La indemnización concedida por el juez del contrato cubre el daño resultante de la infracción, así como las

(34) CE, 17 de diciembre de 1975, Société Letourneur Frères, n° 91873.

(35) CE, 22 de mayo de 1987, Min. délégué chargé des P.T.T. c/ Communauté urbaine de Lille, en *Revue Droit administratif*, 1987, comm. n° 418.

(36) CE, 6 de octubre de 1997, EURL JPC Loisirs, n° 172278.

(37) Así, la decisión de un alcalde de denegar la renovación de una concesión de ocupación del dominio público para la explotación de un establecimiento de bebidas no alcohólicas, sin un procedimiento contradictorio previo, está viciada de ilegalidad. En efecto, esta decisión no se adoptó por el interés público del municipio, sino por una razón de interés general basada en el hecho de que el ocupante había sido condenado por emplear a varios extranjeros en situación irregular en su establecimiento: CE, 10 de diciembre de 1997, Min. de l'Intérieur, n° 110600, Lebon 487.

(38) CE, 10 de julio de 1992, Gischia, Lebon 630.

ventajas que el ocupante podría haber obtenido de su contrato. Sin embargo, este derecho a la indemnización tiene ciertos límites. Se puede dejar de lado por los términos del contrato o por un texto al que se remite el contrato. Además, el contrato o los textos pueden regular las modalidades de compensación y sustituir la compensación pecuniaria por una compensación en especie o un derecho a una reducción de los honorarios. Pero, sin duda, es con el reconocimiento de los derechos reales cuando se ha producido el desarrollo más notable.

III. DERECHOS REALES

Aunque los artículos L. 2122-6 y L. 2122-20 del CGPPP prevén expresamente el derecho del Estado o de las colectividades locales, así como de sus establecimientos públicos, a expedir autorizaciones de ocupación privada del dominio público, confiriendo a su titular el derecho a invocar un derecho real, no siempre ha sido así (39). En este sentido, tras varios intentos doctrinales (40) y construcciones jurisprudenciales (41), que no lograron establecer la existencia de un derecho real, fueron finalmente los textos los que intervinieron, cada vez más ampliamente, para consagrar expresamente la posibilidad de reconocer derechos reales en el dominio público. Se consideró necesario modificar profundamente el régimen de ocupación privada del dominio público.

Más de cuarenta años después de los primeros textos, hay que seguir distinguiendo entre los derechos concedidos por el Estado sobre su dominio público y los concedidos por las autoridades locales (42). En efecto, para reconocer uno o varios derechos reales en beneficio del usuario privado, el legislador ha realizado varias atenuaciones al principio de inalienabilidad. La primera procede de la Ley n° 88-13, de 5 de enero de 1988, que permite la celebración de arrendamientos enfitéuticos sobre el dominio público de las entidades locales. Posteriormente, se adoptaron otros textos para aumentar el número de excepciones, en particular la Ley n° 94-631 de 25 de julio de 1994 que instituye la posibilidad de los derechos reales sobre el dominio público nacional, y luego la Orden de 4 de septiembre de 2003 que abre la misma posibilidad para los dominios hospitalarios. Sin embargo, estos textos sólo autorizan la creación de derechos reales sobre el dominio público artificial y siempre distinguen entre el nivel territorial —Estado (A) y entidades locales (B)— o el ámbito de aplicación.

(39) C. COMBE, 2001; C. LAVIALLE, 1994: p. 1106.

(40) Por ejemplo, J. DUFAU, 1993: t. II, p. 283 y ss.

(41) Tribunal de casación, cámara comercial, 10 de abril de 1867, de Kerveguen c/ Deshayes, en Sirey, 1867, 1, p. 277.

(42) F. LLORENS y P. SOLER-COUTEAUX, 2006: p. 935.

1. Derechos reales en el dominio público del Estado

La Ley de 25 de julio de 1994 introdujo una importante innovación jurídica en el derecho de la propiedad pública. De hecho, reconoce por primera vez la posibilidad de derechos reales sobre el dominio público del Estado. Establece el principio y fija las condiciones de utilización, en particular para la financiación de obras, construcciones y otras instalaciones de carácter inmobiliario establecidas en el dominio público. En adelante, existe el principio de un derecho real en beneficio del ocupante privado de una dependencia de dominio público estatal, «salvo que se estipule lo contrario en su título». En otras palabras, la creación de derechos reales es ahora el principio, tal y como se indica en el artículo L. 2122-6 del CGPPP: «El titular de una autorización de ocupación temporal del dominio público del Estado tiene, salvo que se estipule lo contrario en su título, un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones inmobiliarias que construya para el ejercicio de una actividad autorizada por este título». La persona pública propietaria es libre de dejar de lado este principio especificándolo en el título de autorización. Estas disposiciones son aplicables a los establecimientos públicos del Estado y a los concesionarios.

Las ordenanzas relativas a los contratos públicos (43) y a las concesiones (44) han reorganizado la relación entre los títulos de ocupación del Estado y los contratos de licitación pública (contratos públicos, incluidos los contratos de asociación, y contratos de concesión, incluidos los contratos de delegación de servicios públicos de las autoridades locales). A partir de ahora, se especifica claramente que «una autorización de ocupación temporal no puede tener por objeto la ejecución de obras, la entrega de suministros, la prestación de servicios o la gestión de una misión de servicio público, con una contrapartida económica consistente en un precio o un derecho de explotación, por cuenta o para las necesidades de un comprador [...] o de una autoridad concedente» (45). El permiso de ocupación temporal, aunque constituya un derecho real y se conceda en forma de convenio, no puede, por tanto, sustituir a un contrato o a una concesión. No obstante, «en el caso de que sea necesario un título de ocupación para la ejecución de un contrato de orden público, este contrato deberá prever, en cumplimiento de lo dispuesto en el [CGPPP], las condiciones de ocupación del dominio» (46). En consecuencia, es el contrato público, contrato o concesión, el que fijará las condiciones de ocupación del dominio público, incluso si éstas constituyen derechos reales.

(43) Ordenanza n° 2015-899 de 23 de julio de 2015.

(44) Orden n° 2016-65 de 29 de enero de 2016.

(45) Artículo L. 2122-6, párrafo 4, CGPPP.

(46) Artículo L. 2122-6, párrafo 5, CGPPP.

El derecho real confiere al ocupante, para el ejercicio de la actividad autorizada por su título, prerrogativas que no corresponden tradicionalmente al titular de una autorización de ocupación del dominio público. Según el artículo L. 2122-6 del CGPPP, le confiere «las prerrogativas y obligaciones del propietario». De hecho, el reconocimiento de este derecho sólo tiene interés si es transferible. Además, el derecho real se concede «sobre las obras, construcciones e instalaciones de carácter inmueble que [el ocupante] realice para el ejercicio de una actividad autorizada en este título». La falta de precisión sugiere que la actividad en cuestión puede ser exclusivamente inmobiliaria y consistir únicamente en la construcción de un edificio con vistas no a ocuparlo, sino a alquilarlo a uno o varios usuarios. El ocupante puede ceder su derecho, previa aprobación de la administración. Los derechos reales y las obras pueden ser hipotecados. Sin embargo, la hipoteca sólo puede constituirse —como en el caso del arrendamiento a largo plazo— para garantizar los préstamos contratados por el titular de la autorización con vistas a financiar la construcción, modificación o ampliación de las obras inmobiliarias situadas en el inmueble de propiedad estatal.

El derecho real concedido al titular de un permiso de ocupación temporal sólo tiene sentido si éste puede garantizar las inversiones que realiza, remitiendo una hipoteca sobre las obras, instalaciones o estructuras realizadas a cambio de financiación bancaria. Esta posibilidad está ahora expresamente prevista en los apartados 1 a 3 del artículo L. 2122-8 del CGPPP. Para ser más precisos, la hipoteca sólo puede concederse para préstamos cuya finalidad se especifica: debe referirse a la construcción, modificación o ampliación de obras, construcciones e instalaciones de carácter real situadas en el dominio público ocupado. En caso de realización de esta garantía, la cesión obligatoria es posible a iniciativa de los acreedores hipotecarios o de aquellos cuyo crédito haya surgido de la ejecución de las obras de realización o ampliación. Además, el artículo L. 2122-13 del CGPPP prevé la posibilidad de arrendar con el único fin de realizar obras, construcciones e instalaciones establecidas en el dominio público por el titular de la autorización de ocupación temporal para las necesidades de su ocupación (47).

En cualquier caso, el derecho real así concedido no puede superar una duración máxima de 70 años. Y cuando expira el plazo normal del permiso de ocupación temporal, la ley ofrece una elección entre dos posibilidades: la demolición, que parece ser el principio, o el mantenimiento, que aparentemente

(47) Sin embargo, para no generar una situación de excesiva inseguridad jurídica para estos bienes de dominio público, el texto prevé que, si el contrato de arrendamiento se refiere a la financiación de obras, construcciones e instalaciones «necesarias para la continuidad de un servicio público», deberá incluir «cláusulas que permitan preservar las necesidades de este servicio público»: art. L. 2122-13, párrafo 1, del CGPPP.

es la excepción. La demolición puede ser realizada por el propio ocupante, por iniciativa propia o de la comunidad de propietarios, o por un tercero y, en este último caso, los costes de demolición correrán a cargo del ocupante. Esta obligación de demolición corresponde a la voluntad del legislador de relativizar los derechos del ocupante y, en particular, su derecho real. Este derecho se le concede sólo para las necesidades de su actividad. Ni este derecho ni, *a fortiori*, los edificios que lo han fundamentado están destinados a perpetuarse y, por tanto, a sobrevivir. La demolición no se produce en dos casos: o bien porque el título de ocupación lo excluye, o bien porque la administración renuncia a esta destrucción, como es el caso del dominio público de las entidades locales.

2. Derechos reales en el dominio público de las autoridades locales

Al referirse expresamente al dominio público del Estado, la Ley de 25 de julio de 1994 excluyó de su ámbito de aplicación el dominio público local, entendido como el de las colectividades locales francesas (48). En efecto, la Ley de 5 de enero de 1988 había aportado una solución satisfactoria a los problemas de las colectividades locales en la gestión de sus propios bienes públicos, al ofrecerles —y a sus establecimientos públicos— la posibilidad de conceder derechos reales. En otras palabras, el reconocimiento de los derechos reales en beneficio de los ocupantes privados de los bienes públicos locales precedió al de los derechos equivalentes en beneficio de los ocupantes privados de los bienes del Estado. Sobre la base de las disposiciones ahora codificadas en el artículo L. 1311-2 del Código General de Colectividades Territoriales, las autoridades locales están autorizadas a conceder arrendamientos de larga duración en sus dominios públicos o privados (49).

Posteriormente, la ordenanza de 2006 relativa a la parte legislativa del Código General de la Propiedad de las Personas Públicas (50), optó por ampliar a las autoridades locales la posibilidad de conceder autorizaciones de ocupación que constituyan derechos reales sobre su dominio público, pero según un sistema distinto del aplicable al Estado y a sus establecimientos públicos (51). Los procedimientos se especifican en los artículos L. 1355-5 y siguientes del Código General de Colectividades Territoriales (52). Son bastante similares a los previstos para el Estado por la ley de 1994, pero no son

(48) De manera sintética, son regiones, departamentos y municipios.

(49) P. TERNEYRE y B. NOYER, 1996: p. 15.

(50) Ordenanza n° 2006-460 de 21 de abril de 2006, relativa a la parte legislativa del código general de bienes públicos.

(51) Artículo L. 2122-20 del CGPPP.

(52) Posteriormente, el CGCT.

idénticos en todos los aspectos. Por ejemplo, la concesión de derechos reales no es de principio: debe especificarse expresamente en el título. Además y, sobre todo, los derechos reales sólo pueden concederse, como en el caso del arrendamiento enfitéutico, con vistas al cumplimiento de una misión de servicio público o a la realización de una operación de interés general. Para limitar la inseguridad jurídica de los inversores, el CGCT prevé explícitamente una hipótesis como de interés público local: la de las actividades relacionadas con la explotación de un puerto o un aeropuerto y que puedan contribuir a su animación o desarrollo (53).

Además, la preocupación por aclarar la relación con los contratos públicos ha llevado a suprimir otra finalidad de las autorizaciones de ocupación temporal que constituyen derechos reales de las colectividades territoriales: el cumplimiento de una misión de servicio público. En efecto, «las entidades territoriales no podrán utilizar estas autorizaciones de ocupación temporal que constituyan derechos reales para la ejecución de obras, la entrega de suministros, la prestación de servicios o la gestión de una misión de servicio público, con una contrapartida económica constituida por un precio o un derecho de explotación, en su nombre o para sus necesidades». A partir de ahora, ya no habrá dudas sobre si un permiso de ocupación temporal concedido en forma de contrato para el cumplimiento de una misión de servicio público es o no una delegación de servicio público, ya que, si dicho permiso es necesario para el cumplimiento de un contrato de orden público, es este contrato el que establece las condiciones de ocupación del dominio (54).

En el mismo sentido, para evitar solapamientos entre los arrendamientos largos administrativos y los contratos públicos, la orden de 23 de julio de 2015 sobre la reforma de los contratos públicos estableció las normas contenidas en el artículo 1311-2 del CGPPP. El artículo L. 1311-2 del CGCT autoriza a las entidades locales a celebrar arrendamientos enfitéuticos y establece determinadas condiciones para su utilización por parte de las colectividades locales. Es evidente que esta disposición fue concebida para responder a necesidades jurídicas o financieras específicas, y no como parte de una reflexión más profunda sobre la evolución del derecho de propiedad pública local. Este mecanismo se extendió después a los establecimientos públicos de las autoridades locales. La reorganización de los contratos públicos también llevó a la supresión de la posibilidad de celebrar un contrato de arrendamiento a largo plazo para el cumplimiento de una misión de servicio público. A partir de ahora, un arrendamiento no puede «tener por objeto la ejecución de obras, la entrega de suministros, la prestación de servicios o la gestión de una misión de

(53) Artículo L. 1311-5, II, del CGCT.

(54) Artículo L. 1311-5, III del CGCT.

servicio público, con una contrapartida económica consistente en un precio o un derecho de explotación». Ya no es necesario preguntarse si un arrendamiento administrativo enfitéutico concedido para el cumplimiento de una misión de servicio público es o no una delegación de servicio público, ya que, si dicho arrendamiento es necesario para el cumplimiento de un contrato de licitación pública, «este contrato prevé, en cumplimiento de las disposiciones [del CGCT], las condiciones de ocupación del dominio» (55).

La posibilidad de que las autoridades territoriales recurran al arrendamiento enfitéutico es tanto más abierta cuanto que los bienes inmuebles que pueden dar lugar a la celebración de este tipo de acuerdo pueden pertenecer indistintamente al dominio público (56) o al dominio privado de las autoridades arrendadoras. Las únicas dependencias que quedan excluidas del ámbito de aplicación de los arrendamientos enfitéuticos administrativos son las que entran en el ámbito de aplicación de violaciones de la carretera. En consecuencia, el dominio público viario, pero también los ferrocarriles locales, así como los dominios públicos fluviales y aeroportuarios locales, quedan fuera del ámbito de aplicación (57).

Queda, por supuesto, que el derecho real, su posible hipoteca, así como su transmisión, siguen siendo muy restringidos, por no decir limitados. A este respecto, y con carácter general, hay que señalar que la transmisión de los títulos de ocupación del dominio público está organizada de forma muy restrictiva por la jurisprudencia, tanto si se trata de acuerdos de ocupación del dominio público como de autorizaciones unilaterales de ocupación. Así, en el caso de un acuerdo de ocupación del dominio público, el propietario de la entidad local no puede autorizar de antemano a su cocontratante a transferir sus derechos a un tercero de su elección. Dicha cláusula, si se inserta en el título de ocupación, debe considerarse nula y sin efecto (58). En la misma línea, el Consejo de Estado prohíbe, en general, toda transferencia gratuita (59) o a título oneroso (60). En varias ocasiones ha recordado que la autorización de ocupación del dominio es estrictamente personal y que «no corresponde a la Administración otorgar al titular de una autorización de ocupación del dominio marítimo, que es, por la propia naturaleza del dominio público, estrictamente personal y revocable, la autorización para transmitir dicha autorización» (61). Ciertamente, las cosas no cambian totalmente en el derecho público francés.

(55) Artículo L. 1311-2, párrafo 4, del CGCT.

(56) J.-B. AUBY, 1996: p. 1235.

(57) CE, 5 de octubre de 1995, n° 116316, *Commune de Brive-la-Gaillarde*, Lebon 356, relativa a una bolera construida en un aparcamiento.

(58) CE, 6 de mayo de 1985, *Assoc. Eurolat y Crédit foncier de France*, Lebon 141.

(59) CE, 21 de noviembre de 1969, *Sieurs Koeberlin*, Lebon 531.

(60) CE, sec. 21 de diciembre de 1977, *Min. des Finances c/ X*, Lebon 522.

(61) CE, 10 de mayo de 1989, *Munoz*, Lebon 675.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AUBY, Jean-Bernard (1996): «Le droit réel conféré aux occupants du domaine public des collectivités territoriales», en *JCP*, Edition notariale, I, pp. 1235-1254.
- CHAMARD-HEIM, Caroline y P. YOLKA, Philippe (2014): «La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public», *Actualité juridique Droit administratif*, pp. 1641-1651.
- COMBE, Christine (2001): «Les droits réels dans le domaine public. Ambiguïtés et limites», en *Revue Droit administratif*, chron. n° 22.
- DUFAU, Jean (1993): *Le domaine public*, Paris, Editions du Moniteur, t. II, 464 p.
- GAUDEMET, Yves (1991): «Les constructions en volume sur le domaine public», en *Les cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, pp. 297-307.
- GAUDEMET, Yves (1996): «L'occupant privatif du domaine public à l'épreuve de la loi», en *Mélanges dédiés à G. Braibant*, pp. 309-331.
- HANSEN, Philippe (2014): «L'obligation de délivrance dans le cadre de l'occupation privative du domaine public», *JCP A*, n° 2300.
- LAVIALLE, Christian (1994): «La constitution de droits réels dans le domaine public de l'État», en *RFDA*, pp. 1106-1121.
- LLORENS, François y SOLER-COUTEAUX, Philippe (2006): «Les occupations privatives du domaine public: un espoir déçu», en *RFDA*, p. 935
- MELLERAY, Fabrice (2004): «L'échelle de domanialité», en *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, pp. 287-300.
- TERNEYRE, Philippe y NOYER, Bernard (1996): «Le bail emphytéotique administratif comme technique contractuelle moderne de valorisation du domaine public des collectivités locales», en *Les Petites affiches*, n° 83, pp. 15-23.
- VASEUX, Thomas (2019): «Les contrats de sous-occupation du domaine public doivent-ils être précédés d'une procédure de sélection préalable?», *JCP A*, n° 2177.

LA APERTURA A LA COMPETENCIA DE LOS TÍTULOS DE OCUPACIÓN DE LAS PROPIEDADES PÚBLICAS EN EL ORDENAMIENTO FRANCÉS

ANTOINE BOURREL

Profesor titular de derecho administrativo Universidad de Pau y de los Países del Adour;
Instituto de Estudios Ibéricos e Iberoamericanos (IE2IA), CNRS UMR DICE 7318

SUMARIO : I. INTRODUCCIÓN.– II. PRIMERA ETAPA DE LA EVOLUCIÓN: LA AUSENCIA DE UNA OBLIGACIÓN GENERAL DE SACAR A CONCURSO LOS TÍTULOS DE OCUPACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO: 1. Un principio establecido por el Consejo de Estado: A) La declaración del principio) B. Un principio criticable. 2. Excepciones de alcance limitado: A) La organización facultativa de un procedimiento de publicidad y licitación a iniciativa de la autoridad que gestiona el dominio público. B) La organización obligatoria de un procedimiento de publicidad y licitación para los acuerdos de dominio público asociados a un contrato público: a) El decreto del 30 de diciembre de 2011 sobre la celebración de arrendamientos administrativos a largo plazo. b) La Ordenanza de 23 de julio de 2015 sobre contratos públicos.– III. SEGUNDA ETAPA DE LA EVOLUCIÓN: LA INVERSIÓN DE LAS PERSPECTIVAS Y LA CONSAGRACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN DE LICITACIÓN DE LOS TÍTULOS DE OCUPACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO: 1. Un statu quo insostenible según la legislación de la UE: A) Una obligación basada en la Directiva «Servicios» de 2006: a) La Directiva «Servicios». b) El análisis del TJUE. B) Una obligación basada en las normas fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 2. La organización de un sistema de licitación para los títulos de ocupación del dominio público: A. El principio de publicidad y licitación. B. Excepciones al principio de publicidad y licitación.– IV. UNA EVOLUCIÓN INACABADA: 1. La cuestionable exclusión de los títulos de ocupación del dominio privado del ámbito de la reforma. 2. La exclusión de los títulos de ocupación del dominio privado como fuente de importantes dificultades prácticas.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En Francia, la cuestión de la licitación de los títulos de ocupación de las propiedades públicas se ha debatido durante muchos años. Aunque durante mucho tiempo se aceptó que no había obligación de organizar un procedimiento de selección antes de conceder los permisos, bajo la presión de la legislación de la Unión Europea esto ha cambiado. La reforma aprobada en 2017 permite así cumplir mejor con las exigencias europeas. Sin embargo, sigue siendo incompleta.

Palabras clave: dominio público; arrendamiento; licitación; transparencia; concesión; contratos públicos; Directiva «Servicios».

ABSTRACT: In France, the question of tendering for occupancy titles for public properties has been debated for many years. Although for a long time it was accepted that there was no obligation to organise a selection procedure before granting permits, under

pressure from EU legislation this has changed. The reform adopted in 2017 thus makes it possible to better comply with European requirements. However, it remains incomplete.

Key words: public domain; leasing; tendering; transparency; concession; public procurement; Services Directive.

I. INTRODUCCIÓN

Bajo la influencia del derecho de la Unión Europea, las cuestiones planteadas por las autoridades públicas, los jueces y los juristas en el derecho francés de los contratos públicos se han centrado durante mucho tiempo en la definición del régimen jurídico de la adjudicación de los contratos públicos. La evolución del derecho en este ámbito, desde la adopción de las directivas sobre contratos públicos y concesiones de 26 de febrero de 2014 (1), ha permitido, en la práctica, resolver estas cuestiones, en particular mediante una definición precisa del concepto de contrato de obras públicas y de concesión.

Sin embargo, los esfuerzos así realizados, que en Francia se tradujeron en la adopción de un Código de Contratación Pública (2), seguían dejando sin respuesta una compleja cuestión: la de la licitación de los títulos de ocupación del dominio público. En particular, como los contratos de ocupación del dominio público (o privado) no se consideran contratos públicos, no están sujetos a las normas de contratación definidas por el Código para los contratos públicos y las concesiones.

Sin embargo, las exigencias europeas derivadas de la directiva de «Servicios» (3) interpretadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (4) han vuelto a poner en primer plano el debate sobre un procedimiento de licitación de los permisos de ocupación del dominio de las personas públicas, especialmente cuando esta ocupación no va acompañada de obras o servicios que

(1) Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos públicos; Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

(2) La parte legislativa del Código de Contratación Pública se aprobó mediante la Ordenanza n° 2018-1074, de 26 de noviembre de 2018, y la parte reglamentaria se aprobó mediante el Decreto n° 2018-1075, de 3 de diciembre de 2018.

(3) Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

(4) TJUE, 14 de julio de 2016, asunto C-458/14, Promoimpresa Srl, AJDA 206, p. 2176, nota R. Noguellou, Contrats Marchés publics. 2017, repère 11, nota F. Llorens y P. Soler-Couteaux.

respondan a las necesidades de la entidad pública propietaria del inmueble donde se ubica la ocupación (5).

Por lo tanto, en los últimos años se ha intensificado el debate sobre este tema a todos los niveles, ya sea doctrinal, jurisprudencial o normativo. En menos de diez años, la situación en este ámbito ha cambiado radicalmente, por lo que vale la pena trazar las principales etapas de esta evolución.

En primer lugar, repasaremos la situación que persistió mucho tiempo en Francia, derivada de la ausencia de obligación de sacar a concurso los títulos de ocupación del dominio de las personas públicas, independientemente de su forma contractual o unilateral (I). A continuación, analizaremos el punto de inflexión en la evolución que supuso la adopción de un sistema legal de licitación de títulos de ocupación (II) antes de considerar, por último, los posibles desarrollos que se avecinan (III).

II. PRIMERA ETAPA DE LA EVOLUCIÓN: LA AUSENCIA DE UNA OBLIGACIÓN GENERAL DE SACAR A CONCURSO LOS TÍTULOS DE OCUPACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO

Tal y como el Consejo de Estado tuvo ocasión de manifestar de forma muy clara en 2010 (6), no existía ninguna obligación general para los organismos públicos en materia de licitación para la concesión de permisos de ocupación de su dominio público. Este principio, que sólo afectaba a las ocupaciones «secas» del dominio público, estaba sujeto a excepciones, cuyo alcance seguía siendo limitado.

1. Un principio establecido por el Consejo de Estado

A) La declaración del principio

La cuestión de si los títulos de ocupación del dominio público de las personas públicas deben someterse necesariamente, antes de su expedición, a un procedimiento de selección de candidatos que integre las obligaciones de publicidad y concurrencia fue respondida negativamente por el Consejo de Estado con la sentencia «*Ville de Paris*» del 3 de diciembre de 2010 dictada por la Sección del Contencioso.

(5) En este caso, como veremos a continuación, las obligaciones de publicidad y licitación pueden derivarse de la realización de las obras o de la prestación de los servicios anexos a la ocupación del dominio público.

(6) CE, Sec. 3 de diciembre 2010, n° 338272, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*, AJDA 2011 p. 18, estudio de S. Nicinski y E. Glaser; RDI 2011, p. 162, obs. S. Braconnier y R. Noguellou; *Contrats et Marchés publics*. 2011, com. 25, nota G. Eckert.

En este caso se trataba de la renovación por un período de 20 años del contrato por el que el Ayuntamiento de París había autorizado a la Asociación «Paris Jean Bouin» (antes denominada «Club Athlétique des Sports Généraux») a ocupar y explotar las instalaciones del estadio Jean Bouin, es decir, un complejo inmobiliario que comprende, además del propio estadio, 21 pistas de tenis y diversos edificios destinados a oficinas, deportes y restauración.

En este caso, aunque la sociedad «Paris-Tennis» había comunicado a la ciudad de París su interés por hacerse cargo de la ocupación y gestión de estas instalaciones, se le informó de que su solicitud había sido rechazada. Por ello, «Paris-Tennis» impugnó la renovación del contrato con la Asociación «Paris Jean Bouin» por considerar que el derecho de ocupación del dominio público de la ciudad de París confiado a la Asociación había sido renovado sin que se organizara ningún procedimiento de licitación.

El litigio, que llegó al Consejo de Estado, planteaba, por tanto, la cuestión de si el contrato controvertido debía o no estar sujeto a las obligaciones de publicidad y licitación antes de su adjudicación.

La respuesta a esta pregunta no era sencilla, dadas las características del acuerdo celebrado entre la ciudad de París y la asociación. En efecto, aunque las partes habían optado inequívocamente por un acuerdo de ocupación del dominio público, con exclusión de un acuerdo de delegación de servicio público (7), esta calificación, impugnada por la sociedad demandante «Paris-Tennis», no era obviamente vinculante para el juez administrativo, cuya misión final era pronunciarse sobre la verdadera naturaleza del acuerdo. Para ello, sin perjuicio de que respete la intención común de las partes, más allá de la calificación dada por éstas al contrato, el juez examina el contenido del mismo teniendo en cuenta sus estipulaciones, así como, en su caso, los elementos externos al contrato susceptibles de establecer su verdadera naturaleza. En este caso, no puede excluirse totalmente que el acuerdo controvertido, que implicaba la ocupación del dominio público, fuera considerado por el Consejo de Estado como un acuerdo de delegación de servicio público que debería haber sido sometido a un procedimiento de publicidad (8).

Sin embargo, en este caso, el análisis de las estipulaciones del contrato (así como de otros elementos externos) llevó al Consejo de Estado a rechazar

(7) El artículo 1^{er} del acuerdo estipulaba que: «*El presente contrato de ocupación del dominio público no confiere al ocupante (...) la condición de concesionario de servicios públicos*».

(8) En Francia, antes de la reforma del Código de Contratación Pública, la Ley 93-122, del 29 de enero de 1993, relativa a la prevención de la corrupción y a la transparencia de la vida económica y de los procedimientos públicos, establecía que los convenios de delegación de servicios públicos debían celebrarse tras un procedimiento con publicidad y competencia previas.

la calificación del contrato como acuerdo de delegación de servicio público, ya que el contrato no mostraba una intención real de la ciudad de París de confiar a su cocontratante la gestión de un servicio público (9).

Por consiguiente, como señaló el Consejo de Estado, el contrato celebrado entre la ciudad de París y la asociación «Paris Jean Bouin» para la gestión de las instalaciones deportivas del estadio Jean Bouin constituía un simple acuerdo de ocupación del dominio público.

Una vez aclarado este punto, el Consejo de Estado aún debía pronunciarse sobre los argumentos de la sociedad «Paris Tennis», que consideraba que el acuerdo debía haber sido sometido a un procedimiento previo de publicidad y licitación. Sin embargo, los desestimó con un razonamiento lapidario: «*Ninguna disposición o principio legislativo o reglamentario obliga a una entidad pública a organizar un procedimiento de publicidad previo a la expedición de una autorización o a la adjudicación de un contrato de ocupación de un bien de dominio público, cuyo único objeto es la ocupación de dicho bien; ello es así incluso cuando el ocupante del bien de dominio público es un operador en un mercado competitivo*».

Aunque tiene el mérito de la claridad, la respuesta dada por el Consejo de Estado llega en un momento en que la presión por una solución diferente es cada vez más fuerte. En efecto, además de haber dictaminado unos años antes que la autoridad pública está obligada a tener en cuenta el derecho de la competencia a la hora de conceder permisos de ocupación del dominio público (contractuales o unilaterales) a los operadores económicos (10), el antiguo Consejo de la Competencia (11), autoridad administrativa independiente encargada de velar por el correcto cumplimiento del derecho de la competencia, había declarado que, en ausencia de un texto, correspondía a la autoridad local organizar su propio procedimiento de asignación de títulos de ocupación del dominio público (12). Asimismo, algunos tribunales habían querido imponer una obligación de transparencia sobre la base de las normas fundamentales del Tratado de la Unión Europea (13), mientras que los últimos pronunciamientos

(9) Para más detalles sobre este punto, véase en particular G. Eckert, *Contrats et Marchés publics* 2011, com. 25, *supra*.

(10) CE, Sec. 26 de marzo de 1999, n° 202260, Sté EDA, AJDA 1999, p. 427, nota M. Bazex.

(11) El Consejo de la competencia se transformó en la Autoridad de la competencia con la ley 2008-776 de modernización de la economía del 4 de agosto de 2008.

(12) Véase, en particular, el dictamen del Cons. conc. n° 04-A-19, de 21 de octubre de 2004, Ocupación del dominio público para la distribución de periódicos gratuitos.

(13) Véase, por ejemplo: TA Nîmes, 24 de enero de 2008, Société trains touristiques G. Eisenreich, AJDA 2008, p. 2172, nota J.-D. Dreyfus. Véase también, para una aplicación de la obligación de transparencia a la ocupación del dominio privado: TA París, 30 de mayo

del Consejo de Estado no se habían ajustado a esta evolución (14). Además, el principio consagrado en 2010 se reafirmó menos de tres años después en relación con un acuerdo para la instalación y explotación de mobiliario urbano de información cultural en el dominio público de la ciudad (15).

B) Un principio criticable

La solución encontrada por el Consejo de Estado en 2010 y confirmada en 2013 no ha dejado de suscitar críticas y preguntas.

Resulta sorprendente que el Consejo de Estado se muestre tan flexible en el caso de un contrato que genera varios millones de euros de volumen de negocio para la asociación «Paris Jean Bouin», cuando cualquier contrato público, aunque sea muy pequeño, está en principio sujeto a un requisito mínimo de publicidad y licitación.

Sin embargo, la posición del Consejo de Estado podría explicarse por dos conjuntos de razones. Por un lado, dado que los simples acuerdos y autorizaciones de ocupación del dominio público no tienen por objeto satisfacer una necesidad de la persona pública, no responden a una lógica de contratación pública que justifique someterlos a las obligaciones de publicidad y licitación que rigen la contratación pública. Por otra parte, la complejidad del tema exigía sin duda una respuesta del legislador. En efecto, no bastaba con que el Consejo de Estado se pronunciara sobre el principio de la obligación de publicidad y de licitación, sino que también era necesario definir el alcance de los títulos estatales en cuestión (¿contractual y unilateral? (16)), la fijación

de 2007, n° 0516131, Préfet de Paris c/ ville de Paris. Otros tribunales, sin embargo, fueron más reservados. Véase, por ejemplo, CAA Burdeos, 29 de noviembre de 2007, n° 05BX00265, Dumoulin de Laplante; CAA París, 14 de octubre de 2010, n° 09PA01472.

(14) Véase, en particular: CE, 5 de febrero de 2009, n° 305021, Association centrale agriculture, horticulture et acclimatation Nice et Alpes maritimes. En este caso, el Consejo de estado dictaminó que la ausencia de un plazo fijo para los acuerdos de ocupación del dominio público no los hace ilegales, aunque sí socava la lógica de la licitación regular. Véase también: CE, 10 de junio de 2009, n° 317671, Port autonome de Marseille: sentencia, con respecto a un acuerdo simplemente relativo a la ocupación del dominio público marítimo, que su conclusión «no está sujeta a ningún procedimiento particular».

(15) CE, 15 de mayo de 2013, n° 364593, Ville de Paris, AJDA 2013, p. 1271, crónica F. Domino y A. Bretonneau. En este caso, cabe señalar que el Consejo de Estado se preocupó de comprobar que el acuerdo no constituía principalmente un contrato de suministro y servicio público que implicara la ocupación del dominio público. De ser así, el acuerdo, reclasificado como contrato público, habría estado sujeto a los procedimientos de adjudicación previstos en el Código de Contratación Pública.

(16) Cabe señalar que, en este punto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no hace ningún tipo de distinción según la forma del acto (TJUE, 3 de junio de 2010, aff. C-203/08, The Sporting Exchange Ltd: relativo a una autorización de policía unilateral que

de un posible umbral de activación del procedimiento de selección y las condiciones de éste...

Aunque la decisión del Consejo de Estado de 2010 establecía un principio general de ausencia de obligación de anunciar y sacar a concurso los títulos de propiedad del Estado, no tenía un alcance absoluto y reservaba algunas excepciones, aunque de alcance limitado.

2. Excepciones de alcance limitado

A pesar de la negativa del Consejo de Estado a consagrar una obligación general de publicidad y licitación de los títulos de ocupación del dominio público, se han podido identificar dos conjuntos de excepciones.

A) La organización facultativa de un procedimiento de publicidad y licitación a iniciativa de la autoridad que gestiona el dominio público

El Consejo de Estado se reservó expresamente esta posibilidad en su sentencia de 2010, afirmando que *«a falta de texto, la autoridad que gestione el dominio podrá poner en marcha un procedimiento de publicidad y, en su caso, un procedimiento de licitación, con el fin de fomentar las ofertas en competencia»*, al tiempo que vuelve a insistir en que *«a falta de un texto que lo exija y de una decisión de esta autoridad de someter su decisión a un procedimiento previo, la ausencia de dicho procedimiento no vicia una autorización o un acuerdo de ocupación de una dependencia de dominio público»*.

Esta posibilidad de que la autoridad de gestión organice un procedimiento de selección por iniciativa propia es bastante clásica (17). Lo recuerda la sentencia *«Ville de Paris»* (18) relativa a un convenio de ocupación del dominio público para la instalación de mobiliario urbano en términos inequívocos, de la que se desprende que la organización de un primer procedimiento que dio lugar a un primer convenio irregular no obliga al administrador del dominio

confiere un derecho exclusivo en favor de un único operador para la organización y promoción de juegos de azar, siempre que se respeten las normas fundamentales del Tratado, en particular el artículo 49, y, en particular, los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, así como la consiguiente obligación de transparencia).

(17) En la legislación sobre contratación pública se acepta una solución comparable. Así, cuando, por su escaso valor, un contrato público no está sujeto a ninguna formalidad particular en términos de publicidad y licitación, nada impide que el comprador público organice un procedimiento que prevea un mínimo de publicidad y licitación (lo que incluso se recomienda en vista de la necesidad de respetar los principios fundamentales de la contratación pública).

(18) CE, 15 de mayo de 2013, n° 364593, Ville de Paris.

a organizar un segundo procedimiento con vistas a la adjudicación de un nuevo convenio.

Además de esta excepción de origen jurisprudencial, apenas vinculante, han aparecido otros límites como consecuencia de la intervención del poder reglamentario y del legislador.

B) La organización obligatoria de un procedimiento de publicidad y licitación para los acuerdos de dominio público asociados a un contrato público

En particular, el legislador y el Gobierno han limitado la ausencia de obligación de organizar un procedimiento de publicidad y licitación previa a la adjudicación de los títulos de ocupación del dominio público.

a) El decreto del 30 de diciembre de 2011 sobre la celebración de arrendamientos administrativos a largo plazo

En efecto, en lo que respecta a determinados contratos específicos de ocupación del dominio público, los arrendamientos administrativos a largo plazo (19), un decreto de 30 de diciembre de 2011 (20) precisó que cuando el arrendamiento va acompañado de un acuerdo no separable que constituye un contrato público, una delegación de servicio público, un contrato de asociación o un contrato de concesión de obras, su celebración va precedida de las medidas de publicidad y de licitación previstas por las disposiciones aplicables a este contrato. La misma solución se aplicó en el caso de que el arrendamiento contuviera cláusulas que pudieran analizarse como un acuerdo no separable con las características de los contratos mencionados.

El objetivo del decreto era claramente someter estos arrendamientos a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos siempre que las autoridades locales pretendieran satisfacer sus necesidades en términos de instalaciones públicas mediante acuerdos contractuales que les permitieran eludir la ley de contratación pública, en particular las normas del código de contratación pública.

Cabe señalar que, a principios de los años 90, las autoridades locales, deseosas de hacer construir obras sin tener que cumplir los requisitos de

(19) El arrendamiento largo administrativo fue creado por la Ley n° 88-13 de 5 de enero de 1988 para mejorar la descentralización (art. 13). Estas disposiciones se codificaron posteriormente en el Código General de Autoridades Locales (art. L. 1311-2 CGCT).

(20) Decreto n° 2011-2065, de 30 de diciembre de 2011, relativo a las reglas de celebración de los arrendamientos administrativos a largo plazo, que modifica el artículo R. 1311-2 del Código General de las Entidades Locales.

procedimiento del código de contratación pública, aprovecharon hábilmente la estrecha concepción del concepto de contrato de obras públicas en la legislación francesa mediante ingeniosos acuerdos contractuales basados en la ocupación de su dominio público. En aquella época, para identificar un contrato de obras públicas sujeto a las normas del Código de Contratación Pública, se exigía, además de la realización de obras que respondieran a las necesidades de los poderes adjudicadores, que éstos fueran en carga de la misión de dirección de obras (21). En otras palabras, la condición de la contratación pública implicaba o bien que la autoridad pública se convirtiera inmediatamente en propietaria de los bienes construidos, o bien que ella misma garantizara el seguimiento técnico de las operaciones. En cambio, si la entidad pública no cumplía esta condición, podía aceptarse que la operación no se considerara un contrato de obras públicas.

En consecuencia, las autoridades locales han creado acuerdos contractuales (22) que combinaban, por un lado, un arrendamiento administrativo a largo plazo por el que autorizaban a un operador económico a ocupar la propiedad estatal durante un largo periodo (hasta 99 años) con derechos reales para construir obras sobre las que conserva la dirección de obra privada, y por otro lado, un acuerdo para poner a disposición de la autoridad local la totalidad o parte de los edificios construidos a cambio de un alquiler correspondiente a la duración del arrendamiento.

Ante la pregunta de si este acuerdo no debía considerarse en realidad un contrato de obras públicas, el Consejo de Estado (23) dictaminó que no era así, ya que la entidad pública no asumía la tarea de gestión del proyecto de la operación. Además, como los arrendamientos administrativos a largo plazo no estaban sujetos a la obligación específica de anunciarlos y sacarlos a concurso, el proceso era especialmente ventajoso: la autoridad local podía satisfacer sus necesidades en términos de equipamiento inmobiliario al tiempo que escapaba a todas las limitaciones de procedimiento del código de contratación pública, así como a la prohibición del pago diferido (24).

Sin embargo, la solidez jurídica de estos acuerdos contractuales, que han tenido mucho éxito en la práctica, no estaba garantizada a la luz de las

(21) En francés : «maîtrise d'ouvrage publique».

(22) P. Terneyre, Les montages contractuels complexes, AJDA 1994, p. 43.

(23) CE, 25 de febrero de 1994, n° 144641, SA Sofap-Marignan Immobilier, AJDA 1994, p. 550, nota H. Périnet-Marquet; RFDA 1994, p. 510, concl. J. Arrighi de Casanova.

(24) Cabe señalar que el Código de Contratación Pública (hoy como antes) prohíbe a los compradores públicos aplazar el pago de los servicios adquiridos. En otras palabras, los compradores no pueden amortizar el coste de los servicios a lo largo de la duración del contrato.

directivas comunitarias (25), que contienen una definición más amplia de los contratos de obras que no incluye la condición de misión pública de dirección de obras, y a la luz de las normas fundamentales del Tratado, cuyo cumplimiento exige el Tribunal de Luxemburgo cuando las directivas no se aplican (26).

En última instancia, no se puede descartar el riesgo de que el juez recalifique estos acuerdos contractuales como contratos públicos. La adopción del decreto del 30 de diciembre de 2011 pretendía, pues, sanear la práctica de estos acuerdos contractuales.

b) La Ordenanza de 23 de julio de 2015 sobre contratos públicos

Más radicalmente, la ordenanza legislativa de 23 de julio de 2015 (27), que transponía las nuevas directivas de contratación pública adoptadas en febrero de 2014 y reformaba la legislación sobre contratación pública, prohibía pura y simplemente en su artículo 101 la práctica por la que un permiso de ocupación temporal emitido por una persona pública puede tener por objeto la ejecución de obras, la entrega de suministros, la prestación de servicios o la gestión de una misión de servicio público, con una contrapartida económica consistente en un precio o un derecho de explotación, por cuenta o para las necesidades de un comprador público o de una autoridad concedente (28). Así, se precisó que en el caso de que sea necesario un título de ocupación para la ejecución de un contrato público, este contrato debe prever las condiciones de ocupación del dominio (29).

El artículo 101 de la Ordenanza también se refería específicamente a los arrendamientos administrativos de larga duración, formulando para ellos

(25) Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, entonces aplicable, y Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en la actualidad.

(26) TJCE, 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, *Telaustria y Telefonadress*, AJDA 2001, p. 106, nota L. Richer.

(27) Ordenanza n.º 2015-899, de 23 de julio de 2015, relativa a los contratos públicos, tomada en aplicación de la Ley n.º 2014-1545, de 20 de diciembre de 2014, relativa a la simplificación de la vida empresarial, que faculta al Gobierno para adoptar mediante ordenanza cualquier medida que aclare el objeto de las autorizaciones de ocupación de los bienes de las personas públicas y su relación con el derecho de la contratación pública. La ordenanza fue entonces ratificada por la Ley 2016-1691, de 9 de diciembre de 2016, de transparencia, lucha contra la corrupción y modernización de la vida económica (art. 39).

(28) Esta disposición sobre «autorizaciones de ocupación temporal» se refiere a las autorizaciones unilaterales. Está codificado en el artículo L. 2122-6 del Código General del Patrimonio Público (CGPP).

(29) Este es el caso, por ejemplo, de los contratos de colaboración: el artículo L. 2213-10 del Código de Contratación Pública establece que «*Cuando el contrato de colaboración implica la ocupación del dominio público, constituye una autorización de ocupación de este dominio por su duración (...)*».

la misma regla que para las «autorizaciones», tanto si se celebran sobre el dominio público de las entidades locales (30) como del Estado (31).

En conclusión, al término de esta primera fase de desarrollo, los únicos casos en los que no se impusieron limitaciones en materia de publicidad y licitación previas a los títulos de ocupación del dominio público se referían únicamente a las ocupaciones «secas» del dominio público, es decir, las que no implicaban la realización de trabajos o la prestación de servicios por cuenta de la autoridad de gestión del dominio, que representan una parte importante de las ocupaciones del dominio público.

III. SEGUNDA ETAPA DE LA EVOLUCIÓN: LA INVERSIÓN DE LAS PERSPECTIVAS Y LA CONSAGRACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN DE LICITACIÓN DE LOS TÍTULOS DE OCUPACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO

Dejando a un lado las excepciones mencionadas, el *statu quo* en Francia, que ya había sido criticado, se hizo insostenible a partir de 2016 con la sentencia *Promoimpresa* (32) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que sirvió de detonante para una importante reforma de la asignación de los títulos de ocupación del dominio público.

(30) Art. L. 1311-2 del Código General de las Entidades Locales: «*El objeto de dicho arrendamiento no puede ser la ejecución de obras, la entrega de suministros, la prestación de servicios o la gestión de una misión de servicio público, con una contrapartida económica consistente en un precio o un derecho de uso, por cuenta o para las necesidades de un comprador o de una autoridad concedente sujeta al código de orden público.*

En el caso de que dicho arrendamiento sea necesario para la ejecución de un contrato de orden público, este contrato deberá prever, de conformidad con las disposiciones del presente código, las condiciones de ocupación del dominio.

La reforma de los arrendamientos administrativos a largo plazo a raíz de la aprobación de la Ordenanza del 23 de julio de 2015 en las condiciones expuestas anteriormente, lógicamente, conllevó la derogación del sistema inicialmente establecido por el Decreto del 30 de diciembre de 2011.

(31) Art. L. 2341-1 del CGPP: «*Dicho arrendamiento puede celebrarse incluso si se refiere a una dependencia del dominio público. No podrá tener por objeto la ejecución de obras, la entrega de suministros, la prestación de servicios o la gestión de una misión de servicio público, con una contrapartida económica consistente en un precio o un derecho de uso, por cuenta o para las necesidades de un comprador sujeto a la Ordenanza n° 2015-899 de 23 de julio de 2015 sobre contratos públicos o de una autoridad concesionaria sujeta a la Ordenanza n° 2016-65 de 29 de enero de 2016 sobre contratos de concesión.*

En el caso de que dicho arrendamiento sea necesario para la ejecución de un contrato de orden público, este contrato deberá prever, de conformidad con las disposiciones del presente código, las condiciones de ocupación del dominio.

(32) TJUE, 14 de julio de 2016, asunto C-458/14, *Promoimpresa Srl*, Mario Melis, AJDA 2016, p. 2176, nota R. Noguellou; AJCT 2017, p. 109, observaciones O. Didriche.

1. Un *statu quo* insostenible según la legislación de la UE

Si bien la posición adoptada por el Consejo de Estado en su decisión de 2010 podía entenderse, hasta cierto punto, en términos de derecho puramente interno, era difícilmente aceptable tras la sentencia *Promoimpresa* dictada por el TJUE el 14 de julio de 2016.

Este caso se refería a la legislación italiana sobre concesiones demaniales. El litigio se refería a la renovación de concesiones relativas a la ocupación de bienes públicos marítimos y lacustres para el ejercicio de actividades turísticas y recreativas. Dado que la legislación italiana prevé la renovación automática del derecho de ocupación en beneficio del titular de la autorización demanial, la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional era si este régimen jurídico era conforme al Derecho de la UE. De este modo, el Tribunal de Luxemburgo tuvo la oportunidad de pronunciarse, de forma más general, sobre la cuestión de si la concesión de títulos de ocupación demanial puede llevarse a cabo sin ninguna formalidad particular.

En una decisión inequívoca, el Tribunal dictaminó que el marco jurídico europeo vigente exige, en principio, que se organice un procedimiento de selección entre los posibles candidatos a la adjudicación de un derecho de ocupación y se opone a la renovación o prórroga automática de las autorizaciones actuales.

A) Una obligación basada en la Directiva «Servicios» de 2006

a) La Directiva «Servicios»

La Directiva «Servicios» (33), cuyo objetivo es facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los mismos, garantizando al mismo tiempo un alto nivel de calidad de los servicios, es aplicable a la mayoría de los servicios, con las excepciones previstas en la Directiva (34), que se entienden como actividades económicas por cuenta propia realizadas normalmente a cambio de una remuneración (35).

A continuación, el artículo 9 de la Directiva establece el principio de que los Estados sólo pueden someter el acceso a una actividad de servicios y su

(33) Directiva 2006/123/CE, del 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

(34) El ámbito de aplicación material de la Directiva se establece en el artículo 2, que excluye los servicios no económicos de interés general, los servicios financieros como la banca, el crédito, los seguros, etc., los servicios de redes de comunicaciones electrónicas, los servicios de transporte, los servicios sanitarios, etc.

(35) Directiva 2006/123/CE, artículo 4.

ejercicio a un régimen de autorización, es decir, a un «*procedimiento que tenga por efecto obligar a un prestador o a un destinatario a realizar un trámite ante una autoridad competente con vistas a obtener un acto formal o una decisión implícita relativa al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio*» (36) en determinadas condiciones. En particular, el régimen de autorización no debe ser discriminatorio y la necesidad del régimen de autorización debe estar justificada por una razón imperiosa de interés público (37).

Por último, el artículo 12 de la Directiva establece el principio de que los Estados miembros deben organizar un procedimiento de selección entre los posibles candidatos que ofrezca todas las garantías de imparcialidad y transparencia (38) «*cuando el número de autorizaciones disponibles para una actividad determinada sea limitado debido a la escasez de recursos naturales o de las capacidades técnicas utilizables*». El mismo artículo también establece, por un lado, que la autorización se concederá por un periodo de tiempo limitado y no estará sujeta a renovación automática y, por otro, reserva la posibilidad de que los Estados miembros «*tengan en cuenta, al establecer las normas del procedimiento de selección, consideraciones relativas a la salud pública, los objetivos de política social, la salud y la seguridad de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, la protección del medio ambiente, la conservación del patrimonio cultural y otras razones imperiosas de interés general*» (39).

b) El análisis del TJUE

Una de las cuestiones planteadas al Tribunal era si las disposiciones de la Directiva de servicios se aplicaban a las concesiones demaniales que autorizan el ejercicio de actividades turísticas y recreativas en las zonas marítimas y lacustres.

La respuesta a esta cuestión exigía que el Tribunal se pronunciara sobre el concepto de «régimen de autorización» en el sentido de la Directiva. Así, el Tribunal de Justicia indicó que las concesiones demaniales como las controvertidas en el presente caso pueden entrar en esta clasificación, ya que «*constituyen*

(36) Según la definición de «régimen de autorización» del artículo 4 de la Directiva.

(37) La Directiva también exige que «*el objetivo perseguido no pueda alcanzarse con una medida menos estricta, en particular porque un control a posteriori llegaría demasiado tarde para ser realmente eficaz*» (art. 9, c).

(38) Mediante una publicidad adecuada de la apertura del procedimiento, su desarrollo y su cierre.

(39) La posibilidad así reconocida de tener en cuenta estas consideraciones a la hora de establecer las normas del procedimiento de selección no significa, por tanto, que se renuncie a todas las normas de selección.

actos formales, independientemente de su clasificación en el Derecho nacional, que deben obtener los prestadores de servicios de las autoridades nacionales para poder ejercer su actividad económica».

Por consiguiente, en cuanto el número de autorizaciones necesarias para el ejercicio de una actividad de servicios es limitado debido a la escasez de recursos naturales, lo que suele ocurrir, ya que el dominio público no es extensible, la Directiva «Servicios» permite establecer la obligación de anunciar y sacar a concurso la adjudicación de títulos de ocupación del dominio público (contractual o unilateral).

Sin embargo, como señala el Tribunal de Justicia (40), las obligaciones establecidas por la Directiva «Servicios» sólo pueden aplicarse en la medida en que la actividad de servicios realizada no dé lugar a la celebración de un contrato cuyo objeto sea responder a un encargo de la persona pública: en este caso, las normas aplicables son las de la Directiva sobre contratación pública o concesiones de 2014. En otras palabras, en el caso de que la actividad de servicios realizada en el dominio público dé lugar a un contrato con el propietario público, hay que prestar atención al propio objeto de este contrato: si tiene por objeto autorizar el ejercicio de una actividad económica en el dominio público, entra en el ámbito de aplicación de la Directiva «Servicios», siempre que se cumpla la condición de escasez de recursos naturales; si tiene por objeto satisfacer las necesidades del propietario público en materia de prestación de servicios, entra en el ámbito de aplicación de la Directiva «Contratación pública» o de la Directiva «Concesiones».

B) Una obligación basada en las normas fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

En efecto, es sabido que el Tribunal de Luxemburgo dictaminó, a propósito de la adjudicación de una concesión de servicios que no entraba en el ámbito de aplicación de las directivas de contratación pública entonces aplicables (41), que cuando el Derecho derivado no es aplicable, se aplican las normas del Derecho primario, como la libertad de establecimiento y el principio de no discriminación que se deriva de ella (artículo 49 del Tratado), y presupone el cumplimiento de una obligación de transparencia. Así lo destaca el Tribunal de Justicia en el presente asunto en el considerando 64, al afirmar que *«se ha declarado que las autoridades públicas están obligadas, cuando consideran la posibilidad de adjudicar una concesión que no está comprendida en el ámbito*

(40) Considerandos 45 a 48.

(41) TJCE, 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH, antes mencionado.

de aplicación de las directivas relativas a las distintas categorías de contratos públicos, a respetar las normas fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en general y el principio de no discriminación en particular» (42).

En el caso de las autorizaciones demaniales, la sentencia *Promoimpresa* muestra que, en el caso excepcional de que no se aplique la Directiva de servicios, la obligación de organizar un procedimiento para garantizar que las autorizaciones se concedan en condiciones mínimas de transparencia debe imponerse sobre la base de las normas fundamentales del Tratado, siempre que se cumpla la condición relativa a un interés transfronterizo definido (43).

En definitiva, hay que admitir que la interpretación de la Directiva «Servicios» y de los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea realizada por el Tribunal de Luxemburgo en la sentencia *Promoimpresa* socavó la posición del Consejo de Estado y exigió una reforma por parte del legislador francés.

2. La organización de un sistema de licitación para los títulos de ocupación del dominio público

La esperada reforma se llevó a cabo en dos etapas. En primer lugar, el legislador adoptó, el 9 de diciembre de 2016, una ley sobre la transparencia, la lucha contra la corrupción y la modernización de la vida económica que facultaba al Gobierno a adoptar medidas mediante ordenanza para modernizar y simplificar las normas de ocupación y subocupación del dominio público, con el fin, en particular, de prever obligaciones de publicidad previa y de licitación aplicables a determinadas autorizaciones de ocupación y de especificar el alcance de los derechos y obligaciones de los beneficiarios de dichas autorizaciones.

La ordenanza, que pretendía así organizar las condiciones de concesión de los títulos de ocupación del dominio público para tener en cuenta las exigencias europeas expresadas a través de la sentencia *Promoimpresa*, se

(42) El Tribunal cita en particular la sentencia ASM Brescia de 17 de julio de 2008 (asunto C347/06).

(43) Consideración 65 y 66. Cabe señalar que el Consejo de Estado aplicó directamente la Directiva de Servicios en un caso reciente en el que el sistema de licitación de permisos de ocupación del dominio público organizado por la reforma aprobada por la ordenanza de 19 de abril de 2017 (véase más adelante) no era aplicable debido a las condiciones de su entrada en vigor en el tiempo. El Consejo de estado anuló la decisión del Tribunal Administrativo de Apelación de París, que rechazó la aplicación de la directiva en favor del principio de no discriminación (CE, 10 de julio de 2020, n° 434582, *Société Paris Tennis*, BJC 2020, n° 133, p. 144, conclusiones M. Le Corre).

adoptó entonces el 19 de abril de 2017 (44) y sus disposiciones se codificaron en el Código General de la Propiedad Pública en los artículos L. 2122-1-1 y siguientes (45).

A) El principio de publicidad y licitación

El artículo L. 2122-1-1 del CGPP establece expresamente el principio según el cual, cuando el título de ocupación permite a su titular ocupar o utilizar el dominio público con vistas a una explotación económica, la autoridad competente organiza libremente un procedimiento de selección previa que presenta todas las garantías de imparcialidad y transparencia y que incluye medidas de publicidad que permiten a los posibles candidatos expresarse.

Al dirigirse a los títulos que permiten el ejercicio de una actividad económica en el dominio público, estas disposiciones están en consonancia con la lógica de la directiva «Servicios» de 2006 y revierten la jurisprudencia *Ville de Paris* de 2010.

Asimismo, cabe señalar que el cumplimiento de los principios de imparcialidad y transparencia, también protegidos por la Directiva, implica que el procedimiento de selección debe incluir medidas de publicidad para que los posibles candidatos puedan expresarse. Sin embargo, esta obligación no priva a las autoridades públicas de ningún margen de maniobra: como dice el texto, «*la autoridad competente tendrá libertad para organizar el procedimiento de selección*». Esto significa que el procedimiento de selección no es el mismo que los procedimientos formales obligatorios de adjudicación de contratos públicos. El procedimiento de selección al que se hace referencia se aproxima así al procedimiento adaptado previsto en el Código de contratación pública para los contratos públicos inferiores a los umbrales europeos. Por lo tanto, corresponde a la entidad pública propietaria del bien público definir los métodos de publicidad adecuados, en particular a través de un medio desmaterializado, y definir los criterios de selección de los candidatos. Estos criterios pueden referirse a la contabilización de la ocupación, a la toma en consideración de aspectos medioambientales, a la valoración del dominio público, etc.

No obstante, los requisitos establecidos en el artículo L. 2122-1-1 del CGPP se flexibilizan cuando la ocupación o la utilización del dominio público se autoriza por un período de tiempo breve, o cuando el número de autorizaciones disponibles para la actividad económica prevista no es limitado. En este caso, el artículo L. 2122-1-1, párrafo segundo, sólo obliga a la autoridad competente

(44) Ordenanza n° 2017-562 de 19 de abril de 2017 sobre la titularidad de las personas públicas.

(45) El 12 de julio de 2017 se presentó en la Asamblea Nacional un proyecto de ley para ratificar la ordenanza.

a realizar una publicidad previa para informar a los posibles solicitantes de las condiciones de utilización del dominio público de que se trate y permitirles manifestar su interés por ocupar la parcela en cuestión. Si bien se entiende que las cuestiones en juego en cuanto al acceso al dominio público no son en absoluto las mismas que en el caso de que el número de autorizaciones esté limitado por las características del propio dominio o de que la autorización se expida por un periodo muy largo, será necesario especificar las condiciones de aplicación del procedimiento simplificado (46).

Por último, la reforma también tiene en cuenta el caso de que la concesión de un título de ocupación del dominio público sea consecuencia de una manifestación de interés espontánea, sin iniciativa de la autoridad pública. En este caso, corresponde a la autoridad pública, antes de conceder el título, organizar una publicidad suficiente para garantizar que no haya ningún otro interesado. Si así fuera, sería necesario, aunque el texto no lo especifica, organizar el procedimiento de selección al que se refiere el artículo L. 2122-1-1 del CGPP.

B) Excepciones al principio de publicidad y licitación

Más allá de la flexibilidad mencionada y además de que sólo se aplica al dominio público sujeto a su explotación económica (47), el principio de publicidad y concurrencia de permisos de ocupación del dominio público tiene excepciones reales cuyo cumplimiento con el derecho de la Unión Europea parece razonablemente asegurado.

Este es el caso, en primer lugar, cuando el título forma parte de una operación que da lugar a un procedimiento con las mismas características que el procedimiento determinado por el primer párrafo del artículo L. 2122-1-1 del Código (48). Del mismo modo, el procedimiento de selección no se aplica cuando la autorización de ocupación se concede en el marco de un contrato público (contrato público o concesión de servicios u obras) que a su vez está sujeto a un procedimiento de adjudicación específico (49), cuando la urgencia lo justifica (50) o, por último, cuando la autorización tiene por objeto prorrogar una autorización existente (51).

(46) Este es el caso, en particular, de la condición relativa al uso a corto plazo. Aunque las circulares han fijado un umbral de 4 meses, la cuestión de la compatibilidad de esta flexibilidad con la Directiva «Servicios» sigue vigente, ya que esta última no prevé tal posibilidad.

(47) Véase infra, III sobre estos puntos.

(48) CGPP, art. L. 2122-1-2, 1°.

(49) CGPP, art. L. 2122-1-2, 2°.

(50) CGPP, art. L. 2122-1-2, 3°. En este caso, la duración del título no puede ser superior a un año.

(51) CGPP, art. L. 2122-1-2, 4°.

Las obligaciones de publicidad y de licitación de los títulos de ocupación del dominio público ceden, según lo previsto en el artículo L. 2122-1-3 del Código, cuando el procedimiento de selección *«resulte imposible o injustificado»*. Las excepciones a las que se refiere (52) se inspiran en las conocidas en la legislación sobre contratación pública. Se trata de casos en los que sólo una persona tiene derecho a ocupar el bien de dominio público en cuestión, en los que el administrador del dominio ejerce un estrecho control sobre el ocupante (*«in house demanial»* (53)), en los que un procedimiento de selección inicial ha resultado infructuoso o en los que ha quedado sin respuesta una publicidad suficiente para permitir la expresión del interés pertinente. También es el caso cuando las características objetivas específicas de la dependencia (en particular, geográficas, físicas, técnicas o funcionales, sus condiciones particulares de ocupación o de uso, o las especificidades de su cesión) justifican la adjudicación amistosa del título con respecto al ejercicio de la actividad económica prevista (54) o cuando existen imperativos relativos al ejercicio de la autoridad pública o consideraciones de seguridad pública.

Por último, cabe señalar que se han introducido nuevas excepciones específicas desde la entrada en vigor de la ordenanza de 2017. Así, con la adopción de la ley ELAN (55) un nuevo artículo L. 2122-1-3-1 se ha creado en el Código General del Patrimonio de las Personas Públicas, del que se desprende que el procedimiento de selección no se aplica a la expedición de títulos destinados a *«la instalación y explotación de una red de comunicaciones electrónicas abierta al público»*, así como a los destinados a la instalación y explotación, en el dominio público del Estado, de una instalación de producción de electricidad a partir de energías renovables, de una instalación de producción de biogás, o de una instalación de producción de hidrógeno renovable (56).

Como puede verse, la reforma aprobada en 2017 ha permitido recuperar el retraso de Francia en materia de licitación de títulos de ocupación del domi-

(52) El artículo L. 2122-1-3 del CGPP no ofrece una lista limitativa de excepciones y se limita a mencionar las más notables, como se desprende del uso del adverbio *«notablemente»*. La Circular n° CPAEA727822C de 19 de octubre de 2017 ha venido a conformar el carácter no limitativo de las excepciones.

(53) En palabras de C. Roux, *Noces de cire: les (quatre) premiers feux de la mise en concurrence des titres domaniaux, Contrats et Marchés publics*. 2021, estudio 2.

(54) Véase por ejemplo: TA Nantes, 1^{er} de julio 2020, n° 1803663, Asociación *«Les amis du collectif pour un festival Hellfest respectueux de tous»*.

(55) Ley n° 2018-1021, de 23 de noviembre de 2018, sobre la evolución de la vivienda, el desarrollo y la economía digital. El artículo L. 2122-1-3-1 de la CGPP fue modificado por la Ley n° 2021-1104, de 22 de agosto de 2021, relativa a la lucha contra el cambio climático y al refuerzo de la resiliencia a sus efectos.

(56) La exención del procedimiento de selección para la adjudicación del título de ocupación se debe a que el operador fue elegido tras un procedimiento de licitación organizado por el Código de la Energía para la producción y explotación de la instalación.

nio público. Aunque el juez administrativo está siendo llevado gradualmente a clarificar la aplicación de la reforma, la evolución aún no está completa.

IV. UNA EVOLUCIÓN INACABADA

La reforma llevada a cabo por la ordenanza de 2017 no ha conseguido completamente su objetivo, ya que el procedimiento de selección previa que organiza para la asignación de títulos de ocupación de las propiedades públicas solo afecta al dominio público, excluyendo el privado. Esta situación provoca considerables dificultades prácticas.

1. La cuestionable exclusión de los títulos de ocupación del dominio privado del ámbito de la reforma

La ocupación y el uso del dominio privado de las personas públicas no están sujetos a las disposiciones de los artículos L. 2122-1-1 y siguientes del CGPP.

Este tratamiento diferenciado de los ámbitos público y privado es, de hecho, completamente injustificado. En efecto, no hay ninguna razón seria para considerar que la ocupación del dominio privado deba sustraerse a toda obligación de publicidad y licitación previas, ya que el dominio privado puede ser también el lugar de las actividades económicas del mismo modo que el dominio público. Es cierto que los bienes privados suelen ser menos escasos que los públicos, pero esto no puede justificar una exención general del procedimiento de selección.

Además, hay que señalar que a nivel europeo se desconoce esta distinción dominio público/dominio privado, ya que la Directiva «Servicios» de 2006 ignora estos conceptos. Como muestra la sentencia *Promoimpresa*, lo que importa es si las autorizaciones (bajo cualquier forma, contractual o unilateral) emitidas por las autoridades nacionales son necesarias para el ejercicio de una actividad económica y si su número es limitado, en particular debido a la escasez de recursos naturales. Por lo tanto, esta valoración es irrelevante para la naturaleza jurídica del inmueble sede de la actividad.

De hecho, el silencio de la ordenanza de 2017 sobre esta cuestión se explica por los límites de la habilitación legislativa: la ley de 2016 bajo la que se dictó la ordenanza se refería expresamente sólo al dominio público. Por consiguiente, el Gobierno, que estaba obligado a respetar los límites de esta facultad, no podía ir más allá en el contexto de la ordenanza.

Esta situación es analizada unánimemente como no respetuosa con el derecho de la Unión Europea y una respuesta ministerial (57) confirmó la obligación

(57) Véase en particular la respuesta ministerial n° 12868 de 29 de enero de 2019, JOAN, p. 861.

de organizar un procedimiento de selección de candidatos para la ocupación del dominio privado con el fin de respetar plenamente las exigencias de la Directiva «Servicios» tal y como la interpreta la jurisprudencia *Promoimpresa*.

2. La exclusión de los títulos de ocupación del dominio privado como fuente de importantes dificultades prácticas

En la práctica, el vacío legal que deja la reforma podría llenarse con la aplicación directa de la Directiva (58) o, en caso de que no sea aplicable, con las normas generales del TFUE, en particular el artículo 49. Sin embargo, la situación no es tan sencilla, como lo demuestra la reciente sentencia del Tribunal Administrativo de Apelación de Burdeos de 2 de noviembre de 2021 (59) relativa al contrato de arrendamiento a plazo largo celebrado entre la ciudad de Biarritz y una empresa local semipública (Socomix) relativo a los muros y dependencias del «Hôtel du Palais», que la ciudad posee desde 1956 y que entra en su dominio privado.

En resumen, la cuestión planteada al Tribunal de Burdeos era si la celebración de un contrato de arrendamiento de 75 años sobre una dependencia en el dominio privado de la ciudad de Biarritz debía ir precedida de un procedimiento de selección con publicidad y concurso.

El Tribunal tuvo que dar una respuesta negativa a esta espinosa cuestión en tres pasos.

En primer lugar, el Tribunal descartó la aplicación del procedimiento de selección previsto en el artículo L. 2122-1-1 del CGPP por considerar que el «Hôtel du Palais» no forma parte del dominio público de la ciudad de Biarritz al no estar adscrito al servicio público de turismo, sino a su dominio privado, al que no se aplica dicho procedimiento.

A continuación, por lo que respecta a la Directiva «Servicios», el Tribunal examina, en este caso, las condiciones de aplicación del sistema que organiza. Centrándose en el concepto de «régimen de autorización» en el sentido del artículo 4 de la Directiva (60), concepto que constituye un criterio esencial para

(58) Véase, por ejemplo: CE, 10 de julio de 2020, n° 434582, *Société Paris Tennis*, *supra*.

(59) CAA Burdeos, 2 de noviembre de 2021, n° 19BX03590, Mme A, BJCP n° 141, p. 99, nota S. Nicinski; G. Eckert, *Faut-il mettre en concurrence la conclusion d'un bail emphytéotique sur le domaine privé*, *Contrats et Marchés publics* 2022, comm. 21; I. Le Bris, *Bail emphytéotique administratif et mise en concurrence*, *AJDA* 2022, p. 84.

(60) Cabe recordar que el artículo 4 de la Directiva 2006/123, de 12 de diciembre de 2006, establece que «A efectos de la presente Directiva, se entenderá por "régimen de autorización" todo procedimiento que tenga por efecto obligar a un prestador o a un destinatario a actuar ante una autoridad competente con vistas a obtener un acto formal o una

la aplicación de la Directiva, el Tribunal declaró que *«la celebración del contrato de arrendamiento a largo plazo no constituye, en sí misma, una etapa a la que se supedita el ejercicio de una actividad hotelera por parte de Socomix o incluso la continuación de su explotación del Hotel du Palais y no autoriza, por otra parte, a Socomix a ejercer tal actividad o a explotar dicho hotel»*. En consecuencia, dedujo que el arrendamiento *«no está comprendido en el ámbito de aplicación de las citadas disposiciones de la Directiva (...)»* y subrayó, de pasada y sin más explicaciones, que *«en cualquier caso, este arrendamiento no se refiere a la utilización de recursos naturales o de capacidades técnicas de carácter excepcional en el sentido de las citadas disposiciones de la Directiva»*.

Sin embargo, hay que reconocer que el razonamiento del Tribunal no es convincente, ya que refleja una interpretación que no respeta la jurisprudencia *Promoimpresa*. En efecto, si bien es difícilmente discutible que el contrato de arrendamiento controvertido no puede considerarse que autorice en sí mismo la actividad hotelera (actividad económica), que puede ejercerse fuera del dominio de las personas públicas, no es menos discutible, a la luz de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo, que el contrato de arrendamiento constituya en el presente caso una autorización necesaria para la explotación del «Hôtel du Palais», precisamente porque éste se encuentra en el dominio privado de la ciudad de Biarritz. Por otra parte, afirmar, sin más precisiones, que el «Hôtel du Palais» no constituye un recurso natural escaso en el sentido del artículo 12 de la Directiva resulta cuando menos sorprendente, cuando se sabe que este establecimiento es el único que ha obtenido la etiqueta «Palace» en el municipio y en la región.

Por último, una vez rechazada la Directiva, al Tribunal le quedaba pronunciarse sobre la posible aplicación del artículo 49 del Tratado, relativo a la libertad de establecimiento y al principio de no discriminación.

También en este caso, el Tribunal rechaza la aplicación de esta base legal, al considerar que *«este arrendamiento se refiere únicamente a una operación puramente patrimonial y no a una actividad económica, ni condiciona el acceso a dicha actividad»*. Sin embargo, este análisis contradice el del juez europeo para quien los títulos de ocupación demaniales en el caso *Promoimpresa* se referían a *«un derecho de establecimiento en la zona demanial con vistas a la explotación económica con fines turístico-recreativos»*. En el presente caso, es difícil apartarse de esta apreciación: el contrato de arrendamiento concedido por la ciudad a la empresa se refiere al derecho de establecimiento de ésta, permitiéndole acceder a la explotación del «Hôtel du Palais».

decisión implícita relativa al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio; (...) 9 La presente Directiva se aplicará exclusivamente a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio.

En definitiva, hay que admitir que la posición del Tribunal de Burdeos no es convincente en la medida en que hace de la naturaleza del bien público ocupado (público o privado) el criterio aparentemente decisivo para la aplicación de un procedimiento de selección previa para la atribución de títulos de ocupación. En otras palabras, la cuestión no se habría planteado si el hotel hubiera estado situado en el dominio público de la ciudad. Con ello, el Tribunal de Justicia parece ignorar la lógica del Derecho de la Unión Europea, que se basa en la identificación de un régimen de autorización como condición para el ejercicio de una actividad económica, con independencia del lugar en que se ejerza dicha actividad.

Como han señalado numerosos autores, la aclaración de la situación en Francia y su armonización con el derecho de la Unión Europea requeriría la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través de una cuestión prejudicial (61) así como la del legislador para incluir el dominio privado en el ámbito de la obligación de anunciar y licitar los títulos de ocupación demanial.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BERNARDI, Eve-Line (2017): «Publicité et mise en concurrence: quel type de procédure mettre en place en pratique, dans quels cas?», *Actualité juridique Collectivités Territoriales*, p. 489.
- DIDRICHE, Olivier (2017): «Focus sur le bail emphytéotique administratif local», *Actualité juridique Collectivités Territoriales*, p. 493.
- ECKERT, Gabriel (2010): «Fin du feuilleton Jean Bouin: les conventions d'occupation du domaine public peuvent être conclues sans publicité», *Contrats et Marchés publics*, comm. 25.
- ECKERT, Gabriel (2022): «Faut-il mettre en concurrence la conclusion d'un bail emphytéotique sur le domaine privé», *Contrats et Marchés publics 2022*, comm. 21.
- LE BRIS, Isabelle (2022): «Bail emphytéotique administratif et mise en concurrence», *Actualité juridique Droit administratif*, 2022, p. 84.
- LOMBARD, Frédéric (2017): «Aux origines de l'ordonnance du 19 avril 2017 imposant l'obligation d'une procédure de sélection préalable à l'attribution des titres domaniaux», *Actualité juridique Collectivités Territoriales*, p. 480.
- NOGUELLOU, Rozen (2016): «L'attribution des autorisations domaniales: feu l'arrêt Jean Bouin...», *Actualité juridique Droit administratif*, p. 2176.

(61) Cabe señalar que el Tribunal de Burdeos rechazó expresamente la hipótesis de una cuestión prejudicial (considerando 10).

- ROMBAUTS-CHABROL, Typhaine (2017): «Occupation du domaine public et mise en concurrence: *focus* sur la procédure simplifiée», *Actualité juridique Collectivités Territoriales*, p. 486.
- ROUX, Christophe (2021): *Noces de cire: les (quatre) premiers feux de la mise en concurrence des titres domaniaux*, Contrats et Marchés publics 2021, étude 2.
- TERNEYRE, Philippe (1994): «Les montages contractuels complexes», *Actualité juridique Droit administratif*, p. 43.

AGUAS

CONCESIONES DE AGUAS EN URUGUAY

GRACIELA RUOCCO

Catedrática de Derecho Administrativo en Ucdal y Udelar
y Directora del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II.– BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO. III.– MARCO NORMATIVO VIGENTE. IV.– USO PRIVATIVO DEL AGUA: 1. Facultades de la Administración. 2. Usos generales y privativos en nuestro Derecho. 3. Permisos y Concesiones: A) Distinción de ambas categorías. B) Régimen jurídico. C) Concesión de uso de aguas con destino a riego. 4.– Naturaleza de las concesiones de aguas. 5. Derechos que otorga la concesión.– IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto analizar los usos específicos que pueden presentarse respecto del recurso natural agua en Uruguay, y los títulos habilitantes para ello, en particular, la concesión de aguas.

Palabras Clave: agua; concesión; permiso; bienes; dominio público.

ABSTRACT: This work aims to analyze the specific uses that may occur with respect to de natural resource water in Uruguay, and the enabling titles for this, in particular, the concession of water

Key words: water; concession; permission; goods; public domain.

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina contemporánea define el Dominio Público como el régimen jurídico o la potestad de intervención que el ordenamiento jurídico otorga a la Administración, para que ésta, mediante su gestión y control, garantice el destino de determinados bienes, ya sea muebles o inmuebles, al uso público o a un servicio público, mediante una necesaria afectación del bien. Como consecuencia de la citada afectación resultan sometidos a un régimen especial de utilización y protección.

Un bien demanial, al encontrarse afecto a un régimen jurídico especial, va a tener como consecuencia que la Administración Pública sea la responsable de su administración y protección, con lo cual, desde siempre, la doctrina señala como elemento caracterizante, que en ningún caso una persona privada, natural o jurídica, puede ser titular de dichos bienes (1).

La naturaleza jurídica de todas las aguas es dominial, como se analizará al abordar el marco jurídico vigente en nuestro país; pero a la vez, dicho

(1) Cfr. VILLEGAS BASABILBASO, *Derecho Administrativo*. Buenos Aires. 1952, Tomo IV, p. 106; DIEZ, *Dominio Público*. Buenos Aires. 1940, p. 257.

marco normativo regula los derechos de aprovechamiento de las mismas, en beneficio de personas determinadas, a quienes se reconoce el derecho de uso que pueden hacer sobre las aguas con fines específicos.

Tal como señalan ABARNO y PIEGAS, «... al derecho administrativo le interesa el agua como recurso natural perteneciente al dominio público, susceptible de usos comunes y especiales, así como la prevención de su contaminación y la defensa contra las inundaciones»... y agregan la importancia del «... fenómeno del “calentamiento global” que provoca otras catástrofes climáticas tales como sequías, cada vez con mayor intensidad, con los consiguientes costos económicos para la sustentabilidad económica del país...». El agua es un bien nacional de uso público, «...considerada un bien jurídico universal con una clarísima orientación social» (2).

El presente trabajo tiene por objeto analizar los usos específicos que pueden presentarse respecto de este recurso natural, y los títulos habilitantes para ello, en particular, la concesión de aguas.

II. BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO

A los efectos de categorizar los bienes nacionales de uso público, la doctrina ha ensayado diversos criterios: (3)

- El *orgánico*, que atiende a la pertenencia del bien a una entidad estatal;
- El *objetivo*, que tiene en cuenta la naturaleza del bien (limitándose por algunos a los inmuebles); y
- El *teleológico*, que se funda en el destino del bien.

El criterio *orgánico* es claramente insuficiente; el *objetivo* no resulta razonable, porque no parece tener sustento que la naturaleza del bien, mueble o inmueble, determine el carácter de uso público del mismo.

Ahora bien. El criterio *teleológico* es, a nuestro juicio, impreciso, a la hora de determinar su alcance, ya que el destino del bien puede ser al uso de todos (doctrina clásica francesa, y es la solución del Código Civil uruguayo artículos 477 a 470), o la afectación a los servicios públicos (como señalan DUGUIT y BONNARD), o la utilidad pública (al decir de HAURIOU y VILLEGAS) (4).

(2) ABARNO, Ana Inés y PIEGAS, Sergio. «Aspectos administrativos de la normativa sobre agua con destino riego». En *Jurisprudencia contencioso-administrativa*. Graciela Ruocco (Coordinadora). FCU. Montevideo. 2021, Separata, p. 2.

(3) DELPIAZZO, Carlos. *Derecho Administrativo General. Volumen 2*. Tercera edición actualizada y ampliada. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 2020, p. 118.

(4) SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. 9ª Edición Actualización. Carlos Delpiazzo y Cristina Vázquez (Directores). Natalia Veloso y Gabriel Delpiazzo (Colaboradores). FCU. Montevideo. 2022, pp. 270 a 272.

SAYAGUÉS LASO combina dos de los aspectos que atienden a la *finalidad*, el destino al uso público y la afectación a la ejecución de algunos cometidos estatales (5), pero también destaca la naturaleza de los bienes, insusceptible de propiedad privada, declarando específicamente la imposibilidad de sostener un criterio único. (6) Lo que para nuestro país, Italia y España no parece ser un problema, ya que hay textos legales expresos que consagran una solución determinada (7).

DE LA RIVA (8), con cita de BIELSA (9), sostiene que: «Como regla, el uso público que se tiene en consideración, cuando se alude al destino de los bienes del dominio público, consiste en aquel que favorece a la comunidad toda». Y agrega, siguiendo a GARCÍA PÉREZ: «Amén de la titularidad estatal que se atribuye a dichos bienes, para que los mismos ingresen a la categoría dominial referida, es menester que ellos estén efectivamente dispuestos al uso público, sea de manera directa o indirecta, destino que, cabe insistir, se traduce en el acceso a su uso que se reconoce, en principio, a todos los habitantes» (10). Es lo que se ha dado en llamar el *uso común*, al que, por definición, están abiertos los bienes del dominio público en su conjunto (11).

Como lo sostienen ABARNO y PIEGAS, siguiendo a DELPIAZZO, la imprecisión de los criterios, ha llevado a optar por una *pauta normativa*, esto es, que la determinación de la calidad de bien del dominio público, depende exclusivamente de su determinación por ley (12).

Nuestro Código Civil, el artículo 477 consagra el *criterio de la afectación al uso directo por los habitantes*, lo que resulta confirmado con la enumeración que realiza el artículo 478 (13), entre los que se encuentran:

«3°.- Los ríos o arroyos navegables o flotables en todo o parte de su curso. Se entenderán por ríos y arroyos navegables o flotables aquellos cuya navegación o flote sea posible natural o artificialmente.

(5) *Ibidem*, p. 275.

(6) *Ibidem*, pp. 268 a 275.

(7) *Ibidem*, p. 268.

(8) DE LA RIVA, Ignacio. «La concesión de uso de bienes del dominio público». *Jurisprudencia Argentina*. Fascículo 13. Dominio Público. (Coordinador Juan Carlos Cassagne). Número Especial. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2010, p. 56.

(9) BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Tomo III, 5ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1956, pp. 428-429.

(10) Citado por DE LA RIVA, I., *op. cit.*, p. 56: Cfr. GARCÍA PÉREZ, Marta, «Utilización del dominio público: tipología», en AA.VV. «Dominio público (Naturaleza y régimen de los bienes públicos)», De Reina Tantière, Gabriel (coord.), Ed. Heiiasta, Buenos Aires, 2009, p. 228.

(11) Citado por DE LA RIVA, I., *op. cit.* p. 56: Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., «Tratado de Derecho Administrativo», t V, 4ª ed. actualizada, Ed. Abiédo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 359 y ss.

(12) Art. 477 y siguientes del Código Civil.

(13) DELPIAZZO, C., *op. cit.*, p. 119.

4º.- *Las riberas de esos ríos o arroyos, en cuanto al uso que fuere indispensable para la navegación.*

5º.- *El agua corriente aun de los ríos no navegables o flotables, en cuanto al uso para las primeras necesidades de la vida, si hubiere camino público que la haga accesible».*

Sin embargo, luego de la reforma constitucional de 2004, el criterio para su categorización cambió. Antes era clara la utilización del criterio de la finalidad: «Los bienes de propiedad nacional cuyo uso pertenece a todos los habitantes del Estado...» (artículo 477 del Código Civil). Y el agua era mencionada en la enumeración contenida en el artículo 488 numerales 3, 4 y 5 del artículo 478 transcritos.

Según la disposición contenida en el actual artículo 47 de la Carta, *son públicas todas las aguas, superficiales y subterráneas, salvo las pluviales que a texto expreso el precepto constitucional excluye de la declaración de dominialidad.*

Razón por la cual es claro que nuestro Derecho vigente ha optado por una *pauta normativa* de definición de la dominialidad, y dependiendo de los bienes, distinto es el criterio adoptado por el legislador. En el caso específico del agua, ha primado el *criterio objetivo*, que atiende a la naturaleza del bien para su categorización.

III. MARCO NORMATIVO VIGENTE

Como adelantamos, el régimen jurídico del bien público *agua* en nuestro Derecho estuvo regulado originariamente por el Código Civil, que contenía disposiciones respecto a los bienes del dominio público y fiscal del Estado, entre los cuales se mencionan los cursos de aguas (artículos 476 a 480), y las servidumbres de aguas (artículos 558 a 580). Dicha regulación se complementaba con la del Código Rural de 1875. (14) Esta normativa fue sustituida por el Código de Aguas aprobado por Decreto Ley N° 14.859, de 15 de diciembre de 1978.

La reforma de la Constitución en su artículo 47, modificó el régimen precedente del Código de Aguas. Y la Ley N° 18.610, de 2 de octubre de 2009, sobre «Política Nacional de Aguas», interpretando la disposición constitucional, en el inciso 1 del artículo 4 dispone que «con relación al dominio público de las aguas y teniendo en cuenta la integridad del ciclo hidrológico, se define lo que se entiende por: a) aguas pluviales o precipitación, b) aguas superficiales, c) aguas subterráneas, d) humedad del suelo y e) aguas mananciales (15).

(14) LABAURE, Carlos. «Concesiones de aguas». Montevideo. 1988, p. 204.

(15) SAYAGUÉS LASO, E., *op. cit.* Nota de actualización, p. 309.

Agrega el inciso 2 que «Integran el dominio público estatal las aguas superficiales y subterráneas, quedando exceptuadas las aguas pluviales que son recogidas por techos y tanques apoyados sobre la superficie de la tierra» (16).

El artículo 10 de la misma ley dispone que «los recursos hídricos comprenden las aguas continentales y de transición», definiendo cada categoría:

- *continentales* son las aguas superficiales, subterráneas y humedad del suelo.
- *de transición* son las aguas que ocupan la faja costera del Río de la Plata y el océano Atlántico, donde se establece un intercambio dinámico entre las aguas marítimas y continentales.

De manera que de acuerdo con la reforma constitucional y la interpretación legal, son públicas todas las aguas; conforman el dominio público estatal como dominio público hidráulico, las aguas superficiales así como las subterráneas con excepción de las pluviales, constituyendo un recurso unitario subordinado al interés general.

Asimismo el artículo 3 de la citada ley establece que es un *recurso natural esencial* para la vida, y el artículo 8, conforme el mandato constitucional que impone el respeto de las bases contenidas en el artículo 47 [literales a) a d)], dispone que la política nacional de aguas deberá sustentarse en los principios que la ley enumera, a saber:

- A) La gestión *sustentable, solidaria* con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asuntos de interés general.
- B) La gestión *integrada* de los recursos hídricos —en tanto recursos naturales— deberá contemplar aspectos sociales, económicos y ambientales.

(16) Artículo 4º.— A los efectos de interpretar lo establecido en el numeral 2) del inciso segundo del artículo 47 de la Constitución de la República, con relación al dominio público de las aguas y teniendo en cuenta la integridad del ciclo hidrológico, se entiende por: A) Aguas pluviales o precipitación: el flujo de agua producido desde la atmósfera hacia los continentes y océanos. Cuando éstas acceden al continente se manifiestan como superficiales, subterráneas o humedad del suelo. B) Aguas superficiales: las que escurren o se almacenan sobre la superficie del suelo. C) Aguas subterráneas: todas las aguas que se encuentran bajo la superficie del suelo en la zona de saturación y en contacto directo con el suelo o el subsuelo. D) Humedad del suelo: el agua retenida por éste, en sus poros más pequeños, sin saturarlo. E) Aguas manantiales: el agua subterránea que aflora naturalmente a la superficie terrestre, incorporándose a las aguas superficiales. Integran el dominio público estatal las aguas superficiales y subterráneas, quedando exceptuadas las aguas pluviales que son recogidas por techos y tanques apoyados sobre la superficie de la tierra. Las disposiciones del presente artículo serán de aplicación en el Decreto-Ley N° 14.859, de 15 de diciembre de 1978 (Código de Aguas), en la Ley N° 16.858, de 3 de setiembre de 1997 (Ley de Riego con Destino Agrario) y en la Ley N° 17.142, de 23 de julio de 1999 (Ley de Aguas Pluviales).

- C) Que la falta de certeza técnica o científica no podrá alegarse como eximente —ante el riesgo de daño grave que afecte los recursos hídricos— para la no adopción de medidas de *prevención, mitigación y recomposición*.
- D) Que la afectación de los recursos hídricos, en cuanto a cantidad y calidad, hará incurrir en *responsabilidad* a quienes la provoquen.
- E) El reconocimiento de la *cuenca hidrográfica* como unidad de actuación para la planificación, control y gestión de los recursos hídricos, en las políticas de descentralización, ordenamiento territorial y desarrollo sustentable.
- F) La *educación ambiental* como una herramienta social para la promoción del uso responsable, eficiente y sustentable de los recursos hídricos en sus distintas dimensiones: social, ambiental, cultural, económica y productiva.
- G) Que el *abastecimiento* de agua potable a la población es la principal prioridad de uso de los recursos hídricos. Los demás usos se determinarán teniendo en cuenta las prioridades que se establezcan por regiones, cuencas hidrográficas y acuíferos.
- H) Equidad, asequibilidad, solidaridad y sustentabilidad, como criterios rectores que tutelen el *acceso y la utilización* del agua.
- I) Que para la gestión sustentable de los recursos hídricos compartidos con otros Estados deberán promoverse *estrategias de coordinación y cooperación internacional*, según lo establecido por la Constitución de la República en materia de aguas y saneamiento.
- J) La *participación* de los usuarios y la sociedad civil en todas las instancias de planificación, gestión y control.
- K) Que las personas jurídicas estatales sean las únicas que puedan prestar, en forma *exclusiva y directa*, los servicios públicos de agua potable y saneamiento.
- L) Que el marco legal vigente en materia de aguas debe estar en consonancia con la evolución del conocimiento científico y tecnológico.

La reforma constitucional de 2004, establece el acceso al agua y al saneamiento, como un *derecho humano fundamental*. Al respecto, RISSO FERRAND alude a las consecuencias interpretativas que tal expresión provoca. Decía entonces que «El problema de esta consagración de derechos humanos radica en la expresión 'fundamentales' luego de 'derechos humanos'. A primera vista el intérprete podría pensar que se trata de una reiteración innecesaria e injustificada de palabras, o dos formas de llamar a la misma cosa: derechos humanos o derechos fundamentales... Es sabido que nuestra jurisprudencia y doctrina no ha sido unánime en cuanto a si existe o no jerarquía entre los derechos humanos. En la doctrina y

jurisprudencia extranjeras las soluciones son variadas...» «...La expresión 'derechos humanos' seguida de 'fundamentales' podría llevar a pensar que estos dos derechos que se reconocen como humanos tendrían un rango superior a los otros derechos humanos reconocidos o consagrados por la Constitución. Y si como parece ser fuera ésta la interpretación correcta, la misma es inadmisibles ya que estos derechos primarían sobre el derecho a ser protegido en el goce de la vida, de la libertad, etc., lo que no parece razonable que sea aceptado» (17).

DURÁN MARTÍNEZ refiriéndose al derecho al acceso a la información, que es calificado por la ley como fundamental, expresa que «el término 'derecho fundamental'... debe tomarse como sinónimo de derecho humano...»; y que «...la fundamentalidad de ese derecho implica no sólo que no puede ser desconocido por el legislador ordinario por una mayoría parlamentaria, como diría ALEXY, sino además, que tampoco puede ser desconocido por el constituyente» (18).

Ana María RODINO (19), refiriéndose al derecho a la educación que se consagra como derecho humano fundamental, señala que la expresión pretende presentar al derecho a la educación como un verdadero «derecho llave», en el sentido que es el derecho que abre la puerta para el goce de los restantes derechos humanos: «sin educación es difícil acceder a otros derechos como el trabajo, la seguridad, agremiación». La utilización de una expresión que a primera vista aparece tautológica, pretende subrayar, conferir un énfasis marcado, no jerarquizar. Estas reflexiones aplican claramente al derecho al agua, sin el cual no hay vida.

Por su parte, la Ley de Riego con destino Agrario, N° 19.553, de 27 de octubre de 2017, que modifica algunas disposiciones de la Ley N° 16.858, de 3 de setiembre de 1997, hace referencia al uso o aprovechamiento de este recurso renovable con un fin específico, autónomo, como lo es el aprovechamiento con destino agrario.

Para completar el marco normativo, referiremos al aspecto *institucional*, es de destacar que el órgano competente en la materia es el Ministerio de Ambiente, que fue creado por el artículo 291 de la Ley N° 19.889, de 9 de julio de 2020, con competencias exclusivamente en materia ambiental.

El primer ministerio encargado de la temática fue el de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente (MVOTMA), creado por Ley N° 16.112,

(17) RISSO FERRAND, Martín. Primeras reflexiones sobre el proyecto de reforma constitucional a plebiscitarse en octubre de 2004, en www.ucu.edu.uy.

(18) DURÁN MARTÍNEZ, A. *Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública* Segunda edición actualizada y ampliada. AMF. Montevideo. 2012, p. 103.

(19) RODINO, Ana María. «La educación en derechos humanos: Una propuesta para políticas sociales» *Revista editada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 44, 2006.

de 30 de mayo de 1990. Pero las competencias ambientales asignadas a dicha Secretaría de Estado, fueron transferidas al Ministerio de Ambiente por la ley que lo creó.

Entre sus *Cometidos Sustantivos*, en lo que aquí interesa, mencionaremos:

- La formulación, ejecución, supervisión y evaluación de los planes nacionales de protección del ambiente, ordenamiento ambiental y conservación y uso de los recursos naturales, así como la instrumentación de la política nacional en la materia.
- Ejercer la competencia atribuida por la ley a la Dirección Nacional de Medio Ambiente (DINAMA) y a la Dirección Nacional de Aguas (DINAGUA), y las competencias en materia ambiental, de desarrollo sostenible, cambio climático, preservación, conservación y uso de los recursos naturales y ordenamiento ambiental, que las leyes le hayan atribuido al Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente. Tendrá competencia en general sobre toda la materia ambiental prevista en el artículo 47 de la Constitución de la República.

Finalmente, por decreto del Poder Ejecutivo N° 205/017, de 31 de julio de 2017, se aprobó el Plan Nacional de Aguas —tal como lo estableció la Ley de Política Nacional de Aguas— instrumento técnico político para la planificación y gestión de las aguas considerando los diversos usos del recurso.

IV. USO PRIVATIVO DEL AGUA

SAYAGUÉS LASO enseña que además «...del uso general abierto a todos los habitantes, los bienes dominiales pueden ser objeto de utilizaciones privativas por personas determinadas, es decir, utilizaciones que en grado variable excluyen el uso común sobre una porción del bien, pero sin impedir que el bien considerado en su conjunto cumpla su destino propio para el uso general (20).

Las variadas utilizaciones privativas posibles dificultan una sistematización de los principios aplicables, por lo que el régimen jurídico varía según los bienes de que se trate.

Es sabido, como señala DE LA RIVA, que en no pocas ocasiones el destino de uso común, convive con el derecho de que gozan determinados sujetos a usar esos mismos bienes de manera especial, por ejemplo, el aprovechamiento del agua de un río para una finalidad específica (riego, uso industrial, generación de energía) (21).

(20) SAYAGUÉS LASO, E., *op. cit.*, p. 286.

(21) DE LA RIVA, I, *op. cit.*, p. 56.

Surge así, la distinción entre *usos comunes* y *usos privativos*, éstos últimos definidos por MARTÍN, siguiendo a SAAVEDRA «... Uso especial, privativo o exclusivo, a diferencia del uso común, es aquel que sólo pueden realizar aquellas personas que se encuentren en las condiciones que al efecto exige la ley o, lo que es igual, que dispongan del título administrativo hábil y suficiente para la utilización especial» (22).

Los bienes del dominio público están en principio destinados al uso general, pero admiten usos privativos. A pesar de que ello pueda parecer una contradicción, LABAURE sostenía con acierto que los bienes del dominio público admiten esos usos, cuando sean acordes con el uso público y el interés general (23).

También DE LA RIVA se ha planteado esa aparente contradicción al tratar el tema del uso privativo del agua, cuando reflexiona:

«Frente a estas prerrogativas reconocidas a ciertos individuos sobre espacios o sectores de bienes que se supone que están disponibles para el uso de todos, surge necesariamente la pregunta: ¿no resulta una contradicción in terminis que el uso de ciertos bienes del dominio público se encuentre en ocasiones reservado, al menos parcialmente, a determinados sujetos, con la consiguiente imposibilidad de los restantes miembros de la comunidad de acceder al uso de esa porción de dichos bienes? ¿Cómo se conjuga, en tales casos, la ratio legis que justifica la condición dominial de esos bienes —es decir, su consagración al uso público— con la facultad privativa de unos pocos, o de un único individuo, de gozar de dicho uso en las condiciones y con el alcance con que la Administración haya consentido reconocerles ese derecho de uso especial?»

El autor lo plantea como un verdadero reparo, lo que determinó —dice— que se haya rodeado de ciertos recaudos el ejercicio de la facultad pública de otorgar derechos de uso especial sobre bienes del dominio público, entre los cuales sobresale la exigencia de que tales derechos especiales sean compatibles con el destino de uso público que justificó la incorporación del bien a dicha categoría dominial. El aprovechamiento del agua —concluye— no puede entorpecer el uso del río o del mar por el común de los habitantes para los fines que les son habituales (navegación, recreación, pesca) (24).

Además DE LA RIVA insiste en la necesidad de la existencia de una razón de interés público que avale el otorgamiento de ese derecho especial de uso a favor de un sujeto en particular, a contrapelo del uso común que se predica, en principio, del bien involucrado. Y siguiendo a LAFUENTE expresa que si no concurre alguna razón que demuestre que esa modalidad de uso satisface,

(22) Citado por ABARNO, A. I. y PIEGAS, S., *op. cit.*, p. 8.

(23) LABAURE, C., *op. cit.*, p. 206.

(24) DE LA RIVA, I., *op. cit.*, pp. 56-57.

de algún modo, una finalidad pública, será difícil justificar tal ventaja frente a los requerimientos del principio de igualdad (25).

Bajo las condiciones aludidas, se sortea el reproche de contradicción antes destacado, haciendo compatible el destino específico de bienes del dominio público en favor de particulares, convirtiéndose en ocasiones, incluso, en el medio más idóneo para que ese destino alcance su plenitud, por ejemplo en las concesiones portuarias.

1. Facultades de la Administración

Determinada la legitimidad del uso privativo, analizaremos si la Administración tiene un amplio margen de *discrecionalidad* para atribuir esos usos específicos, o si la actividad en tal caso, debe considerarse reglada.

SAYAGUÉS LASO sostiene que por regla general la concesión es un acto discrecional. En ese sentido el maestro expresa que «los interesados en obtener una concesión no tienen un derecho subjetivo para exigirla; la administración ejercerá su poder de concederla apreciando la conveniencia y oportunidad de la misma, salvo norma excepcional que lo exprese. Pero los textos pueden limitar esa discrecionalidad, estableciendo procedimientos y reglas determinadas para su otorgamiento (26).

Señala LABAURE que en general las normas prevén el carácter facultativo del otorgamiento de permisos y concesiones, por lo que se sostiene que éste es discrecional. Pero la discrecionalidad no significa arbitrariedad, por lo que doctrina y jurisprudencia han establecido límites a la misma sin afectar la discrecionalidad misma, sino los elementos que la rodean como ser sus presupuestos y los efectos. Al respecto distingue dos situaciones, la denominada de *concesión rogada* y cuando la *Administración lícita el otorgamiento* (27).

En el primer caso, si el particular reúne las condiciones necesarias para el otorgamiento de una concesión, esto es la identificación del solicitante, la descripción de las obras proyectadas y el plan técnico y económico para su aprovechamiento (artículo 176 del Código de Aguas), y la misma resulta admisible, permitiéndola el bien destinado al uso público de acuerdo al interés general, la Administración no podría negar su otorgamiento sin incurrir en ilegitimidad (28).

(25) *Ibidem*, p. 57. Cita del autor: Cfr. Lafuente Benaches, María Mercedes, «La concesión de dominio público. Estudio especial de la declaración de su caducidad», Ed. Montecorvo, Madrid, 1988, pp. 76/77.

(26) SAYAGUÉS LASO, E., *op. cit.*, p. Tomo I, p. 405.

(27) LABAURE, C., *op. cit.*, p. 209.

(28) *Ibidem*.

El segundo caso está previsto en nuestro ordenamiento de aguas, respecto a concesiones para la prestación de servicios públicos y construcción de obras públicas, cuando utilicen aguas y álveos del dominio público, en que deben otorgarse por licitación pública salvo resolución fundada (art. 193 del Código de Aguas). En esas condiciones, convocado el procedimiento respectivo, la Administración no podrá dejar de otorgarla sin causa legítima. Es decir que si la Administración recurrió a un procedimiento para su otorgamiento, tendrá el deber de otorgarla, salvo que declare desierta la licitación o se rechacen todas las ofertas (29).

Al respecto, señala DE LA RIVA, que, salvo en aquellos casos específicos en que el marco jurídico haya acotado definitivamente el margen de decisión del que dispone la Administración para conceder o no tales derechos de uso especial sobre bienes de su dominio público, la autoridad administrativa resolverá, en cada caso, con amplio margen de discrecionalidad, en función de las circunstancias y de la valoración que realice del interés público involucrado, si juzga o no oportuno otorgar el derecho de uso especial que se le solicita (30).

En el caso de la *concesión de agua con destino a riego*, la discrecionalidad de la Administración se encuentra seriamente limitada, en tanto, el ordenamiento jurídico, establece los requisitos que deberá apreciar frente a cada solicitud que se formule. En consecuencia, cabe acompañar la opinión de SAAVEDRA, cuando afirma que «el otorgamiento de la concesión —en materia de aprovechamiento del agua con destino a riego— no es discrecional. Cumpliendo los requisitos exigidos por la norma, no puede la administración denegar su otorgamiento de modo injustificado» (31).

2. Usos generales y privativos en nuestro Derecho

Como *usos generales* el Código de Aguas prevé los siguientes: bebida e higiene humanas, bebida del ganado, navegación y flotación, transporte gratuito de personas y bienes, pesca deportiva y esparcimiento, aclarando la norma que no podrán derivarse aguas ni usarse medios mecánicos para su extracción, ni contaminar el medio ambiente (artículo 163). A diferencia de lo que establecía el Código Rural, que preveía un régimen de prioridades entre los distintos usos especiales, el Código de Aguas no establece una nómina, señalando que los usos privativos de aguas del dominio público, así como la ocupación de sus álveos podrán ser otorgados mediante permisos o concesiones de uso (artículo 165). Dicha norma debe ser complementada por el art. 3° del mismo Código, que prevé la posibilidad de que se establezcan prioridades

(29) *Ibidem*.

(30) DE LA RIVA, l. op cit. p. 57.

(31) Citado por ABARNO y PIEGAS, *op. cit.*, p. 12.

para el uso de agua por regiones, cuencas o partes de ellas, asignándose la primera prioridad para el abastecimiento de agua potable a poblaciones. En el caso de competencia entre solicitudes, se buscará su compatibilización, y de no ser posible se optará por la que mejor cumpla con la conservación de la fuente y mantenimiento de las obras, y ofrezca mayores seguridades técnico-financieras, en defecto de lo cual se toma el orden de presentación (artículo 183). El sistema previsto, de prioridades no preestablecidas es compatible con un uso múltiple del recurso, para lo cual se otorgarán permisos o concesiones de uso según las características de las posibles utilizaciones, de acuerdo a la reglamentación (artículo 165) (32).

De manera que los *usos privativos* se desarrollan en nuestro régimen vigente a través de los permisos y las concesiones.

3. Permisos y Concesiones

Los derechos de uso especial sobre bienes del dominio público configuran una situación jurídica subjetiva que se adquiere únicamente a partir de uno de los títulos que habilitan a obtenerla: el permiso y la concesión.

El permiso y la concesión dan origen a un derecho de uso especial a partir de una expresa decisión del sujeto público titular del bien, sujeto que exterioriza su voluntad de reconocer tal prerrogativa a favor de una persona determinada (33).

No existe acuerdo en la doctrina acerca de la naturaleza de ambos títulos. Mientras los primeros se caracterizan por la precariedad, las segundas cuentan con plazo, lo que elimina el carácter precario, aunque ello no significa que no puedan ser revocadas, pero si así ocurre, procederá la reparación patrimonial.

Los *permisos* se caracterizan por crear un derecho donde no existía pero con carácter precario, esto es, que la Administración conserva el poder de revocarlos en tanto lo juzgue necesario para satisfacer los requerimientos del interés público, sin que tal extinción dé lugar a indemnización alguna (34).

La *concesión* es definida por SAYAGUÉS LASO como el acto de derecho público que confiere a una persona (física o jurídica, pública o privada) un derecho o un poder que antes no tenía, mediante la transmisión de un derecho o del ejercicio de un poder propio de la administración» (35).

(32) LABAURE, C., *op. cit.*, p. 206.

(33) DE LA RIVA, I., *op. cit.*, p. 57.

(34) *Ibidem*, p. 58.

(35) SAYAGUÉS LASO, E. *op. cit.* Tomo I, p. 404. p. 421. Cfr. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «La concesión. Concepto, tipos y perspectivas», en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Estudios de Derecho Público*. Montevideo, 2004, vol. I, p. 8.

ROTONDO, en el mismo sentido, sostiene «que confiere un derecho o potestad que el receptor no tenía previamente, por lo que posee carácter constitutivo... Refiere a un acto unilateral si bien puede existir solicitud o aceptación del concesionario (36).

ABARNO y PIEGAS sostienen que desde el punto de vista de la estabilidad de los derechos concedidos, como ya se expresó anteriormente, los permisos suelen ser con plazo indeterminado y por lo tanto de carácter precario y revocable, por lo que no confieren un derecho subjetivo perfecto sino debilitado.

Dice DE LA RIVA que «Frente a la debilidad que exhibe el título nacido de un permiso, la concesión de uso de dominio público brinda a quien la obtiene un derecho perfecto, que se incorpora de manera plena a su patrimonio. Ello no equivale a decir que no pueda ser dejado ulteriormente sin efecto si el interés público lo reclama, pero tal extinción deberá tener lugar en los términos del régimen aplicable a la revocación de todo acto administrativo: esto es, deberá mediar la consiguiente indemnización, por parte de la Administración, de los daños que irroque la supresión del derecho conferido» (37).

A) Distinción de ambas categorías

Es de observar que en ocasiones la Administración califica indistintamente, bajo una u otra categoría, el otorgamiento de los derechos de uso que asigna sobre los bienes públicos a su cuidado, lo que hace necesaria su distinción conceptual a partir de las previsiones contenidas en el acto o contrato de otorgamiento, haciendo abstracción de la denominación utilizada por la otorgante.

Con tal propósito, DE LA RIVA ensaya algunos *criterios de diferenciación* que permiten ubicar la figura en uno u otro tipo, con abstracción de su nombre. Una primera diferencia entre ambas técnicas está vinculada a la manera más estable y exclusiva con que —al menos como regla— el concesionario se instala en la cosa pública, comparada con la ocupación más pasajera y superficial que realiza el permisionario. (38) Es, pues, evidente que el derecho a construir una presa sobre un río con vistas a aprovechar el agua que corre por su cauce con la finalidad que fuere, requiere una continuidad en el tiempo totalmente diferente a la autorización para disponer de un espacio para estacionar el vehículo en la vía pública (39).

En segundo lugar, la magnitud de las inversiones a cargo del particular a quien se otorga el derecho de uso especial resulta otro dato revelador de

(36) ROTONDO, Felipe. *Manual de Derecho Administrativo*. FCU, 2021, p. 310.

(37) DE LA RIVA, I., *op. cit.*, p. 58.

(38) Mayer, Otto, «Derecho Administrativo alemán». Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951, t. III, ps. 246/247. Citado por DE LA RIVA, I., *op. cit.*, p. 58.

(39) DE LA RIVA, I., *op. cit.*, p. 58.

la índole del título otorgado. (40) En efecto, difícilmente un negocio jurídico que requiera de una importante inversión de recursos vaya a erigirse sobre un mero permiso, dado que la naturaleza precaria de este último no ofrece la seguridad necesaria para el desembolso de tales erogaciones (41).

Un tercer elemento que, en ocasiones, se toma en consideración para discernir si se está ante un permiso o ante una concesión de uso especial del dominio público se vincula a la presencia o no de un plazo de vigencia del título otorgado. La presencia de un plazo en un acto calificado como permiso bien podría ser indicio de que se trata, en rigor, de una concesión (42).

Aplicados los conceptos que anteceden a la concesión de uso de agua con destino a riego, que tiene por objeto el aprovechamiento de un bien de dominio público, MARTÍN, en cita de SAAVEDRA indica que en «general, se ha aceptado en el plano teórico que la concesión constituye un título perfecto, importando el nacimiento de un verdadero derecho subjetivo definitivo y estable en cabeza del titular que debe, en consecuencia ser indemnizado en caso de revocación» (43).

Otra característica en materia de aguas, es que la concesión está indisolublemente ligada a un determinado predio o inmueble al cual se afecta, no así el permiso. Si se enajenara dicho predio o se transmitiese por vía sucesoria, la concesión se transfiere *ope legis* al nuevo titular del predio (44).

Por su parte, el plazo en la concesión es un elemento conceptual y se reserva a proyectos de mayor envergadura que requieren de una disponibilidad permanente y estable del uso de las aguas, debido a las inversiones realizadas y a la necesidad de una cierta seguridad en el derecho a disponer de esas aguas.

B) Régimen jurídico

En lo que respecta a las concesiones de uso de aguas, las mismas presentan diferencias con los permisos. En primer lugar, en lo atinente al plazo, el Código de Aguas establece que su duración máxima será de 50 años, pudiendo ser renovadas a su vencimiento, excepto cuando no implique la derivación de aguas, en cuyo caso el plazo máximo es de 10 años, no admitiéndose las concesiones perpetuas (artículos 168 y 180). En segundo lugar, la revocación

(40) Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., «Tratado de Derecho Administrativo» cit., t. V, ps. 402/403 y 435/436.

(41) DE LA RIVA, I., *op. cit.*, p. 58.

(42) *Ibidem*, p. 59.

(43) Citado por ABARNO y PIEGAS, *op. cit.*, p. 11.

(44) Art. 170 Código de Aguas.

por razones de interés general da lugar a la indemnización de los daños y perjuicios (artículo 174).

En cuanto a la transferencia, a diferencia de los permisos, en las concesiones no sólo es posible —como dijimos— que cuando cambie la titularidad del predio afectado por herencia, legado o enajenación (artículo 170), sino que es, asimismo posible la cesión total o parcial de la concesión, previa autorización otorgada por motivos fundados (artículo 171). Los permisos y concesiones, se entienden otorgados sin perjuicio de terceros, esto es en tanto el caudal de agua lo permita sin afectar otros derechos que se hubieran otorgado (artículo 166), lo que dado su carácter general, comprende cualquier alteración de las aguas o la inundación de predios vecinos. En caso de que se pretenda la modificación del permiso o concesión de uso, para destinar las aguas a bienes o fines distintos a los previstos, o modificar las obras hidráulicas en forma no sustancial, se requiere la conformidad de la Administración; en tanto si las modificaciones son sustanciales por implicar alteraciones en el volumen a captar, la calidad del agua o los álveos, será necesario tramitar la modificación, según los mismos procedimientos que para el otorgamiento (45).

Se ha discutido en doctrina acerca de la *titularidad de las instalaciones* adheridas al bien dominial una vez finalizada la concesión. En Argentina no existe norma expresa al respecto, lo que ha llevado a DE LA RIVA (46) a:

«...estimar desacertado afirmar que, a falta de estipulación expresa en el régimen que gobierna la concesión, las instalaciones o mejoras resultantes de dichas inversiones que se encuentren adheridas al bien dominial deban considerarse de propiedad del particular, y no del sujeto público titular del bien al cual acceden. (47) La condición pública del dominio que se predica del bien no excluye —a mi juicio— la propiedad que ejerce el Estado sobre la cosa, aun con los límites que son inherentes a su categorización como bien de dominio público (48).

...

(45) LABAURE, C. *op. cit.*, pp. 208-209.

(46) DE LA RIVA, I. *op. cit.* pp. 61 y 64.

(47) En igual sentido, ver MATA, Ismael, «Ensayos de Derecho Administrativo», Ed. RAP, Buenos Aires, 2009, p. 286.

(48) La postura expuesta está estrechamente ligada a mi convicción de que el dominio público se explica, a la vez, desde una perspectiva patrimonialista —el Estado como dueño del bien— y publicista —dominio público como título de intervención— (cfr. mi trabajo «La naturaleza del dominio público», en AA.VV., «Dominio público...», cit., pp. 181/199). Aceptada dicha premisa, no puede sino reconocerse que el Estado es el auténtico propietario del bien dominial, y como correlato lo será también de cuanto se adhiera al mismo con carácter permanente. Un enfoque parcialmente distinto en tomo a la titularidad y a la naturaleza del dominio público es el sostenido por Juan Carlos Cassagne a lo largo de las primeras páginas del excelente trabajo que publica en este mismo volumen bajo el título «Acerca de la titularidad del dominio público y las nuevas ideas sobre los usos especiales».

En rigor, lo que el concesionario incorpora a su patrimonio en virtud de la concesión son los derechos resultantes de la concesión, que en esencia se traducen en el derecho especial de uso del bien sobre el cual aquélla recae. Vencido, entonces, el plazo por el cual se ha otorgado dicho derecho, nada hay que permita inferir que aquél pueda recuperar el fruto de las inversiones realizadas durante, ese lapso, las cuales—como es lógico— han debido quedar amortizadas a lo largo del mismo período.

Adviértase, por otra parte, que la inteligencia propuesta es la que mejor consulta el interés público, ya que el retiro de las instalaciones por el particular al finalizar la concesión habrá de dañar, casi indefectiblemente, el bien al cual se encuentran adheridas. El enfoque que se sugiere, entonces, al tiempo que respeta el derecho de propiedad de quien ha costeado las inversiones —en tanto se presume que él habrá recuperado, vía amortización, el monto del dinero invertido—, postula una suerte de reversión a favor del Estado de las mejoras incorporadas de manera permanente al bien dominical —justificada jurídicamente en razón de la regla de la accesión—, con la consiguiente ventaja del interés público».

Comparto plenamente la argumentación del autor, aunque en nuestro Derecho existe norma expresa en materia de concesión de aguas, que estable que, finalizada la concesión, las obras quedarán a disposición de los concesionarios, salvo que otra cosa se hubiera pactado (artículo 175 del Código de Aguas). LABAURE sostiene que la norma prevé la solución opuesta a la reversión, por la cual las obras quedan a beneficio del Estado debiendo pagar (49).

C) Concesión de uso de aguas con destino a riego

La ley N° 16.858 de 3/9/1997, denominada Ley de Riego, vino a subsanar la omisión del Código de Aguas, de regular el riego con destino a la agricultura, uno de los aprovechamientos más importantes de las aguas públicas. La ley establece que el uso privativo con destino a riego, pueda ser otorgado mediante concesiones o permisos, pudiendo autorizarse al concesionario o permisario el suministro de agua a terceros con destino a riego agrario.

Conforme el artículo 3 de la Ley N° 16.858, en redacción dada por Ley N° 19.553, el otorgamiento de la concesión de agua para el riego, deberá dar satisfacción a los siguientes requisitos:

- 1) Que exista agua disponible en cantidad y en calidad, con lo que establezca el Poder Ejecutivo; el cual podrá reservar un porcentaje del volumen disponible para otros usos o fines en forma adicional al caudal ambiental que se establezca en la reglamentación de la presente ley.
- 2) Que el solicitante cuente con un plan de uso de suelos y aguas aprobado por el Ministerio competente de acuerdo a lo establecido

(49) *Ibidem*, p. 210.

por las Leyes N° 16.446 (Impacto Ambiental), de 19 de enero de 1994, y 18.610 (Política Nacional de Aguas), de 2 de octubre de 2009 y demás normas concordantes, así como la reglamentación de la presente ley.

- 3) Que el solicitante acredite ser titular de un derecho de propiedad, usufructo o goce de los suelos donde se asienten las obras hidráulicas o sean afectadas por ellas.

Conforme el artículo 170 del Código de Aguas, se debe realizar una audiencia pública, que se notifica por publicaciones, a los efectos de eventuales oposiciones a la concesión solicitada. Cumplido, la Administración decidirá. Finalmente nuestro ordenamiento jurídico en la materia establece las obligaciones que surgen para el concesionario del uso de aguas públicas (50), así como las causas que determinan la extinción de la concesión (51).

La norma parte de la base que la figura esencial es la concesión, al prever el permiso para situaciones de carácter transitorio o aquéllas que no reúnan la totalidad de los requisitos para la concesión (artículo 8), a la vez que a diferencia del régimen común para los permisos de uso de aguas, admite su cesión (artículo 9).

La ley citada, en la redacción dada por la Ley 19.553 (artículos 3, 4 y 5), prevé lo que se denominan *formas colectivas de uso*, esto es, la asociación de productores rurales, para la obtención de permisos o concesiones de uso de agua para riego. El objeto de las mismas deberá ser exclusivamente el uso, manejo y aprovechamiento del agua, comprendiendo las obras hidráulicas comunes, individuales o para terceros (artículos 12 y 13).

Las comunidades de usuarios, es una forma de organización y regulación social del aprovechamiento colectivo de aguas públicas para riego, en cuyo sentido se orienta la Ley.

El contrato que establezca una Sociedad Agraria de riego deberá determinar el nombre de los socios, el capital y el aporte que a cada uno corresponda, así como incluir las cláusulas típicas (plazo y objeto), así como en la denominación la expresión «Sociedad Agraria de Riego», además de las condiciones de ingreso y egreso, y la disolución (artículo 14). Podrá preverse asimismo en el contrato social un Jurado, a fin de conocer las cuestiones de hecho que se planteen entre los miembros, así como imponer a los infractores de las normas sociales las sanciones previstas (artículo 17). La existencia de la sociedad tiene importancia para la distribución del recurso agua entre los socios, a la vez que para proveer el capital para las inversiones, mientras

(50) Arts. 173, 178 del Código de Aguas, art. 6 Ley 16.858.

(51) Art. 172 Código de Aguas.

que el Jurado, actuaría como una forma de autocomposición de diferencias o litigios entre los socios (52).

4. Naturaleza de las concesiones de aguas

DE LA RIVA señala que la generalidad de los autores argentinos que se han ocupado del tema descarta la idea de que la concesión de uso sea producto de un acto emanado unilateralmente de la Administración, y se inclina por considerar que la misma constituye un negocio, jurídico de naturaleza contractual (53). Valorán, al efecto, la necesaria presencia de ambas voluntades —la pública y la privada— para su perfeccionamiento, y el nacimiento de derechos y obligaciones recíprocos que de ella deriva. La tesis contractualista ha sido acogida por el Derecho positivo argentino (54), donde el régimen general de contrataciones de la Administración Pública expresamente incluye a las concesiones de uso de bienes del dominio público como uno de los contratos comprendidos bajo su ámbito de aplicación (55).

Entre nosotros, LABAURE señala que respecto a las concesiones, existen en principio dos posiciones: las que lo consideran un acto *unilateral* y aquellos que consideran que su naturaleza es *contractual*. Para la primera posición, las concesiones se otorgan mediante un *acto administrativo*, no celebrando los particulares ningún convenio o contrato.

Como ejemplo de la otra posición, cita la opinión de MARIENHOFF, para el que la concesión de uso especial de bienes del dominio público,

(52) Cfr. LABAURE, C. *op. cit.*, p. 211.

(53) 36 Cfr. BIELSA, Rafael, «Derecho Administrativo» cit., t. II, p. 430; MARIENHOFF, Miguel S., «Tratado de Derecho Administrativo» cit, t. V, ps. 444/448; y Diez, Manuel M., «Derecho Administrativo» cit, t. IV, ps. 504 y 513/515. En la doctrina española el tema se encuentra mucho más disputado. Son, en efecto, numerosos los autores que comparten la idea de que la cohesión de dominio público constituye un acto unilateral; son también muchos los que se inscriben en la línea que sostiene su carácter contractual; y no faltan, desde luego, quienes abogan por una tesis mixta. Como exponente de la concepción contractualista cabe citar a LAFUENTE BENACHES (cfr. su libro «La concesión de dominio público...», cit, p. 36 y ss.). Entre los que entienden que la concesión nace de un acto unilateral de la Administración se encuentra FERNÁNDEZ ACEVEDO, quien ve a la concesión de uso de bienes del dominio público como una relación nacida de un acto administrativo unilateral necesitado de la colaboración del particular destinatario (FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafeel, «Las concesiones administrativas...» cit, ps. 116/126). Finalmente, en un lugar intermedio se sitúa Garrido Falla, según el cual la concesión de uso de bienes públicos admite tanto ser instrumentada bajo el molde contractual como unilateral, lo cual dependerá del marco normativo en cada caso (cfr. GARRIDO FALLA, Fernando, «Tratado de Derecho Administrativo», vol. II, II^o ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2002, ps. 531/532).

(54) Cfr. los arts. 4, decreto 1023/2001 y 2 y 149 al 162, Anexo del decreto 436/2000.

(55) DE LA RIVA, I. *op. cit.*, p. 61.

«...es un *contrato administrativo*, de los denominados de “atribución”, en que la prestación esencial está a cargo de la Administración a diferencia de los de “colaboración”, donde la prestación básica es del administrado. Señala que el carácter bilateral del mismo, deriva no sólo de su formación sino también de sus efectos. Es bilateral, en la medida que implica la conjunción de dos voluntades, que crea derechos y obligaciones recíprocas: de parte del Estado; la obligación principal es permitir el uso de un bien del dominio público, y de parte del concesionario utilizarlo en su beneficio, de acuerdo al interés público (56)».

En definitiva y conforme a las características derivadas de su régimen jurídico, el autor se inclina por el carácter bilateral de las concesiones de uso de aguas y álveos, y por tanto en su naturaleza contractual, a diferencia de los permisos de uso que considera unilaterales. El hecho que normalmente este tipo de actos se documenten como un acto administrativo, y no exista la firma de un contrato no excluye las conclusiones apuntadas, ya que ello refiere a un aspecto diverso como lo es la documentación del acto (57).

Sin haber analizado en profundidad la cuestión de la naturaleza jurídica de la concesión, COUSILLAS se refiere a ella junto a los permisos, como integrando un mismo género de actos jurídicos (58).

Entiendo que la circunstancia de que deba obtenerse el consentimiento del concesionario, no resulta determinante para concluir que estamos frente a una relación contractual. Son numerosos los ejemplos de actos administrativos unilaterales recepticios o también llamados convencionales (59), que para producir efectos requieren de la aceptación del destinatario, por ejemplo, el nombramiento de funcionarios.

Entendemos que las concesiones pueden ser unilaterales o bilaterales, según las previsiones normativas específicas para cada bien del dominio público (60).

(56) MARIENHOFF, Miguel, «Concesión de uso del dominio público: naturaleza y protección jurídica de la pertinente prerrogativa, el usuario sin título» en «Estudios en honor de Pedro J. Frías», Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Volumen 2, Córdoba 1997, pp. 476-478. Citado por LABAURE, C. *op. cit.* p. 207.

(57) LABAURE, C. *op. cit.* p. 208.

(58) COUSILLAS, Marcelo. «Régimen jurídico de las aguas y de los servicios de agua potable y saneamiento», *Revista de Derecho* de la Universidad de Montevideo, Año II 2003 N° 3, p 25.

(59) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. «La Concesión. Concepto, tipos y perspectivas». En *Estudios de Derecho Público*. Volumen I. Montevideo, 2004, p. 8. Cita a GIORGI, Héctor. «La competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y su potestad de suspender los actos administrativos». En *Escritos Jurídicos*, FCU. Montevideo. 1976, pp. 155 y ss.

(60) Cfr. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Turismo. Aspectos del régimen jurídico. En *Estudios de Derecho Administrativo*. Segundo Curso/5. Acali Editorial. Montevideo. 1979, pp. 30 y 44. Cfr. DELPIAZZO, Carlos. *Contratación Administrativa*, cit. p. 492.

En nuestro Derecho, donde no existe norma expresa que establezca que las concesiones de uso de aguas tienen naturaleza contractual, habrá que estar a cada tipo de concesión y su regulación jurídica, para determinar su naturaleza unilateral o bilateral.

En el marco del Código de Aguas, la Subsección III, de la Sección II De los Usos Privativos, refiere al «instrumento» de concesión, lo que no nos permite definir con certeza si la concesión deriva de un acto unilateral o de un contrato. Sin embargo, en ocasión de regular la extinción de las concesiones prevé la rescisión por «mutuo acuerdo» (artículo 172 numeral 2), lo que nos puede conducir a sostener que estamos frente a un contrato. La disposición que más nos acerca a esta definición es el artículo 175, que al regular para quien quedan las obras o instalaciones realizadas al amparo de concesiones de uso, establece que quedarán a disposición de sus propietarios, «salvo que otra cosa se hubiese pactado en el instrumento de concesión». Subrayo la expresión «pactado», que claramente indica acuerdo de voluntades, y no meramente aceptación.

Lo curioso es que cuando se regula el contenido mínimo del «instrumento de concesión», sólo menciona, además del objeto y duración de la concesión, los datos y obligaciones del concesionario (artículo 178).

La realidad muestra que el Ministerio competente (Ministerio de Transporte y Obras Públicas) ha optado por la celebración de contratos de concesión de uso de aguas, por ejemplo para el uso de álveos.

No es tan clara la naturaleza de la concesión de aguas para riego, cuya ley regulatoria ya citada, y su decreto reglamentario N° 366/018, de 5 de noviembre de 2018, prevén el dictado de una resolución de la Administración (Dirección General de Recursos Naturales del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca), sin perjuicio de la autorización ambiental. Lo que permitiría concluir que la concesión es otorgada por acto unilateral.

5. Derechos que otorga la concesión

Ya en 1906 HAURIUO calificó al derecho nacido de una concesión de uso de un bien del dominio público como un *derecho real administrativo*, en tanto crea en favor del concesionario un derecho a gozar de una posesión exclusiva sobre la cosa pública que resulta oponible no sólo frente al concedente sino también frente a terceros (61).

(61) Cfr. HAURIUO, Maurice, en su comentario al arrêt del 25/5/1906, dictado por el Consejo de Estado francés en el caso «Ministerio de Comercio vs. Ferrocarriles de Orleans», publicado en Recueü Sirey, 1908, III part, p. 65, y en La Jurisprudence Administrative, t. III, París, 1929, pp. 207/281, ambos citados por González Pérez, Jesús en su libro *Los derechos reales administrativos*, Ed. Civitas, Madrid, 1989, p. 11. Citado por DE LA RIVA, I., *op. cit.*, p. 59.

MARIENHOFF sostiene que el derecho del concesionario es un «derecho real administrativo», a consecuencia de lo cual el usuario podrá promover acciones posesorias en defensa de su derecho, incluso contra el propio Estado (62).

DE LA RIVA (63) dice que:

«...la relación jurídica creada se entabla en un plano de subordinación del concesionario a la Administración concedente (64). Lo que supone la existencia de una serie de potestades inherentes a esta última, cuyo ejercicio se despliega en el curso de la relación generada (65). Así lo refleja el hecho de que la misma Administración que otorgó la concesión pueda, cuando existan razones de interés público que lo exijan, revocarla. Dicha circunstancia no desdice el carácter firme y perfecto de los derechos otorgados, y de allí la necesidad de que su titular sea resarcido de los daños derivados del acto revocatorio. La calificación del derecho surgido de una concesión de uso de bienes del dominio público como derecho real administrativo encontró, desde un comienzo, serias resistencias de parte de un sector de la doctrina que discutía que se pudiera afirmar su carácter *erga omnes*, dada la potestad revocatoria en cabeza de la Administración. En rigor, como ya se anticipó, la solidez del derecho al uso especial en cabeza del concesionario no difiere de la que se predica de cualquier otro derecho que tiene su origen en un acto de la Administración, cuya estabilidad llega hasta donde resulta compatible con las exigencias del interés público, ante el cual estará siempre pronto a ceder a cambio de la correspondiente indemnización.

Esto no significa, sin embargo, que el particular no pueda exigir el pleno respeto de su derecho, repeliendo todo intento ilegítimo de avasallarlo, aun cuando provenga de la propia Administración (66). Podrá apelar, a esos efectos, no sólo a las instancias administrativas competentes —por vía de la interposición de los recursos o reclamos pertinentes—, sino también a los remedios judiciales idóneos, en particular, las acciones posesorias que consagra el ordenamiento en resguardo del goce legítimo de la posesión de los bienes (67). Es menester recordar, sin-embargo, que el recurso a los remedios posesorios por parte del concesionario de uso para resistir actos dictados por el concedente *iure imperii* ha generado ciertos reparos por parte de algún sector de la doctrina. El hecho de que se haya afirmado su condición de titular de un auténtico derecho subjetivo avala la convicción de que aquél cuenta con tales acciones para salir en defensa de su derecho.

Si bien las consecuencias de su razonamiento son coincidentes con nuestra opinión, en el sentido que mediando razones de interés general, procede

(62) MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, p. 480.

(63) *Ibidem*, p. 60.

(64) Cfr. LAFUENTE BENACHES, María Mercedes, «La concesión de dominio público...», *cit.*, p. 79.

(65) DE LA RIVA, I., *op. cit.*, pp. 59-60.

(66) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, «Los derechos reales administrativos», *cit.*, pp. 51/52.

(67) Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., «Tratado de Derecho Administrativo», *cit.*, t, V, pp. 574-575.

la rescisión con la consiguiente indemnización, ello no es producto de una situación de subordinación del concesionario ni de una potestad exorbitante de la Administración. Por el contrario, si se tratara de un contrato, deriva de la autonomía de la voluntad de las partes que se someten al régimen jurídico que regula este tipo de concesiones. Y si se tratara de un acto unilateral, se rige por las facultades que tiene la administración de dejar sin efecto sus actos, con el límite de los derechos adquiridos.

Cuando la turbación proviene de un particular, el concesionario estará facultado para requerir protección jurídica, a través de la interposición de los remedios judiciales que correspondan. Además el concesionario podrá acudir a la Administración que le ha conferido el derecho especial de uso a fin de que, en ejercicio de la autotutela del dominio público, remueva los obstáculos que le impiden gozar adecuadamente del uso especial del bien en cuestión y articular, también, el pertinente reclamo para que le sean resarcidos los daños y perjuicios padecidos (68).

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ABARNO, Ana Inés y PIEGAS, Sergio. «Aspectos administrativos de la normativa sobre agua con destino riego». En *Jurisprudencia contencioso-administrativa*. Graciela Ruocco (Coordinadora). FCU. Montevideo. 2021. Separata
- BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*, Tomo III, 5ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1956.
- COUSILLAS, Marcelo. «Régimen jurídico de las aguas y de los servicios de agua potable y saneamiento», *Revista de Derecho* de la Universidad de Montevideo. Año II, 2003, N° 3.
- DE LA RIVA, Ignacio. «La concesión de uso de bienes del dominio público». *Jurisprudencia Argentina*. Fascículo 13. Dominio Público. (Coordinador Juan Carlos Cassagne). Número Especial. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2010
- DELPIAZZO, Carlos. *Derecho Administrativo General*. Volumen 2. Tercera edición actualizada y ampliada. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 2020.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Turismo. Aspectos del régimen jurídico. En *Estudios de Derecho Administrativo*. Segundo Curso/5. Acali Editorial. Montevideo. 1979
- «La concesión. Concepto, tipos y perspectivas», en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Estudios de Derecho Público*. Montevideo, 2004, vol. I.

(68) Cfr. DE LA RIVA, I., *op. cit.*, p. 61.

- *Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública*. Segunda edición actualizada y ampliada. AMF. Montevideo. 2012
- GARCÍA PÉREZ, Marta, «Utilización del dominio público: tipología», en AA.VV. «Dominio público (Naturaleza y régimen de los bienes públicos)», DE REINA TARTIÉRE, Gabriel (coord.), Ed. Heiiasta, Buenos Aires, 2009.
- LABAURE, Carlos. *Concesiones de aguas*. Montevideo. 1988.
- LAFUENTE BENACHES, María Mercedes, «La concesión de dominio público. Estudio especial de la declaración de su caducidad», Ed. Montecorvo, Madrid, 1988.
- MATA, Ismael. *Ensayos de Derecho Administrativo*, Ed. RAP, Buenos Aires, 2009
- MARIENHOFF, Miguel S., «Tratado de Derecho Administrativo», t. V, 4ª ed. actualizada, Ed. Abéiedo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- RISSO FERRAND, Martín. Primeras reflexiones sobre el proyecto de reforma constitucional a plebiscitarse en octubre de 2004, en www.ucu.edu.uy.
- RODINO, Ana María. «La educación en derechos humanos: Una propuesta para políticas sociales» *Revista editada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 44, 2006.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. 9ª Edición Actualización. Carlos Delpiazzo y Cristina Vázquez (Directores). Natalia Veloso y Gabriel Delpiazzo (Colaboradores). FCU. Montevideo. 2022.
- VILLEGAS BASABILBASO, *Derecho Administrativo*. Buenos Aires. 1952, Tomo IV, p. 106; DIEZ, *Dominio Público*. Buenos Aires. 1940.

LA CONCESIÓN DE AGUAS EN ARGENTINA

ALFONSO BUTELER

Abogado y doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la
Universidad de Córdoba (Argentina)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. COMPETENCIA Y JURISDICCIÓN EN MATERIA DE CONCESIONES DE AGUA: 1. Introducción. 2. El agua como derecho federal. 3. El agua como derecho común. 4. El agua como derecho provincial. 5. El agua como derecho municipal. 6. El agua como derecho complementario.– III. EL DOMINIO DEL AGUA: 1. Introducción. 2. régimen del agua en el código civil y comercial: A) El agua y el dominio público. B) El agua y el dominio privado del Estado. C) Régimen de aguas privadas.– IV. LOS USOS DE AGUA: 1. Introducción. 2. Usos comunes. 3. Particularidad del uso especial o privativo del agua. 4. Uso especial o privativo del agua.– V. LA CONCESIÓN DE AGUAS: 1. Introducción. 2. Naturaleza. 3. La priorización del otorgamiento y ejercicio concesional. 4. Modo de aprovechamiento. 5. Modalidades de concesión. 6. Modificación. 7. Clasificación. 8. Especies de concesiones de agua. 9. Efectos de la veda y reserva. 10. Registro de usos y concesiones. 11. Suspensión. 12. La contraprestación. 13. Extinción.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La investigación tiene por objeto estudiar el instituto de la concesión de agua, sus caracteres naturaleza y clases.

Palabras clave: agua; concesión; usos.

ABSTRACT: The research aims to study the institute of the water concession, its character, nature and classes.

Key words: water; concession; use.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por finalidad analizar la cuestión relativa a la concesión de agua, sus caracteres naturaleza y clases.

Previo a ello, estudiaremos el aspecto competencial de la República Argentina a los fines de la regulación de los recursos hídricos así como la cuestión del régimen demanial del agua. Ello a los fines de dotar de contacto al tema objeto de estudio.

II. COMPETENCIA Y JURISDICCIÓN EN MATERIA DE CONCESIONES DE AGUA

Antes de ingresar en la cuestión relativa a las concesiones de agua corresponde indagar acerca de la jurisdicción y competencia en materia de recurso hídrico en la República Argentina (1). Pues, ello resulta dirimente para tener en claro quién puede regular en materia de títulos habilitantes para el uso de aquel recurso.

1. Introducción

El abordaje del régimen del agua a nivel nacional posee cierta complejidad en virtud de que por imposición del sistema federal de gobierno previsto en la Constitución Nacional (art. 1) conviven diversos órdenes de autoridades y competencias al encontrarse involucradas las jurisdicciones nacional, provincial y municipal.

Con relación a esta cuestión debe tenerse presente que en materia de agua no solamente existe el claro divisorio competencial entre dichas esferas de gobierno sino que a ello, por un lado, se adiciona la cuestión relativa a la existencia de un derecho común en cabeza del Congreso Nacional que resulta aplicable a todo el territorio y, por el otro, se agrega el sistema de presupuestos mínimos que también alcanza al recurso hídrico, como parte del medio ambiente por imposición del art. 41 de la Carta Magna (2).

A partir de ese complejo panorama, analizaremos seguidamente cada una de esas esferas de competencia para explicar su impacto en materia de agua.

2. El agua como derecho federal

El texto constitucional no contiene referencias directas o indirectas sobre el agua, salvo las relacionadas con los ríos. El tal sentido, señala que «La navegación de los ríos interiores de la Nación es libre para todas las banderas, con sujeción únicamente a los reglamentos que dicte la autoridad nacional» (art. 26). Luego, estipula que le corresponde al Congreso Nacional la reglamentación de la libre navegación de los ríos interiores (Art. 75 inciso 10).

(1) BUTELER, Alfonso (2021): «Jurisdicción, competencia y dominio del agua en la República Argentina», en AA.VV., *Lecturas de derecho de aguas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia (Julián A. Pimiento Echeverri y Gerardo García Álvarez, coordinadores), p. 17.

(2) DE LA RIVA, Ignacio (2017): «La protección del patrimonio cultural en el derecho argentino», en AA.VV., *Patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (Fernando López Ramón, coordinador) p. 170.

Dicha circunstancia obedece a la libertad de comercio (Art. 14) y al derecho de navegar y comercial (Art. 20).

A ello, se suma el art. 75 inc. 18 cuando pone en cabeza del Congreso Nacional el deber de promover la construcción de canales navegables y la y la exploración de los ríos interiores «por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo».

De tales preceptos constitucionales, sumados la cláusula del comercio (Art. 75 inc. 13 CN) se ha derivado la jurisdicción federal en lo concerniente a la reglamentación de ese uso, en los supuestos de interjurisdiccionalidad.

Además, la Ley Fundamental estipula el derecho de los extranjeros de navegar los ríos y costas. Las provincias, por su parte, pueden construir canales navegables y promover la exploración de los ríos (Art. 125).

3. El agua como derecho común

Además, el Congreso Nacional, en uso de la atribución de dictar los códigos de fondo (art. 75 inc. 12 CN) regula el dominio público y privado del agua en el Código Civil y Comercial, lo que hace aplicable todos sus preceptos a todos los estados provinciales. Allí se dispone:

a) La inclusión de las aguas en el régimen dominial (marítima, ríos, lagos navegables y no navegables sin dueño, glaciar y periglaciar, atmosférica, subterránea, obras hidráulicas);

b) Las restricciones al dominio privado respecto al uso de las aguas, fundamentalmente vinculadas a cuestiones de vecindad y las servidumbres;

c) Régimen de la responsabilidad por daños, especialmente en caso de inundaciones derivadas por obras públicas o privadas.

4. El agua como derecho provincial

El recurso hídrico es de naturaleza provincial (3). En tal sentido, el art. 124 de la CN establece que «Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio». A ello cabe agregarle que el art. 125 de la Carta Magna que, como vimos, autoriza la exploración de sus ríos.

En virtud de ello, las provincias a través de los Códigos o leyes de aguas que cada una pueden dictar tienen a su cargo la regulación y poder de policía

(3) MARTIN, Liber (2014): «Concesión y permiso de aguas: naturaleza jurídica y revocación», Buenos Aires: *RAP, Revista del Régimen de la Administración Pública*, Año XXXVI n° 429, junio 2014, p. 166.

sobre: a) el régimen de aprovechamiento y gestión del recurso hídrico; b) Los usos y títulos habilitantes sobre cursos de agua, aguas atmosféricas, subterráneas, etc.; c) Las limitaciones al dominio por razones de interés público; d) Régimen de obras hidráulicas públicas, entre otros.

Es que a las provincias les compete el dominio efectivo y las decisiones sobre el agua y la regulación de sus usos y, por ende, el otorgamiento de permisos y concesiones (4). Esto que marcamos conjuga el aspecto local del agua y su regulación por el derecho común.

También, las provincias regulan el régimen de efluentes líquidos, cloacales, y aguas residuales. Pues les corresponde el poder de policía en materia de aguas privadas y como esos elementos impactan sobre el recurso hídrico local.

5. El agua como derecho municipal

A los municipios les corresponde la regulación del sistema cloacal y saneamiento, dentro de su ámbito territorial. Aunque, como veremos, también tienen un rol en materia de servidumbre urbanas en los casos de necesidad de abastecimiento de agua a poblaciones, riego de jardines y uso industrial.

6. El agua como derecho complementario

A lo expuesto cabe adicionar la regulación complementaria por sistema de presupuestos mínimos en virtud de la cláusula ambiental (Art. 41 CN) Esa norma dispone que «Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales».

Es decir que en materia ambiental y de recursos naturales le corresponde la Nación el dictado de aquellas normas que establezcan el umbral mínimo de protección, mientras que las provincias su complementación. Pues, éstas han cedido a la Nación la atribución para el dictado del marco en materia ambiental que se constituye en un piso inderogable, sin necesidad de adhesión por parte de las legislaturas locales (5).

En esa línea, la Ley General del Ambiente n° 25.675 (BO 28/11/2002) establece «Se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer

(4) PASTORINO, Leonardo F. (2016): «El derecho del agua en la Argentina», Buenos Aires: Abeledo Perrot, *Revista Derecho Ambiental*, n° 47, 08/09/2016, p. 199.

(5) FALBO, Aníbal (2009): *Derecho ambiental*, Buenos Aires: Librería Editora Platense, p. 73.

condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable» (Art. 6).

Con similar orientación el art. 241 del Código Civil y Comercial estipula que cualquiera sea la jurisdicción en la que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable en el caso.

A partir de ello, se ha dictado la Ley 25.688 (BO 3/1/2003) de gestión ambiental de aguas y la Ley 26.639 (BO 28/10/2010) que contempla el Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial. El contenido de ambos plexos normativos será analizado más adelante.

III. EL DOMINIO DEL AGUA

1. Introducción

En la República Argentina el Código Civil de 1869 estableció la distinción entre bienes de dominio público (Art. 2340) y privado del Estado (Art. 2342) (6), plasmando un criterio de distinción de neto carácter normativo (7) que pone de resalto «una manifestación del poder público» (8) que no se traduce en un concepto estático sino dinámico (9).

Ese enfoque de la cuestión parte de la idea, según se ha dicho, de que el dominio público es una especie del género propiedad y que tiene particularidades propias que parten de aquella idea de su uso público: inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad (10).

Esa regla también se siguió en materia de aguas. Pues, por un lado, incluyó dentro del dominio público hidráulico al marítimo, fluvial, lacustre, artificial mientras que, por otro lado, el Código Civil reguló ciertas aguas como pertenecientes al dominio privado del titular del predio donde se encuentran.

(6) CASSAGNE, Juan Carlos y DE LA RIVA, Ignacio (2015): «Proyección, trayectoria y significado actual del dominio público en la Argentina», en AA.VV., *El dominio público en Europa y América Latina*, Perú: Círculo de derecho administrativo, p. 243.

(7) CASARINI, Luis E. (2013): «El elemento teleológico en los bienes de dominio público», Buenos Aires: La Ley 2013-C, p. 62.

(8) MAYER, Otto (1982): *Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, Depalma, 2º Ed. T. III, p. 117.

(9) PAREJO ALFONSO, Luciano (1983): «Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general», Madrid, *Revista de Administración pública* n° 100-102, p. 2404.

(10) DIEZ, Manuel María, «Naturaleza jurídica del derecho del Estado sobre el dominio público», Buenos Aires: La Ley, t. 18, p. 66.

El Código Civil y Comercial en vigencia desde el año 2015 no ha variado en lo sustancial dicha categorización, tal como veremos seguidamente, aunque ofrece algunos matices derivado de lo prescripto por el art. 41 de Ley Fundamental cuando impone la directriz del uso racional de los recursos naturales (11).

2. Régimen del agua en el Código Civil y Comercial

A) El agua y el dominio público

La regulación actual del dominio público del recurso hídrico se encuentra prevista en el art. 235, dejando en claro qué bienes integran el dominio público, conforme se explica seguidamente.

a) Se considera integrante del dominio público al mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se considera mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo.

En tal sentido, la ley 23.968 (BO 5/12/1991) fija las líneas de base de la República Argentina incluido el Sector Antártico Argentino, sobre el cual la República tiene derechos soberanos, las líneas de base (Art. 1). Allí se dice que las aguas situadas en el interior de las líneas de base establecidas de conformidad con el artículo 1 de la presente ley, forman parte de las aguas interiores de la República Argentina (Art. 2).

Luego, dispone que el mar territorial de la República Argentina se extiende hasta una distancia de doce millas marinas a partir de las líneas de base. Es la Nación quien posee y ejerce la soberanía plena sobre el mar territorial, así como sobre el espacio aéreo, el lecho y el subsuelo de dicho mar (Art. 3).

La zona contigua del país, por su parte, se extiende más allá del límite exterior del mar territorial, hasta una distancia de veinticuatro millas marinas medidas a partir de las líneas de base. La Nación ejerce en esta zona todos sus poderes fiscales y jurisdiccionales, preventivos y represivos, en materia impositiva, aduanera, sanitaria, cambiaria e inmigratoria, sin perjuicio de las exenciones parciales o totales que legalmente se determinen (Art. 4).

Por otro lado, dicho cuerpo normativo estipula que la zona económica exclusiva argentina se extiende, más allá del límite exterior del mar territorial hasta una distancia de doscientas millas marinas computadas desde las líneas

(11) GONZÁLEZ MORAS, Juan Martín (2018): «El dominio público en el Código Civil y Comercial», en AA.VV., *El Código Civil y Comercial de la Nación y el impacto en el derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley (Ramón D. Pizarro y Alfonso Buteler, directores), p. 360.

de base. Allí corresponde al país ejercer todos sus poderes fiscales y jurisdiccionales, preventivos y represivos, en materia impositiva, aduanera, sanitaria, cambiaria e inmigratoria, sin perjuicio de las exenciones parciales o totales que legalmente se determinen. Además, ejerce derechos de soberanía para los fines de la exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho del mar, y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económicas de la zona, tal como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos.

Por último, debe destacarse que la plataforma continental sobre la cual ejerce soberanía la República Argentina, comprende tanto el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de doscientas millas marinas medidas a partir de las líneas de base, en los casos en que el borde exterior no llegue a esa distancia (Art. 6).

A estos efectos, también debe ponerse de resalto que la ley 24.543 (BO 25/10/1995) aprueba la Convención de ONU sobre el Derecho del mar.

Cabe destacar, asimismo, la ley 24.922 (BO 12/1/1998) que contiene el régimen federal de pesca. Ese cuerpo normativo estipula que son del dominio de las provincias con litoral marítimo y ejercerán esta jurisdicción para los fines de su exploración, explotación, conservación y administración aquellos recursos vivos que poblaren las aguas interiores y mar territorial argentino adyacente a sus costas, hasta las doce millas marinas medidas desde las líneas de base (Art. 3).

Luego, dice que son de dominio y jurisdicción exclusivos de la Nación, los recursos vivos marinos existentes en las aguas de la zona económica exclusiva y en la plataforma continental a partir de las doce millas. Asimismo, dispone que el Estado Nacional, en su condición de estado ribereño, se encuentra habilitado para adoptar todas aquellas medidas de conservación en la zona económica exclusiva y en el área adyacente a ella sobre los recursos transzonales y altamente migratorios, o que pertenezcan a una misma población o a poblaciones de especies asociadas a las de dicha zona exclusiva (Art. 4).

b) Las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso;

En relación a la línea de ribera, los arts. 235 y 1960 del Código Civil y Comercial definen a la línea de ribera como el promedio de las máximas

crecidas ordinarias. Según se ha señalado, la única variación es que se ha inducido la técnica de determinación práctica de esas crecidas, indicando que ella debe basarse en un promedio de las mismas (12).

A ello cabe adicionar que conforme lo estipula el art. 2267 del Código Civil y Comercial el deslinde de la ribera corresponde a la jurisdicción administrativa.

c) Los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiriera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales.

Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. En cambio, por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos.

Además, el art. 236 del Código Civil y Comercial ha regulado a los lagos no navegables como bienes privados del Estado, aunque sólo en los supuestos en que carecen de dueños. Pues, como ha dicho la Corte Suprema la propiedad de los lagos y lagunas no navegables, corresponde al dueño de la tierra en que se ha formado el lago o laguna (13)

d) las islas formadas o que se formen en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos, estuarios, arroyos, o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que pertenecen a particulares.

e) Las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial.

e) El Código Civil y Comercial en el inciso e) del art. 235 menciona expresamente entre los bienes que componen al dominio público al espacio aéreo suprayacente al territorio, reconociendo, de ese modo, que las aguas atmosféricas deben considerarse de naturaleza pública.

f) Los canales y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común, donde cabe incluir a las obras hidráulicas.

(12) PINTO Mauricio y MARTÍN, Liber (2018): «Análisis crítico del impacto del nuevo Código Civil y Comercial en el derecho de aguas», en AA.VV., *El Código Civil y Comercial de la Nación y el impacto en el derecho administrativo*, Buenos Aires: La Ley (Ramón D. Pizarro y Alfonso Buteler, directores), p. 417.

(13) Fallos 138:295.

B) El agua y el dominio privado del Estado

El art. 236 del Código Civil y Comercial regula lo concerniente a los bienes del dominio privado del Estado. Allí, en lo vinculado al agua se menciona a los lagos no navegables que carecen de dueño.

C) Régimen de aguas privadas

El art. 239 de dicho cuerpo normativo se refiere a las aguas de los particulares. Se dice que «Las aguas que surgen en los terrenos de los particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas, siempre que no formen cauce natural. Las aguas de los particulares quedan sujetas al control y a las restricciones que en interés público establezca la autoridad de aplicación. Nadie puede usar de aguas privadas en perjuicio de terceros ni en mayor medida de su derecho. Pertenecen al dominio público si constituyen cursos de agua por cauces naturales. Los particulares no deben alterar esos cursos de agua. El uso por cualquier título de aguas públicas, u obras construidas para utilidad o comodidad común, no les hace perder el carácter de bienes públicos del Estado, inalienables e imprescriptibles. El hecho de correr los cursos de agua por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno».

En lo que hace a las aguas pluviales que caen en sitios públicos se establece que son pasibles de apropiación por los ciudadanos como cosas muebles no registrables sin dueño. (art. 1947)

Finalmente, el art. 240 dice que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

IV. LOS USOS DE AGUA

1. Introducción

Como hemos visto, a partir de las disquisiciones formuladas en el apartado anterior, el recurso hídrico constituye un bien de dominio público. En tal orden de ideas, el Estado puede dejar el aprovechamiento librado a todos los ciudadanos o ceder el uso de ese bien a los particulares. Pues, como ocurre con otros bienes del dominio estatal, el agua puede determinar la existencia de usos generales como especiales.

Debe tenerse presente que todo uso de aguas debe realizarse de una manera tal que implique un uso racional y protectorio del recurso (14), conforme lo que dispone el art. 41 de la Constitución Nacional. Ello por tratarse de un recurso escaso.

2. Usos comunes

Entre los usos comunes del agua cabe mencionar los siguientes: bebida, higiene humana, uso doméstico y riego de plantas, abreviar o bañar ganado en tránsito, navegación no lucrativa, uso recreativo y pesca deportiva, entre otros.

En general, se suele establecer que los usos comunes tienen prioridad absoluta sobre cualquier uso privativo, en razón de las necesidades básicas que procuran satisfacer. Pues, cabe recordar que existe el principio de accesibilidad de todas las personas al uso de las aguas (15), sean subterráneas, surgentes, corrientes, lacustres y pluviales. En ningún caso las concesiones o permisos pueden menoscabar su ejercicio.

Habitualmente, los usos comunes son gratuitos; sin perjuicio de la contribución que pueda exigirse cuando para su ejercicio se requiera la prestación de un servicio.

3. Particularidad del uso especial o privativo del agua

Es importante destacar que detrás de la cuestión relativa a los usos especiales del recurso hídrico debe tenerse presente que está comprometido el interés general en la medida en que se trata de un recurso natural escaso que se consume con su aprovechamiento.

Generalmente, a diferencia del uso común, el uso especial no tiene por objeto satisfacer necesidades físicas indispensables para la vida misma, sino que persiguen aumentar la espera de acción y el poderío económico del hombre (16).

En virtud de las características particulares del recurso hídrico y particularmente, de su escasez, la asignación por parte de la autoridad estatal se hace

(14) GONZÁLEZ IGLESIAS, Miguel A. (2019): «Dominio público hidráulico», en AA.VV., *Bienes públicos*, Salamanca, Ratio Legis, 3ª Ed. p. 202.

(15) Álvarez Pinzón, Gloria (2018): «La concesión de aguas», Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 25, disponible en <https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/2345>.

(16) GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O. (1998): «Derecho de aguas: uso especial de los particulares del agua del dominio público», Cassagne, Juan Carlos; dir., *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Volumen: 1, p. 1063.

en base a un sistema de prioridades. Como está sujeto a la disponibilidad del recurso y el interés público comprometido puede variar. Sin perjuicio de ello, como toda decisión estatal debe ser razonable, proporcionada y motivada.

Es decir, el orden de preferencia en los usos debe tener una lógica y encontrarse debidamente fundamentado. En tal sentido, los ordenamientos suelen contemplar un sistema de prioridades, de acuerdo a la situación geográfica y ambiental del lugar.

4. Uso especial o privativo del agua

Cabe destacar, que el uso especial o privativo le corresponde o lo ejerce en forma exclusiva o individual una persona o determinadas personas, concretamente determinada (17), importando una reserva concreta de una parte del dominio público a favor del usuario. Tales atributos lo diferencian, claramente, del uso común o general que corresponde a todo el pueblo colectivamente y de manera impersonal y anónima.

Entre los caracteres del uso especial debemos mencionar que el usuario del bien de dominio público tiene estar claramente individualizado, debe precisarse la parte o calidad del bien de dominio público a utilizarse, es limitado en el tiempo, generalmente oneroso y es siempre privativo y excluyente respecto de otros sujetos.

Sentado ello, cabe preguntarse cuál es el título habilitante en materia de uso especial de bienes de dominio público. Aquí aparecen nuevamente los múltiples enfoques. Por un lado, quienes sostienen que existen diferencias sustanciales entre la concesión o el permiso y quienes se han pronunciado por la negativa.

MARIENHOFF es de la opinión que la concesión se aplica para actividades o empresas de importancia económica o trascendencia social y el permiso no. Además, agrega que la concesión crea un derecho subjetivo que se incorpora al patrimonio de su titular mientras que el permiso genera una situación jurídica precaria que puede ser dejada sin efecto por la administración pública en cualquier momento sin derecho a indemnización (18). Este último criterio es compartido también por BIELSA (19).

(17) LISA, Federico J. (2012): «La protección del dominio público frente a la ocupación privada», en AA.VV., *Cuestiones de organización estatal, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, p. 19.

(18) MARIENHOFF, Miguel S. (1998): *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 4º Ed. T. V, p. 402.

(19) BIELSA, Rafael (1939): *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Lajouane, 3º ed. T. III, p. 29.

Sin embargo, como se ha destacado con acierto, la identificación o simbiosis entre permiso y precariedad no es tal sino que se ha ido desdibujando frente a la existencia de concesiones precarias y permisos que no pueden ser revocados (20). En muestra de ello puede citarse un caso en donde la Corte Suprema dijo que los permisos de uso o de concesiones precarias de uso de terrenos sobre playas marítimas, otorgados por el poder administrador, dejan intacto el derecho de éste para revocarlos, a pesar de las medidas de aprovechamiento e importancia de las instalaciones efectuadas por el concesionario; y tal medida no da lugar a indemnización por los daños y perjuicios causados, si como resulta en el caso, los interesados fueron notificados con anticipación de la desocupación ordenada, ajustándose por otra parte el procedimiento seguido a las normas ordinarias (21).

La precariedad no es una nota consustancial a esa figura sino que, en todo caso, debe encontrarse expresamente prevista en el título habilitante para que pueda invocarse, tal como lo exige el art. 18 de la Ley 19.549 para hacer uso de la potestad revocatoria por parte de la administración pública (22).

En particular, en lo referido al recurso hídrico los usos especiales se materializan a través de permisos y concesiones que determinarán la extensión y modalidades del derecho de uso. Es decir, que nadie puede usar del agua pública, de manera privativa, sin tener el título habilitante correspondiente (23).

La utilización de tales figuras constituye una cuestión de índole normativa que es determinada por la jurisdicción correspondiente en base a la disponibilidad del recurso hídrico.

Entre los diversos usos especiales cabe mencionar los siguientes: a) Doméstico; b) Industrial; c) Agrícola; d) Pecuario; e) Energético; f) Recreativo; g) Minero; h) Medicinal e i) Piscícola.

En el caso de los usos especiales del agua, únicamente pueden realizar las personas que hayan adquirido la respectiva facultad conforme el ordenamiento vigente (24).

Esa circunstancia implica que los derechos de la concesión de uso de un bien de dominio público cuando se han puesto en ejecución generan un

(20) GRECCO, Carlos M., y MUÑOZ, Guillermo A. (1992): *La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*, Buenos Aires, Depalma, pp. 128 y 129.

(21) Fallos, 165:406, «Dondero, Juan; Riso Agustín y Tubio Manuel Eiras v. Prov. de Bs. Aires» (1932).

(22) BUTELER, Alfonso (2013): «Revocación de actos administrativos por conocimiento del vicio. Inconstitucionalidad», Buenos Aires, La Ley 2013-E, 1143.

(23) DIEZ, Manuel M (1987): *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, T. IV, p. 521.

(24) *Ibidem*.

derecho adquirido y, por lo tanto, se incorpora al derecho de propiedad de su titular (art. 17 CN y art. Ley 19.549).

Esto que se afirma es sostenido por MARIENHOFF cuando señala que «El derecho emanado de una concesión del uso del agua pública constituye, pues, un derecho subjetivo, criterio que comparten calificados escritores; dado su origen, constituye un derecho público subjetivo. Y siendo así, es evidente que se trata de un derecho que integra el concepto constitucional de propiedad y que goza de todas las prerrogativas y garantías acordadas a la misma por la Constitución» (25).

Con idéntica orientación, ALTAMIRA GIGENA, opina que «Es también un uso especial en que concede mediante el contrato administrativo de concesión de uso, en virtud del cual el concesionario se encuentra en una situación jurídica contractual, y durante su vigencia tiene un derecho subjetivo de carácter administrativo que debe ser respetado por la administración, caso contrario genera responsabilidad estatal por todos los daños y perjuicios que tal decisión revocatoria le haya producido» (26).

En esa misma línea, MAYER considera que la concesión implica «constituir un poder jurídico sobre la cosa, una parte de la cual se entregará al concesionario para que haga de ella un uso especial» (27).

Con esa tónica, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al señalar que el derecho de uso que surge de la concesión de un bien de dominio público estatal constituye un derecho subjetivo que queda protegido por las garantías constitucionales de la propiedad (28).

VI. LA CONCESIÓN DE AGUAS

1. Introducción

Como vimos, el uso privativo de agua debe materializarse a través de concesiones o permisos. Dado el objeto del presente trabajo analizaremos seguidamente la cuestión relativa a la concesión de aguas.

Como características particulares de la concesión del recurso hídrico se ha dicho que: a) Es un acto unilateral del Estado; b) Confiere exclusivamente el uso de las aguas; c) Requiere solicitud de la parte interesada; d) Es un acto

(25) MARIENHOFF, Miguel S. (1996): *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 3º Ed. T. VI, p. 791.

(26) ALTAMIRA GIGENA, Julio I. (2005): *Lecciones de derecho administrativo*, Córdoba, Advocatus, p. 406.

(27) MAYER, O., *op. cit.*, T. III, p. 246.

(28) Fallos, 145: 327.

condicionado y e) Está sujeto a la disponibilidad del recurso y a las necesidades del uso al cual se destina (29).

2. Naturaleza

Es importante destacar que existen ciertas dificultades al momento de analizar la naturaleza jurídica de la concesión de aguas.

Es complejidad viene dada, en primer término, por el enorme abanico de concesiones existentes en la materia y las singularidades que cada una de ellas presenta, directamente arraigada a la necesidad que pretende satisfacer. Tal situación impone soluciones segmentadas y dificulta la fijación de reglas generales aplicables a todos los supuestos.

Sin perjuicio de ello, se han formulado diversas teorías sobre la naturaleza de la concesión de aguas.

Para algunos se trata de un derecho real administrativo en cabeza del concesionario (30). Incluso, como veremos luego, ciertos ordenamientos jurídicos caracterizan a algunas concesiones de agua como reales.

Con relación a ello, se ha dicho que «los derechos al uso privativo del dominio público hidráulico se configuran como derechos reales administrativos que otorgan a su titular una serie de facultades para el aprovechamiento exclusivo que lo integran; es decir, son derechos de contenido patrimonial, inscribibles en el Registro de la Propiedad, que se oponen tanto frente a terceros como frente a la propia Administración que los ha otorgado» (31).

En tal sentido, el régimen de Aguas de la Provincia de Buenos Aires estipula lo siguiente: «Los escribanos solo podrán otorgar escrituras de transferencia de derechos reales sobre inmuebles situados en las zonas que la Autoridad del Agua determine previa certificación del derecho al uso del agua que le sea inherente y de que no adeuda suma alguna por tal concepto» (Art. 15) y que «Las concesiones y permisos para usar y gozar del agua constituyen un derecho accesorio e inseparable del inmueble para cuyo beneficio se otorguen y se transmite de pleno derecho a los adquirentes de su dominio. Si el inmueble se fraccionara, la Autoridad del Agua podrá distribuir entre las nuevas unidades inmobiliarias los beneficios, de que gozaba el anterior inmueble, siempre que ello no impidiese su adecuada explotación» (Art. 28).

Desde otra perspectiva puede pensarse que se trata de un derecho derivado de un acto administrativo. En tal supuesto, estamos en presencia de un

(29) ÁLVAREZ PINZÓN, G., *op. cit.*

(30) MARIENHOFF, M. (1996) *Tratado de derecho administrativo, op. cit.*, T. VI, p. 792.

(31) GONZÁLEZ IGLESIAS, M., *op. cit.*, p. 204.

derecho conferido por el Estado a requerimiento del interesado y que se plasma en un acto administrativo.

Asimismo, otros sostienen que se trata de un contrato (32), como ocurre en el caso de la concesión para la explotación del servicio público de suministro de agua.

3. La priorización del otorgamiento y ejercicio concesional

Dado que se trata de un recurso generalmente escaso, los sistemas jurídicos suelen establecer un orden de prioridades para el otorgamiento y ejercicio de concesiones en caso que concurren solicitudes que tengan por objeto distintos aprovechamientos, de interferencias en el uso, o falta o disminución del recurso. En general, el uso doméstico suele ocupar en primer lugar en el orden de prioridades.

A modo de ejemplo puede citarse el Código de Aguas de la Provincia de Córdoba cuando señala que: «Para el otorgamiento y ejercicio de concesiones en caso que concurren solicitudes que tengan por objeto distintos aprovechamientos, de interferencias en el uso, o falta o disminución del recurso, se establecen las siguientes prioridades: "1º) Para uso doméstico y municipal y abastecimiento de poblaciones. 2º) Uso industrial. 3º) Uso agrícola. 4º) Uso pecuario. 5º) Uso energético. 6º) Uso recreativo. 7º) Uso minero. 8º) Uso medicinal. 9º) Uso piscícola". Para zonas determinadas, con carácter general, en función del interés social o para lograr mayor eficacia y rentabilidad en el uso del agua, el Poder Ejecutivo, por resolución fundada, podrá alterar el orden de prioridades establecido en el presente artículo. El cambio o alteración de prioridades no afectará a las concesiones ya acordadas» (Art. 59).

4. Modo de aprovechamiento

La concesión debe establecer la dotación que corresponde al destinatario, la forma y modo del aprovechamiento según sea la clase de uso que ha otorgado la administración. La dotación del recurso hídrico puede concederse por volumen durante un tiempo establecido o volumen durante un tiempo establecido para una superficie determinada, conforme a necesidades del concesionario y disponibilidad de agua.

5. Modalidades de concesión

Las modalidades de concesión de aguas varían ampliamente en el derecho comparado tanto nacional como local, si pensamos en países organizados

(32) ALLENDE, Guillermo (1971): *Derecho de aguas con acotaciones hidrológicas*, Eudeba, p. 242.

bajo la forma federal. Sin perjuicio de ello, es común que las concesiones se clasifiquen en sistemas explotados y no explotados.

Se suele denominarse sistema al área territorial dentro de la cual es conveniente y beneficioso el uso de aguas de una fuente determinada (33).

La modalidad de concesión bajo un sistema explotado se presenta en aquellos casos en los que la administración pública competente ha construido obras para posibilitar o mejorar el uso de las aguas o la defensa contra sus efectos nocivos o que no habiendo sido construidos por Estado requieran de ésta o de la autoridad de aplicación trabajos permanentes de conservación o mejoramiento.

En cambio, los sistemas no explotados son aquellos en donde las obras para uso de las aguas o defensa contra sus efectos nocivos y su conservación, deben ser ejecutadas por particulares que reciben el título habilitante.

6. Modificación

Como vimos, el otorgamiento de un título habilitante en materia de aguas se encuentra estrechamente vinculado a la disponibilidad del recurso.

Esta circunstancia deriva en que la concesión pueda sufrir modificaciones. Desde la doctrina se ha señalado que ello puede darse en el caso de que se configure alguna de las siguientes situaciones: a) Cuando se quieran cambiar las condiciones en que fue otorgada la concesión y que quedaron inmersas en la resolución de otorgamiento; b) En aquellos supuestos en que se produzca el agotamiento de las aguas o cambio en las condiciones hidrogeológicas que se tuvieron en cuenta para otorgarla; c) Cuando el concesionario necesita incorporar en la concesión el reuso propio de las aguas residuales, también llamado reuso interno y d) Cuando el concesionario requiere hacer entrega de las aguas residuales tratadas a un tercero con fines de reuso (34).

Desde nuestra perspectiva las posibilidades de modificar una concesión se encuentra determinada por la naturaleza de la concesión, es decir, si es real, contractual o si se deriva de un acto administrativo. Pues, cada uno de estos ámbitos es gobernado por reglas diferentes.

7. Clasificación

Como dijimos existen numerosas clases de usos privativos del recurso hídrico. De tal cuestión se deriva que las concesiones de agua admiten diversas clasificaciones.

(33) Art. 30 del Código de Aguas de la Provincia de Córdoba.

(34) ÁLVAREZ PINZÓN, G., *op. cit.*

a) *Según la prioridad en el uso: concesiones permanentes y eventuales:* Las primeras tienen vocación de permanencia y sus titulares tienen derecho a recibir prioritariamente la dotación otorgada, respecto de los titulares de concesiones eventuales. Es importante destacar que ante un supuesto de escasez del recurso, pueden ser sujetas a turno o reducción proporcional.

Las concesiones eventuales, en cambio, responden a una situación particular; reciben su dotación después de satisfechas las concesiones y según el orden de su otorgamiento.

b) *De acuerdo a la permanencia en el uso: concesiones continuas y discontinuas:* Las concesiones continuas —permanentes o eventuales— tienen derecho a recibir una dotación establecida por la autoridad de aplicación. Las concesiones discontinuas —permanentes o eventuales— poseen derecho a recibir una dotación establecida por la autoridad de aplicación de este código en una determinada época, de acuerdo a la disponibilidad de agua y necesidades del concesionario.

c) *Según el aspecto temporal del uso: Concesiones perpetuas, temporarias e indefinidas:* Las primeras confieren al titular el derecho al uso sin límite de tiempo, es decir, para siempre (35). La concesión para uso pecuario o de riego suele ser un ejemplo de esta especie.

Es importante destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en contra de la posibilidad de que existan concesiones de carácter perpetuo (36).

Las concesiones temporarias, por su parte, confieren el derecho de uso por el plazo establecido en por la normativa aplicable o en el título de otorgamiento. La concesión para uso recreativo, turismo o esparcimiento público suele ser temporaria.

Las concesiones indefinidas, en cambio, están sujetas al cumplimiento de una condición resolutoria expresada en la ley o en el título de otorgamiento. Como ejemplo puede citarse el caso de la concesión para uso energético o minero.

d) *Concesiones reales o personales.* Las concesiones pueden ser otorgadas a una actividad determinada, una industria o a un inmueble en cuyo caso son inherentes a él, esto es son reales; o a un sujeto determinado. Es el caso de las personales.

La concesión para uso pecuario o de riego, para uso energético suelen ser reales. También, lo son la concesión de uso de agua para bebida, riego

(35) MARIENHOFF, M. (1996): *Tratado de derecho administrativo, op. cit.*, T. VI, p. 796.

(36) Fallos 30: 447.

de jardines, usos domésticos y municipales, tales como riego de arbolado, paseos públicos, limpieza de calles, extinción de incendios y servicios cloacales.

En cambio, las concesiones para uso recreativo, turismo o esparcimiento público suelen ser otorgadas de manera personal.

e) *Concesión forzosa e irrenunciable*: La concesión de recibir agua para usos domésticos es irrenunciable. Esto suele vincularse a cuestiones de salud pública. Por tal motivo, en tales supuestos no se permite que los servicios públicos vinculados al agua puedan suspenderse por falta de pago ni por ningún otra causa, salvo autorización normativa expresa.

8. Especies de concesiones de agua

Como dijimos con anterioridad, existen numerosas clases de concesiones cada una de las cuales presenta particularidades propias que merecen ser destacadas.

a) *Riego*: Las concesiones para riego se otorgan a propietarios de predios para la producción agrícola ganadera, generalmente por volumen y teniendo en cuenta la superficie que debe recibir el recurso. Se trata de concesiones perpetuas y reales que, generalmente, se otorgan por superficie.

Según se ha señalado desde la doctrina este tipo de concesión es meramente constitutiva de un derecho de uso (37).

b) *Minería*: En este caso mediante la concesión se concede el uso y consumo de aguas alumbradas con motivo de explotaciones mineras o petroleras. También queda comprendida la concesión el uso de aguas o álveos públicos en labores mineras.

En tales casos el aprovechamiento se da mediante dos formas. En primer lugar, mediante el uso directo, es decir, mediante la extracción de minerales contenidos en el agua mediante un proceso de concentración o beneficio, de cursos, corrientes, cuerpos y/o embalses de agua tanto superficiales como subterráneos. Queda incluida la extracción de sales de cuerpos líquidos y la obtención de elementos minerales de aguas subterráneas.

En segundo término, a través del uso indirecto, esto es, cuando el agua se utiliza como coadyuvante para la extracción de otros elementos, como la recuperación secundaria de petróleo o gas, o cuando la extracción minera está vinculada al recurso hídrico tal como sucede en la obtención de áridos, u otros materiales de construcción en playas fluviales o marinas, sectores adyacentes a obras hidráulicas, planicies aluviales, cauces o lechos de agua (38).

(37) MARIENHOFF, M. (1996): *Tratado de derecho administrativo, op. cit.*, T. VI, p. 798.

(38) Art. 77 Código de Aguas de la Provincia de Buenos Aires.

Vale recordar que las aguas minerales pueden clasificarse en aguas mine-ro-medicinales y aguas minero-industriales. Las primeras son las alumbreadas natural o artificialmente que se declaren de utilidad pública debido a sus características y cualidades. Las segundas, en cambio, son las que permiten el aprovechamiento racional de las sustancias que contienen.

Asimismo, debe mencionarse a las aguas termales que son aquellas que cuya temperatura de surgencia es superior en cuatro grados centígrados a la media anual del lugar donde alumbren (39).

Este tipo de concesión suele ser real e indefinida. Es muy importante la intervención de la autoridad minera.

c) *Medicinal*: También pueden otorgarse concesiones para el uso o explotación de aguas dotadas de propiedades terapéuticas o curativas. Es importante señalar que, con necesaria intervención de la autoridad en materia sanitaria, la administración pública competente en lo relativo a los recursos hídricos se encuentra habilitada para establecer zonas de protección para evitar que se afecten fuentes de aguas medicinales.

Estamos en presencia de concesiones que suelen ser caracterizadas como personales y temporarias.

Para el otorgamiento de este tipo de títulos habilitantes resulta de importancia asegurar la intervención de la autoridad sanitaria.

d) *Uso energético*: También pueden otorgarse concesiones de agua para uso energético en las cuales las centrales hidroeléctricas funcionen mediante bombeo con recirculación, cuando se emplee la fuerza del agua para uso cinético directo (rueda, turbina, molinos) para generación de electricidad;

Previo, a su otorgamiento resulta necesario asegurar la intervención de autoridad energética nacional.

Esta cuestión, se encuentra expresamente receptada en la Ley de Energía Eléctrica n° 15.336 (40) cuando señala que «La energía de las caídas de agua y de otras fuentes hidráulicas, comprendidos los mares y los lagos, constituye una cosa jurídicamente considerada como distinta del agua y de las tierras que integran dichas fuentes. El derecho de utilizar la energía hidráulica no implica el modificar el uso y fines a que estén destinadas estas aguas y tierras, salvo en la medida estrictamente indispensable que lo requieran la instalación y operación de los correspondientes sistemas de obras de capacitación, conducción y generación, de acuerdo con las disposiciones particulares aplicables en cada caso» (41).

(39) GONZÁLEZ IGLESIAS, Miguel A. (2019): «Dominio público minero», en AA.VV., *Bienes públicos*, Salamanca, Ratio Legis, 3ra. Ed. p. 252.

(40) BO. 22/9/1960.

(41) Art. 5.

Con relación a esta cuestión, debemos señalar que la competencia a los fines de autorizar el uso del agua para generar energía eléctrica. El agua, en estos casos, proviene del curso de los ríos, la mayoría de los cuales transcurre por más de una provincia o son limítrofes con otros países.

Primero, para represar el agua en un embalse debe contarse con la autorización de la provincia donde se asiente, o a más de una en caso de estar sobre un límite interprovincial. Posteriormente, si el represamiento afecta a otra jurisdicción aguas arriba o debajo de donde está ubicada la instalación, debe contar con el título habilitante de esas provincias.

En el supuesto en que se afecte a más de dos provincias o cuando se encuentre organizada el comité de cuencas respectivos, debe intervenir el Comité Interjurisdiccional de Cuencas Hídricas, que estipula la ley 25.688 (42). Cabe destacar que el referido comité es el encargado de autorizar el aludido uso hidroeléctrico. En la hipótesis de que no se verifique la existencia de un comité, resulta competente el Estado federal para fijar las condiciones y otorgar el permiso correspondiente a través de sus autoridades sectoriales.

Con relación a las represas ubicadas sobre ríos internacionales, las provincias mantienen su regulación sobre el recurso agua, pero no sobre la represa en sí misma, el uso eléctrico, y las cuestiones limítrofes y de acuerdos internacionales sobre el aprovechamiento. No debe pasarse por alto que dichas represas quedan alcanzadas por el concepto de establecimientos de utilidad nacional prescripta en el art. 75 inc. 30 de la Carta Magna.

e) *Uso Piscícola*: Asimismo, puede otorgarse concesiones para uso piscícola, para el establecimiento de viveros o el uso de cursos de aguas o lagos naturales o artificiales para siembras, cría, recolección de pesca de animales, o plantas acuáticas. Este tipo de concesiones suelen ser caracterizadas como personales y temporarias.

f) *Industrial*: La concesión para uso industrial se otorga con la finalidad de emplear el agua para producir calor, como refrigerante, como materia prima, disolvente reactivo, como medio de lavado, purificación, separación o eliminación de materiales o como componente o coadyuvante en cualquier proceso de elaboración, transformación o producción. Esta concesión es real e indefinida y puede otorgarse con o sin consumo de agua.

g) *Recreativo*: La autoridad competente en materia de recurso hídrico se encuentra habilitada para otorgar concesiones de uso de tramos de cursos de agua, áreas de lagos, embalses, playas e instalaciones para recreación, turismo o esparcimiento público.

Asimismo, puede otorgar concesiones de uso de agua para piscinas o balnearios, parques acuáticos.

(42) BO 3/1/2003.

Esta especie de concesión suele ser considerada como personal y temporaria.

h) Uso empresario: Asimismo, puede otorgarse el uso especial a entidades estatales o a particulares el derecho de estudiar, proyectar, construir y explotar obras hidráulicas (43), suministro de aguas o prestar un servicio de interés general.

i) Para la prestación de servicio público: También puede otorgarse la concesión del recurso hídrico para el suministro de aguas o prestación de un servicio. El título de la concesión establecerá el régimen de tarifas, su control y las relaciones entre el concesionario y los usuarios.

En estos casos, como puede apreciarse, se da una coincidencia entre el uso especial y el servicio público (44).

Las concesiones de servicios a ser prestados con aguas o para los que sea necesario utilizar agua se regirán por las leyes respectivas, pero el concesionario en todos los casos deberá previamente obtener concesión de uso de agua conforme a este código y su reglamentación.

Aquí aparece la necesidad de realizar procedimiento de selección previo a la adjudicación del contrato.

La provisión de agua es considerada habitualmente como un servicio público por los distintos marcos regulatorios. Esto implica, como podrá advertirse, otorgarle al agua un valor económico. Esta circunstancia, no puede obviarse, parece colisionar con la circunstancia de que se trata de un recurso escaso y fundamental y por lo tanto, en donde el prestador debe desalentar su consumo, con el consiguiente impacto en la cuestión tarifaria.

Sin perjuicio de ello y del análisis de esa circunstancia que excede el objeto de este trabajo, debe destacarse que a diferencia de la naturaleza federal que poseen otros servicios públicos como el gas o la electricidad, el agua potable atravesó en la década de 1980 en la República Argentina el proceso de provincialización de las redes razón por la cual fueron las provincias las

(43) Es importante señalar que La Ley 23.879 refiere al impacto ambiental por obras hidráulicas exigiendo su realización para las represas construidas, en construcción y/o planificadas, sean éstas nacionales o extranacionales. Incluso, se prevé la implementación de un estudio para la prevención de ciertas enfermedades que puedan provocar las represas construidas o a construirse.

También, mediante la ley 24.583 se creó el Ente Nacional de Obras Hídricas de saneamiento (ENOHSA) para organizar y administrar la ejecución y/o instrumentación de los Programas de Desarrollo de Infraestructura que deriven de las políticas nacionales del sector. Dichas políticas y programas deberán comprender, armonizar, coordinar y promover las estrategias y acciones provinciales y municipales, tanto sean públicas o privadas que estuvieren orientadas al mismo objetivo.

(44) DIEZ, M., *op. cit.*, T. IV, p. 522.

que encararon sus propios procesos de privatización que se instrumentaron a partir de 1989, por lo general, a través de técnicas concesionales (45) estatuéndose, asimismo, autoridades regulatorias locales.

No puede pasarse por alto que en materia de servicio de agua la circunstancia de que la «multijurisdiccionalidad» del servicio resulta frecuente en virtud del ciclo integrado del agua (46). Es decir, que confluyen en este punto tanto la jurisdicción federal como provincial del recurso.

El servicio de agua, normalmente, es prestado a través de un monopolio natural; modalidad que se impone frente a la conveniencia de no derrochar capital de infraestructura (47), lo que de ser de otro modo tornaría antieconómico el servicio o la elevación de los costos con un fuerte impacto sobre las tarifas.

Cabe destacar que el art. 1 del marco regulatorio federal (Ley 26.221) cataloga al servicio como público y lo define como «la captación y potabilización de agua cruda, transporte, distribución y comercialización de agua potable; la colección, transporte, tratamiento, disposición y comercialización de desagües cloacales, incluyéndose también aquellos efluentes industriales que el régimen vigente permita se viertan al sistema cloacal y su fiscalización».

j) *Pecuario*: En este supuesto la concesión se otorga para bañar o abrevar ganado propio o ajeno.

9. Efectos de la veda y reserva

Otra cuestión que se deriva del hecho de que el agua constituye un recurso escaso es que la autoridad de aplicación puede disponer espacios temporales de veda y reserva.

Durante el período de reserva o de veda no se acuerdan concesiones del recurso reservado ni del uso vedado pero pueden otorgarse permisos precarios sujetos a las condiciones de la reserva. Además, durante la época de reserva pueden recibirse solicitudes de concesión registrándolas para tramitarlas con la prioridad que corresponda cuando se levante la reserva (48).

En tal orden de ideas, el régimen jurídico de la provincia de Buenos Aires estipula que la autoridad en materia de recurso hídrico puede mediante

(45) Tal es el caso de la Ciudad de Córdoba en donde se otorgó la concesión del servicio a la empresa Aguas Cordobesas S.A.

(46) ROSSI, Alejandro (1999): «El diseño de pliegos para el concesionamiento de agua potable y saneamiento en la Argentina», Buenos Aires: *RAP Revista del Régimen de la Administración Pública*, Año XXII, número 255, p. 91.

(47) MATA, Ismael (2005): «Lineamientos del régimen jurídico del agua potable y saneamiento», en AA.VV., *Servicio público, policía y fomento*, Buenos Aires, RAP, 2ª Ed., p. 528.

(48) En tal sentido, los arts. 8 y 9 del Código de Aguas de la Provincia de Córdoba.

un acto administrativo fundado prohibir el uso recreativo y el abastecimiento doméstico o el urbano de determinadas aguas, a los fines salvaguardar de la salud pública, sin pagar indemnización alguna (49).

10. Registro de usos y concesiones

Es habitual que la autoridad competente en materia de recursos hídricos lleve un registro sobre las aguas públicas otorgadas en uso mediante concesión o permiso (50). Además, la debida registración se impone para que la administración a cargo tenga conocimiento de los usos vigentes y puede adecuar el otorgamiento de títulos habilitantes y regular correctamente las prioridades.

11. Suspensión

También, puede tener lugar la suspensión de la concesión de aguas. Ello puede estar motivado, principalmente, en dos razones:

a) Por incumplimientos del concesionario, lo que importa la aplicación de una sanción que debe estar precedida del ejercicio del derecho de defensa.

b) La suspensión de las concesiones permanente derivada de la escasez, falta de caudal, o de calidad del recurso. En el supuesto en que la suspensión sea para abastecer concesiones que tienen prioridad, el Estado debe indemnizar el daño emergente que se cause al concesionario (51).

Asimismo, la suspensión de los derechos emanados de la concesión puede ser total o parcial, pudiendo ser de carácter temporal.

Incluso, en algunos supuestos, la normativa autoriza el establecimiento de un sistema de turnos de abastecimiento ante la insuficiencia de caudal o disminuir proporcionalmente a sus titulares los volúmenes de aguas (52).

12. La contraprestación

Es importante destacar que el uso del agua pública puede ser oneroso o gratuito. En el caso de los usos generales suele ser gratuita mientras que en el supuesto de los usos especiales es onerosa.

La contraprestación por el derecho al uso del agua pública puede adoptar las siguientes modalidades:

(49) Art. 7 Ley de Aguas de la Provincia de Buenos Aires.

(50) Art. 19 del Código de Aguas de la Provincia de Córdoba.

(51) En tal sentido, el art. 86 del Código de Aguas de la Provincia de Córdoba.
Art. 7 Ley de Aguas de la Provincia de Buenos Aires.

(52) Art. 46 Ley de Aguas de la Provincia de Buenos Aires.

- a) Pago de una suma de dinero en concepto de canon.
- b) En otros casos se ha admitido que consista en otra cosa como la entrega de una porción de tierra al Estado (53).
- c) La prorrata consiste en la cuota parte que debe abonar cada concesionario para cubrir los gastos requeridos por la conservación y construcción de las obras de riego y por la administración de las mismas, reparto de agua. El monto se divide por la cantidad de hectáreas a regar de manera proporcional entre los beneficiarios (54).

13. Extinción

Finalmente, es importante puntualizar que existen diversas causas extintivas de la concesión de aguas. En este asunto tiene singular relevancia la naturaleza jurídica que se le asigne al título habilitante para el uso exclusivo del agua y, también, la particularidad de tratarse de un recurso escaso.

a) *Vencimiento del plazo*: El vencimiento del plazo por el cual fue otorgada la concesión produce su extinción del derecho de uso concedido. Ante ello adquiere relevancia indagar sobre qué ocurre con las instalaciones y mejoras hechas por el concesionario. Esto es si éstas pasan al dominio del Estado y, en su caso, si debe abonarse una indemnización.

b) *Renuncia*: La concesión finaliza, asimismo, por la renuncia de su titular y su aceptación por la administración en un plazo que debe ser razonable.

c) *Caducidad*: También, el derecho al uso privativo del recurso hídrico puede producirse por diversas razones tales como el incumplimiento por parte del concesionario de la obligación de realizar obras, trabajos o estudios exigidas por la autoridad de aplicación en el título habilitante, por la aplicación de una sanción, por la deficiente prestación de servicio en el caso de concesión empresarial, por incumplimiento en el pago de un canon, debido al cese de la actividad que motivó el otorgamiento, por ceder a terceros el derecho al uso del recurso sin autorización de la autoridad competente por utilizar el agua en uso distinto del concedido, entre otras.

Dado su naturaleza sancionatoria, conforme lo ha reconocido la Corte Suprema (55), previo a disponer la caducidad de la concesión, debe permitirse un adecuado ejercicio del derecho de defensa y cumplirse con el debido procedimiento previo.

(53) En tal sentido, la Ley 430 de la Provincia de Mendoza dice «oda concesión de aprovechamiento de agua lleva consigo la obligación de donar a la provincia cinco hectáreas de tierra por cada quinientas hectáreas sobre las cuales se acuerde aquella».

(54) MARIENHOFF, M. (1996): *Tratado de derecho administrativo*, op. cit., T. VI, p. 818.

(55) Fallos 138: 257, 192: 408.

d) *Revocación*: Las posibilidades de su revocación, sea por razones de ilegitimidad o por motivos de interés público, también posee estrecha vinculación con la naturaleza jurídica que se le asigne al título habilitante.

Desde la doctrina, se ha considerado que la concesión de uso sobre el agua pública no es revocable por motivo alguno (56).

d) *Falta de objeto concesible*: La concesión de aguas puede extinguirse, asimismo, a causa del agotamiento de la fuente de provisión por perder el recurso hídrico la aptitud para servir al uso para el que fueron concedidas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALLENDE, Guillermo (1971): *Derecho de aguas con acotaciones hidrológicas*, Eudeba.
- ALTAMIRA GIGENA, Julio I (2005): *Lecciones de derecho administrativo*, Córdoba, Advocatus.
- ÁLVAREZ PINZÓN, Gloria (2018): *La concesión de aguas*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 25, disponible en <https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/2345>.
- BIELSA, Rafael (1939): *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Lajouane, 3ª ed. T. III.
- BUTELER, Alfonso (2013): *Revocación de actos administrativos por conocimiento del vicio. Inconstitucionalidad*, Buenos Aires, La Ley 2013-E, 1143.
- (2021): «Jurisdicción, competencia y dominio del agua en la República Argentina», en AA.VV., *Lecturas de derecho de aguas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia (Julián A. Pimiento Echeverri y Gerardo García Álvarez, coordinadores).
- CASARINI, Luis E. (2013): *El elemento teleológico en los bienes de dominio público*, Buenos Aires: La Ley 2013-C, p. 62.
- CASSAGNE, Juan Carlos y DE LA RIVA, Ignacio (2015): «Proyección, trayectoria y significado actual del dominio público en la Argentina», en AA.VV., *El dominio público en Europa y América Latina*, Perú: Círculo de derecho administrativo, p. 243.
- DE LA RIVA, Ignacio (2017): «La protección del patrimonio cultural en el derecho argentino», en AA.VV. *Patrimonio cultural en Europa y Latinoamericana*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (Fernando López Ramón, coordinador): p. 170.

(56) MARIENHOFF, M. (1996): *Tratado de derecho administrativo*, op. cit., T. VI, p. 806.

- DIEZ, Manuel M. (1987): *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, T. IV.
- *Naturaleza jurídica del derecho del Estado sobre el dominio público*, Buenos Aires: La Ley, t. 18, p. 66.
- FALBO, Aníbal (2009): *Derecho ambiental*, Buenos Aires: Librería Editora Platense.
- GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O. (1998): «Derecho de aguas: uso especial de los particulares del agua del dominio público», en Cassagne, Juan Carlos (dir.), *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Volumen: 1, p. 1063.
- GONZÁLEZ IGLESIAS, Miguel A. (2019): «Dominio público hidráulico», en AA.VV., *Bienes públicos*, Salamanca, Ratio Legis, 3^o Ed.
- (2019): «Dominio público minero», en AA.VV., *Bienes públicos*, Salamanca, Ratio Legis, 3^o Ed.
- GONZÁLEZ MORAS, Juan Martín (2018): «El dominio público en el Código Civil y Comercial», en AA.VV., *El Código Civil y Comercial de la Nación y el impacto en el derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley (Ramón D. Pizarro y Alfonso Buteler, directores) p. 360.
- GRECCO, Carlos M., y MUÑOZ, Guillermo A. (1992): *La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*, Buenos Aires, Depalma.
- LISA, Federico J. (2012): «La protección del dominio público frente a la ocupación privada», en AA.VV., *Cuestiones de organización estatal, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, p. 19.
- MARIENHOFF, Miguel S. (1998): *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 4^o Ed. T. V.
- (1996): *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 3^o Ed. T. VI.
- MARTIN, Liber (2014): «Concesión y permiso de aguas: naturaleza jurídica y revocación», Buenos Aires: RAP, *Revista del Régimen de la Administración Pública*, Año XXXVI n^o 429, junio 2014, p. 166.
- MATA, Ismael (2005): «Lineamientos del régimen jurídico del agua potable y saneamiento», en AA.VV., *Servicio público, policía y fomento*, Buenos Aires, RAP, 2^o Ed., p. 528.
- MAYER, Otto (1982): *Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, Depalma, 2 Ed. T. III.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (1983): «Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general», Madrid, *Revista de Administración Pública* n^o 100-102, p. 2404.

- PASTORINO, Leonardo F. (2016): «El derecho del agua en la Argentina», Buenos Aires: Abeledo Perrot, *Revista Derecho Ambiental*, n° 47, 08/09/2016, p. 199.
- PINTO Mauricio y MARTÍN, Liber (2018): «Análisis crítico del impacto del nuevo Código Civil y Comercial en el derecho de aguas», en AAVV, *El Código Civil y Comercial de la Nación y el impacto en el derecho administrativo*, Buenos Aires: La Ley (Ramón D. Pizarro y Alfonso Buteler, directores), p. 417.
- QUIROGA LAVIE, Humberto (2012): *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Buenos Aires: Zavalía, 5ª ed. actualizada.
- ROSSI, Alejandro (1999): «El diseño de pliegos para el concesionamiento de agua potable y saneamiento en la Argentina», Buenos Aires: *RAP Revista del Régimen de la Administración Pública*, Año XXII, n° 255, p. 91.

APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DE LA CONCESIÓN DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS EN VENEZUELA

MIGUEL ÁNGEL TORREALBA SÁNCHEZ

Miguel Ángel: Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Central de Venezuela

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA CONCESIÓN DE APROVECHAMIENTO DE RECURSOS HÍDRICOS COMO EJEMPLO DE CONCESIÓN DE USO DE BIENES DEMANIALES ANTE LA CARENCIA DE UN RÉGIMEN INTEGRAL GENERAL DE ESTE TIPO DE CONCESIONES.– II. BREVE REFERENCIA A LA CONCESIÓN DE BIENES DEMANIALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO: 1. La dispersa e incompleta regulación de la concesión de bienes demaniales en el ordenamiento jurídico venezolano y sus efectos en la ausencia de una teoría general de esa categoría jurídica en la doctrina. 2. El tradicional desarrollo legal y doctrinal de las concesiones mineras y de hidrocarburos frente a la escasez de estudios respecto a concesiones de otros bienes del dominio público. 3. Los principales elementos de las concesiones demaniales que pueden extraerse del Derecho positivo: A) La naturaleza contractual de la concesión. B) La existencia de un derecho real administrativo del concesionario a pesar del régimen legal general. C) El carácter predominantemente reglado de la concesión. D) La inexistencia de concesiones a perpetuidad.– III. LA CONCESIÓN DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS: 1. Antecedentes normativos. 2. Su mayor importancia teórica luego de la publicación constitucional de los recursos hídricos. 3. Distinción con otras figuras afines de aprovechamiento de los recursos hídricos (asignaciones y licencias). 4. Naturaleza jurídica contractual regulada por el Derecho Público. 5. Objeto y beneficiarios. 6. Limitada discrecionalidad en el otorgamiento. 7. Efecto: otorgamiento de un derecho real administrativo. 8. Carácter personalísimo vs. finalidad. 9. Contraprestación. 10. Plazo y causales de nulidad. 11. Otras particularidades de la concesión. 12. Procedimiento para el otorgamiento: A) Preliminar. B) Inicio. C) Sustanciación. D) Oposición. E) Terminación.– IV. CONSIDERACIONES FINALES.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Se describe la regulación de la concesión de aprovechamiento de aguas en Venezuela.

Palabras clave: concesión; dominio público; agua; aprovechamiento; recursos hídricos.

ABSTRACT: *The regulation of the concession for the exploitation of water resources in Venezuela is described.*

Key words: *concession; public domain; water; exploitation; water resources.*

I. INTRODUCCIÓN. LA CONCESIÓN DE APROVECHAMIENTO DE RECURSOS HÍDRICOS COMO EJEMPLO DE CONCESIÓN DE USO DE BIENES DEMANIALES ANTE LA CARENCIA DE UN RÉGIMEN INTEGRAL GENERAL DE ESTE TIPO DE CONCESIONES

No existe en el ordenamiento jurídico venezolano un régimen general —ni mucho menos una teoría general— de las concesiones del dominio público (1). Su regulación se encuentra dispersa entre unas pocas disposiciones contenidas en el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos (en lo sucesivo Ley Orgánica de Bienes Públicos) (2) así como alguna referencia en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (3), complementada con la aplicación supletoria del Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica sobre la promoción de la inversión privada bajo el régimen de Concesiones (4). Y, por último en el sentido de lo general a lo particular, por lo dispuesto en leyes destinadas a normar ámbitos sectoriales (hidrocarburos, minas, bosques, aguas, telecomunicaciones, zonas costeras, entre otras).

Así pues, para describir cómo se regula en Venezuela a las concesiones demaniales hemos optado por referir muy brevemente, en una primera parte, a ese marco legal, procurando sistematizarlo y presentarlo en una resumida visión de conjunto. Y, en segundo término, intentar una primera aproximación al estudio de una de las concesiones reguladas en ley especial, a saber: la de aprovechamiento de recursos hídricos, como ejemplo de desarrollo de ese marco general para un ámbito sectorial.

Comencemos el abordaje entonces de la primera parte a continuación.

(1) En similar sentido: J.I. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2006: 637). Ello, a pesar de que en ordenamientos más avanzados se sostenga la unidad de la concesión como categoría jurídica —en cuanto a estructura y esquema— como decisión administrativa-actuación convencional (Cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, 1993: 957).

(2) Decreto 1.407 del 13/11/14 con rango, valor y fuerza de ley de reforma parcial del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos. G.O. Núm. 6.155 Extraordinario del 19/11/14.

(3) G.O. Núm. 6.015 Extraordinario del 28/12/10.

(4) G.O. Núm. 5.394 Extraordinario del 25/10/99. Véase al respecto: A.R. BREWER-CARÍAS (2013: 62-67).

II. BREVE REFERENCIA A LA CONCESIÓN DE BIENES DEMANIALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

1. La dispersa e incompleta regulación de la concesión de bienes demaniales en el ordenamiento jurídico venezolano y sus efectos en la ausencia de una teoría general de esa categoría jurídica en la doctrina

El régimen de los bienes del dominio público en el Derecho venezolano se encuentra disperso en diversos textos legales. Comenzando cronológicamente por el Código Civil (5), que, como es usual, es donde se encuentra su origen, en el capítulo III del Libro Segundo, de los bienes en relación con las personas a quienes pertenecen (6). Allí se ubican los lineamientos codificadores del tema de los bienes de propiedad pública y privada (7). Luego de ello, desde inicios del siglo pasado principió la regulación por leyes sectoriales, lo que implicaba que cada categoría de bienes públicos demaniales se encontraba sometida a regímenes especiales y distintos (8).

A ello hay que agregarle la regulación contenida para otros bienes también demaniales en las Constituciones, lo cual se ha mantenido y profundizado en el texto vigente (9). Y, más recientemente, en el ámbito local, con las referencias a las concesiones de uso de bienes del dominio público contenidas en el artículo 95.10 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, bienes referidos en los artículos 132 al 137 (con sus antecedentes en el artículo 76.8 de la preconstitucional Ley Orgánica de Régimen Municipal, así como con una enumeración de tales bienes en su artículo 107) (10).

Por último, no es sino desde el 2012 (ley posteriormente reformada) que se cuenta con un régimen con pretendida vocación de generalidad y sistematización en la materia (11), a saber: la Ley Orgánica de Bienes Públicos, texto que deroga casi en su totalidad, entre otras, a la ya vetusta Ley Orgánica de

(5) Cfr. V.R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE (2015: 450 y 460-462), así como la bibliografía allí citada. Véase también, resumidamente: E. LARES MARTÍNEZ (2001: 576-588).

(6) Aunque se señala que esa clasificación atiende más al régimen jurídico de la propiedad pública o privada, según cada caso (J. ARAUJO-JUÁREZ, 2007: 730).

(7) Más recientemente, puede verse: M.C. DOMÍNGUEZ GUILLÉN y C. PÉREZ FERNÁNDEZ (2022: 133-145), así como la bibliografía allí citada.

(8) Una muestra puede verse en: H. TURUHPIAL CARIELLO (2008: 166-253).

(9) Cfr. V.R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE (2015: 478-482). Véase también, entre otros: A. RODRÍGUEZ GARCÍA (2000: 63-68); H. TURUHPIAL CARIELLO (2008: 132-166).

(10) Véase al respecto: R. BADELL MADRID (2002: 448-452).

(11) Pretendida en todo caso, pues la doctrina ha puesto de relieve sus notorias insuficiencias, sin mejorar con su reforma parcial. Véanse, por ejemplo: C. NIKKEN (2012: 214-225) y R. GHAZZAOUJ (2016: 62-71).

la Hacienda Pública Nacional (12). Pero se trata de un instrumento que, en el tema objeto de estas páginas, expresamente prevé su supletoriedad frente a la legislación sectorial (13).

2. El tradicional desarrollo legal y doctrinal de las concesiones mineras y de hidrocarburos frente a la escasez de estudios respecto a concesiones de otros bienes del dominio público

A esa dispersión normativa de las bases del régimen del dominio público corresponde, por consiguiente, una incipiente regulación de las concesiones de esa categoría de bienes (14). Así pues, hay que acudir a la legislación

(12) Además de los trabajos citados en la nota previa, véanse los comentarios generales sobre este instrumento legal de: V.R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE (2015: 482-486). Véanse también: A. RODRÍGUEZ GARCÍA (2014: 17-36); E. AVELLANEDA (2014: 63-80); A. RODRÍGUEZ GARCÍA (2014b: 73-100); R. GHAZZAOUÍ PIÑA (2014: 117-135).

(13) El artículo 74 dispone que las concesiones de bienes públicos «...se regirán por lo dispuesto en las leyes especiales que regulen la materia de concesiones». Las relaciones de prevalencia entre la Ley Orgánica de Bienes Públicos y las leyes sectoriales están reguladas de forma confusa y hasta contradictoria en la primera. Véanse, por ejemplo, los comentarios de C. NIKKEN (2012: 222).

(14) Incluso, hay quien sostiene que la concesión de bienes del dominio público es una modalidad de la concesión de obra pública (C. NIKKEN (2012: 243), aunque es una opinión minoritaria en la doctrina y que, además, no parece tener acomodo ni en la legislación venezolana, ni en los lineamientos conceptuales, ni en los caracteres y propósitos de cada una de esas categorías jurídicas. De hecho, cada tipo (de obra pública, de servicio público y de bienes demaniales) constituye una modalidad del género «concesión administrativa» (M. MARIENHOFF, 1998: 432-435). Véase una noción introductoria en el Derecho venezolano, en: E. LARES MARTÍNEZ (2001: 326-329), así como la bibliografía citada en este trabajo. En el caso de la concesión de bienes del dominio público, el uso privativo (o especial según otra terminología) de que disfruta el concesionario —a diferencia de los usos comunes o generales que corresponden a la colectividad— ya la distingue del resto (Cfr. J. ARAUJO-JUÁREZ, 2007: 759-760). Lo que sí puede acaecer es que coexistan varios tipos de concesiones sobre un mismo bien o actividad, como prevé por ejemplo el artículo 60 de la Ley Orgánica sobre la promoción de la inversión privada bajo el régimen de Concesiones. Son las llamadas concesiones mixtas, comunes en materia de aprovechamiento de aguas y cuyo ejemplo normativo en ese ámbito puede encontrarse en el artículo 31, parágrafo único, del derogado Reglamento Parcial de la Ley Forestal de Suelos y Aguas: Normas sobre la regulación y el control del aprovechamiento de los recursos hídricos y de las cuencas hidrográficas, Decreto 1.400 del 10/07/96, G.O. Núm. 36.013 del 02/08/96, que establecía que para el otorgamiento de concesiones mediante licitación (que podían comprender no solo el aprovechamiento de recursos hídricos sino la construcción y administración de obras e infraestructuras), se seguiría el procedimiento establecido en la Ley Orgánica sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales (derogada por la ley antes referida en esta nota al pie). Más recientemente se ha señalado: «El contrato de concesión puede ser de servicio público, de obra pública o de uso de bienes del dominio público, pudiendo concurrir estos objetos en un solo contrato, pero pudiendo constituir en principio objetos contractuales concesionales distintos y no necesariamente dependientes» (TURUHPIAL, 2021: 342). En todo caso, con la

sectorial para estudiar cada una de ellas, sin que exista un régimen general, carencia que, como se señaló, tampoco fue solventada con el desarrollo más reciente, que dista mucho de ser integral, contenido en la Ley Orgánica de Bienes Públicos (15). Legislación que, ante la escasez de estudios doctrinarios y de precedentes jurisprudenciales que la refieran, pareciera que ha sido de escasamente relevante aplicación (16).

La excepción la constituyen los estudios sobre concesiones mineras y de yacimientos de hidrocarburos que se produjeron desde mediados del siglo pasado (17). Producto, muy probablemente, de la creciente importancia que la actividad minera, y mucho más aún, la exploración y explotación de hidrocarburos, tuvieron en el desenvolvimiento de la economía venezolana a partir de la tercera década del siglo XX. Tendencia que rápidamente trastocó el funcionamiento de la sociedad hasta hacer que esta viviera del Estado y no al revés, con las consecuencias lamentables, primero en las dinámicas sociales y económicas, y más recientemente sobre todo políticas, en la actualidad evidentes.

De tal manera que parece aconsejable iniciar esta aproximación al estudio de un tipo específico concesión de un bien demanial, enumerando los principios que informan en general a esta categoría jurídica partiendo de una revisión general de la legislación. Ello pasa a hacerse seguidamente.

3. Los principales elementos de las concesiones demaniales que pueden extraerse del Derecho positivo

A) La naturaleza contractual de la concesión

En el caso venezolano, la discusión acerca de la naturaleza de la concesión de bienes del dominio público no ha tenido la misma relevancia que

evolución del tratamiento del dominio público y de las diversas modalidades de gestión de este en las actuales tendencias del Derecho Administrativo, ciertamente que las categorías clásicas autorizatorias y concesorias parece que deben replantearse en algunos casos. Véase por ejemplo, las reflexiones sobre las concesiones demaniales surgidas con ocasión de la reunión de la Red Internacional de Bienes Públicos que tuvo lugar en Zaragoza, los días 2 y 3 de junio de 2021: <https://www.youtube.com/watch?v=WmIT9WzyA30>.

(15) Este instrumento legal apenas contiene cuatro preceptos sobre el tema de las concesiones de bienes públicos (artículos 74 al 77), uno de ellos referido más al plano organizativo.

(16) Un panorama de la doctrina puede verse en: V.R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE (2015: 449-455).

(17) Así por ejemplo, pueden verse: L. GONZÁLEZ BERTI (1981), así como la bibliografía que refiere (la primera edición de la obra data de 1957); J.R. DUQUE SÁNCHEZ (1966). Sobre la reciente reforma sectorial del régimen minero: V.R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE (2012: 296-301). En el caso de los hidrocarburos, pueden consultarse, entre otros, los trabajos recientes de: A.R. BREWER-CARIAS (2018); A.R. BREWER-CARIAS (2021).

en otros sistemas jurídicos de la región. Tanto en la legislación sectorial (18) como —con escasas discrepancias— en la doctrina que la ha comentado, y más recientemente, en la legislación general (19), se ha entendido que esta es un contrato y no un acto administrativo (20). Contrato administrativo para quienes sostienen la existencia de esta figura en el Derecho Administrativo venezolano (21). Contrato estatal o público, para otro sector de la doctrina (22).

(18) Parece ser mayoritaria la regulación que entiende que se trata de un contrato. Así por ejemplo: El artículo 116 de la Ley de Bosques se refiere a «los contratos o concesiones» de aprovechamiento de recursos forestales denotando equivalencia. De «actos contractuales» califica el artículo 76 de la Ley de Aguas (G.O. 38.595 del 02/01/07) a las concesiones de aprovechamiento (sobre ello se volverá más adelante). En contra, sería el caso de la Ley de Minas (Decreto con rango y fuerza de Ley 295 del 05/09/99 G.O. 5.382 Extraordinario del 28/09/99), que ordenó la conversión de los contratos preexistentes en concesiones o autorizaciones de explotación (artículo 132), definidas como un acto del Ejecutivo Nacional mediante el cual se otorgan derechos e imponen a obligaciones a los particulares para el aprovechamiento de los recursos minerales (artículo 24). También define a la concesión de uso del espectro radioeléctrico como un acto administrativo unilateral el encabezamiento del artículo 73 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, pero, en la parte final del encabezamiento del mismo precepto, señala que las relaciones derivadas de una concesión se regularán «...en el respectivo contrato de concesión» (G.O. 39.610 del 07/02/11 «reimpresión por error material»).

(19) Artículo 2 de la Ley Orgánica sobre la promoción de la inversión privada bajo el régimen de Concesiones, aplicable supletoriamente a las concesiones demaniales.

(20) Véase, entre otros, aunque sin pronunciarse contundentemente: (R. BADELL MADRID, 2002, 23-33). No obstante, en el Derecho venezolano, como acto administrativo define a la concesión de servicio público J. ARAUJO-JUÁREZ (2010: 120 y 237). El dato del derecho positivo en este asunto es determinante, como destaca F. GARRIDO FALLA (2002, 532). Una posición ecléctica la plantea por ejemplo V.R. Hernández-Mendible (2021: 294-296), quien señala que, dada la falta de uniformidad de su régimen, en algunos casos las concesiones serán actos unilaterales y en otros bilaterales o contractuales.

(21) Cfr. R. Badell Madrid (2002: 27-33); H. TURUPHIAL CARIELLO 2008: (434-437); H. TURUPHIAL CARIELLO (2021: 346 y 350); J. PEÑA SOLÍS (2003: 356-366), aunque este se refiere exclusivamente a la concesión de servicio público; S. LEAL W. (2001:72), no obstante que este parece aludir fundamentalmente a las concesiones de obra pública y de servicio público. En similar sentido apuntan los criterios de la Sala Político-Administrativa del TSJ, como puede verse por ejemplo en la decisión 187 del 05-02-2-02, citada en: A.R. BREWER CARÍAS (2019: 178).

(22) A.R. BREWER-CARÍAS (2000: 10-16. Como contrato sinalagmático, solemne, aleatorio, a título oneroso, de adhesión y de Derecho Público, caracteriza a la concesión L. GONZÁLEZ BERTI (1981: 200-202).

B) La existencia de un derecho real administrativo del concesionario a pesar del régimen legal general

Curiosamente, a contravía de lo expresamente dispuesto en la Ley Orgánica de Bienes Públicos (23), no solo la doctrina (24) sino incluso la legislación general (25) y buena parte de la sectorial (26), destaca expresamente que las diversas concesiones de bienes del dominio público otorgan un derecho real administrativo (o simplemente «un derecho») al concesionario, en atención a los lineamientos conceptuales de estos últimos (27). Es decir, un derecho real cuyo libre ejercicio en los términos en que se concede (28) deberá garantizar la Administración Pública concedente, lo que distingue a la concesión demanial del permiso o autorización (29).

(23) Dispone su artículo 75: «Las concesiones sobre Bienes Públicos no crean derechos reales; solo otorgan frente a la Administración y sin perjuicio de terceros, el derecho a realizar el uso, aprovechamiento o explotación del bien; de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes». Sin embargo, el artículo 77 *eiusdem* establece una regulación que luce contradictoria con el primer precepto, al disponer, en la hipótesis de enajenación de bienes públicos, que: «...los titulares de derechos vigentes sobre ellos que resulten de concesiones otorgadas...» tendrán derecho preferente para su adquisición.

(24) M.C. DOMÍNGUEZ GUILÉN y C. PÉREZ FERNÁNDEZ (2022: 45); R. GHAZZAQUI PIÑA (2014: 133); R. GHAZZAQUI PIÑA (2015 334-335); R. GHAZZAQUI PIÑA (2016: 66).

(25) Artículos 73.2 y 174 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

(26) Artículo 24, *in fine*, de la Ley de Minas. El artículo 29 *eiusdem* califica de derecho real inmueble al derecho de exploración y explotación; artículos 107 y 138 de la Ley de Bosques; artículo 73, primer aparte, de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; artículos 76, 83 y 106 de la Ley de Aguas.

(27) Véanse, entre otros: J. ARAUJO-JUÁREZ (2007:759); J. ARAUJO-JUÁREZ (2010: 241); H. TURUHPIAL CARIELLO (2021: 345).

(28) R. BADELL MADRID (2002: 416), J. ARAUJO-JUÁREZ (2007: 757-758). En el caso español: J. GONZÁLEZ PÉREZ (1957: 79-114). Por su parte, F. GARRIDO FALLA (2002: 456 y 532), luego de referir la clásica posición de GONZÁLEZ PÉREZ, señala que la forma típica de surgimiento de los derechos reales administrativos es la concesión de bienes del dominio público. Véase también, entre otros: R. FERNÁNDEZ ACEVEDO (2009, 341-345); I. DE LA RIVA (2010: 58-60); R. PARADA (2000: 85). En similar sentido, se destaca que el uso privativo de un bien demanial otorgado en concesión es un derecho real administrativo (M. SÁNCHEZ MORÓN, 1997:57-58). Véase también: M. MARIENHOFF (1998: 59-61, 402-412, 435-439 y 453-455). Sobre los derechos reales administrativos para el Derecho Administrativo francés, pueden verse, entre mucho otros: A. DE LAUBADÈRE y Y. GAUDEMET (1998: 210-214); L. RICHER (2011: 1-8); J. GROSDIDIER (2013, 111-136).

(29) En Derecho venezolano véase J. ARAUJO-JUÁREZ (2007: 759). Cfr. entre otros I. DE LA RIVA (2010: 57-58); M. MARIENHOFF (1996: 17-22). No es el caso entrar a examinar los criterios distintos, no siempre uniformes en la doctrina, entre cada categoría autorizatoria de uso de bienes demaniales. Para Venezuela, puede verse recientemente: V.R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE (2021: 275-310). En el caso español, véase por ejemplo: M. García Pérez (1997: 337-351).

C) El carácter predominantemente reglado de la concesión

Característica de la regulación de las concesiones demaniales en la legislación sectorial venezolana es su nivel de detalle en cuanto a la delimitación de las potestades de la Administración Pública concesionaria, tanto en lo que se refiere al otorgamiento de la concesión (veremos que incluso en el ámbito del demanio hídrico, entre otros, pareció encuadrar según alguna regulación en un procedimiento de tipo concursal o de concurrencia competitiva), como en lo atinente a las potestades de seguimiento o supervisión (30). No así, en algunos casos, para la terminación anticipada (31). Por tanto, se trata de actuaciones convencionales densamente reguladas y predominantemente regladas, con lo que el carácter discrecional que en ocasiones señala la doctrina en otros países, sobre todo bajo los moldes clásicos del régimen de las concesiones de dominio público, parece resultar de difícil acomodo.

D) La inexistencia de concesiones a perpetuidad

Debido muy probablemente a las desafortunadas experiencias de muchos países iberoamericanos con las empresas multinacionales en esta materia, y también a la tendencia de ir reduciendo los plazos de las concesiones de explotación de hidrocarburos a los grandes consorcios petroleros internacionales en el caso venezolano, proceso este último que pareció culminar con la reserva de la década de los setenta, la regla es el otorgamiento de concesiones con tiempo prefijado, recogida actualmente en los artículos 113 y 156.16 del texto constitucional (32). A ello se agrega que un sector de la doctrina entiende que, por su propia naturaleza, la concesión de un bien del dominio público debe ser temporal (33).

Esbozados brevemente los principales caracteres que delinean el régimen de las concesiones de bienes del dominio público en Venezuela, procede entrar a analizar el asunto con más detalle, ahora en el caso concreto del demanio hídrico.

(30) No así en el caso de la concesión del demanio costero, escasamente regulada. Mientras que, en otros ordenamientos, se destaca la preponderante discrecionalidad administrativa en muchos aspectos de la concesión (v.g. F. GARRIDO FALLA, 2002: 533).

(31) V.g. Artículo 73.6 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

(32) Artículo 113: «Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público». Artículo 156.16, *in fine*: «El Ejecutivo Nacional no podrá otorgar concesiones mineras por tiempo indefinido». Véase, por ejemplo: A.R. BREWER-CARIAS, 2000: 13. En el caso de la concesión de aprovechamiento de aguas, ya la legislación preconstitucional fijaba su carácter temporal (artículo 92 de la hoy derogada Ley Forestal de Suelos y Aguas).

(33) R. BADELL MADRID (2002: 298 y 302).

III. LA CONCESIÓN DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

1. Antecedentes normativos

Iniciando el último cuarto del siglo XIX, la codificación civil venezolana estableció un régimen dual para los cursos de agua, según se tratara de bienes del dominio público o bienes susceptibles de apropiación privada, como se acotó en otra ocasión (34). En el primero de los casos, su uso privativo correspondía entonces a los particulares mediante técnicas habilitantes, específicamente concesorias (35). Uso privativo que fue regulado mediante la legislación sectorial de las aguas del siglo XX, teniendo como punto culminante, antes de la publicación de los recursos hídricos que tuvo lugar con la Constitución de 1999, un reglamento parcial de 1996 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas. Allí se detalló el régimen para el otorgamiento de las respectivas concesiones de uso y aprovechamiento, asunto que será tratado más adelante.

2. Su mayor importancia teórica luego de la publicación constitucional de los recursos hídricos

Consecuencia de la publicación de todos los cursos de agua establecida en el artículo 304 de la Constitución de 1999 (36), es la mayor importancia que —al menos en teoría— adquieren las técnicas autorizatorias y concesorias para la explotación de los recursos hídricos. Ello, toda vez que ya estos últimos dejan de ser de potencial apropiación privada, por lo que su uso y aprovechamiento —en la hipótesis de que no sea el común o general al que tiene derecho la colectividad— se supeditan a las políticas y gestión estatales (37).

Por consiguiente, la concesión de aprovechamiento de recursos hídricos se debería convertir en el título jurídico usual para los grandes aprovechamientos de las aguas (uso privativo) a ser empleado por los particulares o personas privadas (38). No obstante, todo indica que la escasa aplicación del régimen

(34) Cfr. M.A. TORREALBA SÁNCHEZ (2021:125-132), así como la bibliografía allí citada, especialmente: A.R. BREWER-CARIÁS (2007: 22-39).

(35) Véase al respecto: T. POLANCO ALCÁNTARA (1959: 172-179).

(36) Norma que tuvo como antecedente los trabajos realizados por la Comisión del Plan Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos (COPLANARH) en la década del setenta del siglo XX. Véase al respecto la bibliografía citada en nuestro trabajo indicado en la anterior nota al pie, pp. 125-169, especialmente: A.R. BREWER-CARIÁS (1976: 45-78). Véase también: P.P. AZPÚRUA Q. (s/f: 21-576).

(37) Véase: A.R. BREWER-CARIÁS (2007: 39-54).

(38) En materia de aprovechamiento recursos hídricos, la concesión ha sido descrita como «piedra angular de todo el sistema» (S. MARTÍN-RETORTILLO, 1997: 266) o «eje del sistema de utilización de los recursos» (S. MARTÍN-RETORTILLO, 1997: 273).

legal seguirá prevaleciendo (39). De allí que lo que aquí se expone tiene un propósito y ámbito predominantemente teóricos.

Así las cosas, cabe exponer brevemente los principales caracteres de la concesión de aprovechamiento de aguas conforme a su regulación legal (40) y reglamentaria (41), lo que se hace de seguida.

3. Distinción con otras figuras afines de aprovechamiento de los recursos hídricos (asignaciones y licencias)

La regulación de los usos privativos de las aguas, como bienes del dominio público, tiene su base en los artículos 61 al 70 y 75 al 83 de la Ley de Aguas. De acuerdo con el artículo 75 de esta: «*Los usos con fines de aprovechamiento de aguas para generación hidroeléctrica, actividades industriales y comerciales, serán sujetos al otorgamiento de una concesión o asignación*». Ello queda complementado con lo dispuesto en el artículo 61.2 *eiusdem*, que clasifica a los usos de las aguas e incluye en la categoría de usos sujetos a concesión, asignación o licencia, los siguientes: abastecimiento a poblaciones; agrícolas; actividades industriales; generación de energía hidroeléctrica y comerciales (42).

En tanto, los usos comunes o generales son libres (no sujetos a control previo), como establece el artículo 73, actualizando la regulación del Código Civil. A saber:

«Usos no sujetos a control previo.

Todos pueden usar las aguas sin necesidad de concesión, asignación o licencia, mientras discurren por sus cauces naturales, para bañarse y otros usos domésticos, así como para abreviar el ganado y para la navegación. Igualmente,

(39) Cfr. R.J. DUQUE CORREDOR (2014: 315-323). La falta de aplicación de la legislación de aguas en Venezuela ya había sido puesta de manifiesto, por ejemplo, en: P.P. AZPÚRUA y C. SOSA G. (1984: s/p).

(40) Ley de Aguas, G.O. Núm. 38.594 del 02/01/07.

(41) Reglamento de la Ley de Aguas, Decreto N° 3.367 del 12/04/18, G.O. Núm. 41.377 del 12/04/18.

(42) Puede verse el antecedente de esta disposición en: T. POLANCO ALCÁNTARA (1959:173). Existe en la actualidad un muy incompleto proyecto de Ley Orgánica de Aguas presentado ante el Parlamento en junio de 2021. En la versión disponible en línea, en su artículo 30, intitulado: De los usos de las aguas, se establece: A los efectos del consumo responsable y sustentable de las aguas en fuentes superficiales y subterráneas, los usos más significativos y que están sujetos a la tramitación de concesiones, asignaciones y licencias, se reconocen como: 1. Abastecimiento para el Consumo Humano. 2. Agrícola y Pecuario. (Abarca Acuicultura, Piscicultura, Silvicultura, Ganadería, Pesca) 3. Actividades industriales (Incluye industria minera y petrolera) 4. Generación de energía eléctrica. 5. Comerciales y otras actividades económicas. 6. Usos de fuentes no convencionales: a. Agua de Mar. b. Agua de Lluvia.

todos pueden usar y almacenar las aguas pluviales que precipiten en sus predios. Estos usos llevarán a cabo sin detener ni cambiar el curso de las aguas, deteriorar su calidad o afectar su caudal, ni excluir a otros usuarios y usuarias del ejercicio de sus derechos, cumpliendo con la legislación ambiental, sanitaria pesquera y de navegación».

Disposición que se reitera parcialmente en el artículo 61.1. *eiusdem* (43).

Queda así evidenciado que el régimen de uso y aprovechamiento de los recursos hídricos se basa en la distinción clásica entre usos comunes o generales y usos privativos o especiales (44), aplicable a los bienes del dominio público (45). Y, en el caso de los últimos, se aplican las técnicas habilitantes, que, de acuerdo con la Ley de Aguas, se manifiestan en tres categorías: concesión de aprovechamiento, asignación y licencia (46).

Ya se destacó la diferenciación clásica que recoge la Ley, entre usos privativos comerciales o industriales y usos comunes o generales («domésticos»). En el caso de los particulares, será la modalidad concesoria la que proceda. En el supuesto de que los solicitantes sean órganos o entes públicos, la ley la denomina entonces «asignación», para «...la asignación de derechos preferentes sobre los volúmenes de agua necesarios para el cumplimiento de sus atribuciones» (artículo 78) (47). El régimen de la asignación es el mismo de la concesión (y de la licencia), según dispone el artículo 79 *eiusdem*.

En cuanto a las licencias, estas son requeridas en las hipótesis de: «...usos de aguas en sus fuentes superficiales y subterráneas, con fines de abastecimiento a poblaciones, agrícolas y recreacionales sin fines de lucro...» (artículo 80). Es decir, usos que exceden de los llamados «domésticos». Se trata del

(43) Tales normas tienen su antecedente en el Proyecto de Ley de Aguas elaborado por COPLANARH tres décadas antes (Cfr. P.P. AZPÚRUA Q., s/f: 471). Sobre este asunto puede verse, en el Derecho español: S. MARTÍN-RETORTILLO (1997: 241-242).

(44) Cabe estar atento a los términos empleados en cada legislación, pues, por ejemplo, en el caso de los recursos hídricos, a veces se distingue entre usos comunes generales, usos comunes especiales y usos privativos.

(45) Véase también: A.R. BREWER-CARIÁS (2007: 56-58); J.C. FERNÁNDEZ MORALES (2007: 181-186). De manera general: J. ARAUJO-JUÁREZ (2007: 755-758); H. TURUHPAL CARIELLO (2008: 436-437). En el Derecho español, pueden verse las consideraciones teóricas sobre el uso común general de los recursos hídricos, entre otros, de: S. MARTÍN-RETORTILLO (1997: 233-237).

(46) Para el Derecho español, que distingue entre usos comunes generales, usos comunes especiales y usos privativos, y la necesidad de concesión para estos últimos, consúltese: S. MARTÍN-RETORTILLO (1997: 247-250 y 258-261).

(47) La distinción tiene su antecedente en el Derecho positivo en la reglamentación preconstitucional (hoy derogada), inspirada a su vez en el Anteproyecto de Ley de Aguas de la década del setenta del siglo pasado. Véase el artículo 27 del Decreto 1.400 ya referido, Normas sobre la regulación y el control... Y esta, a su vez, en el Proyecto de Ley de Aguas elaborado por COPLANARH (Cfr. P.P. AZPÚRUA Q., s/f: 472).

típico caso en el que distinguir el permiso de uso de la concesión sobre la base de meros criterios cuantitativos puede resultar insuficiente y problemático.

4. Naturaleza jurídica contractual regulada por el Derecho Público

Ya se adelantó la naturaleza contractual de la concesión de aprovechamiento de recursos hídricos (48), como lo dispone el artículo 76 de la Ley de Aguas al describirlas como «*actos contractuales mediante los cuales se otorgan derechos e imponen obligaciones...*» (49). Ello se confirma al contrastar esa disposición con la caracterización legal de la licencia como «acto administrativo» que «*...establece las condiciones bajo las cuales se aprovechará el recurso*» (artículo 81) (50). Puede verse claramente también aquí la antinomia con las disposiciones de la Ley Orgánica de Bienes Públicos, previamente referidas, en lo que se refiere al surgimiento de derechos en cabeza del concesionario.

5. Objeto y beneficiarios

Cónsono con los criterios generales de la doctrina, la concesión de aprovechamiento de recursos hídricos se otorga a los particulares para la realización de actividades industriales y comerciales (artículo 75) que, por su magnitud, requieren usos privativos. No obstante, otros usos de importancia en lo cuantitativo solo requieren licencia, como lo son los agrícolas y de abastecimiento a poblaciones (artículo 80).

Se distingue así la concesión respecto del uso común general o libre por la magnitud, dado que la primera implica de suyo un carácter privativo. Lo que queda comprobado además, por el hecho de que la Ley aclare expresamente que, en ningún caso los usos generales o comunes, es decir, los libres, pueden conllevar la detención o alteración del curso de las aguas, o afectarlas en calidad o caudal, ni excluir a otros usuario en el ejercicio de sus derechos (artículo 73, *in fine*). Por argumento a contrario, los usos que hagan los particulares susceptibles de causar tales efectos, en caso de que puedan realizarse con sujeción al ordenamiento jurídico, estarán sometidos a concesión, en la mayoría de los casos, pues son privativos y no comunes.

(48) Ya T. POLANCO ALCÁNTARA (1959:177) señalaba que esta concesión debía otorgarse mediante contrato.

(49) Ya la normativa reglamentaria preconstitucional, al igual que la legal, calificaba a la concesión de aguas como contrato (artículos 28, 29 y 32 del ya referido Decreto 1.400, Normas sobre la regulación y el control...). La naturaleza contractual de la concesión demanial hidráulica es también señalada por J.C. FERNÁNDEZ MORALES (2007:186).

(50) En el Derecho español: S. MARTÍN-RETORTILLO (1997: 267), la define como una resolución administrativa de carácter unilateral.

6. Limitada discrecionalidad en el otorgamiento

Como ya se adelantó, en el caso venezolano, en el otorgamiento de estas concesiones demaniales no hay un amplio margen de discrecionalidad, como sí puede haberlo en otros ordenamientos (51). Ello, por varias razones, tanto técnicas como políticas. Lo anterior también se manifiesta en la regulación de los recursos hídricos.

Así por ejemplo, el artículo 78 de la Ley de Aguas establece que los entes del sector público tienen derechos preferentes al uso de los volúmenes de agua necesarios para el cumplimiento de sus atribuciones, a través de las correspondientes asignaciones, para lo cual se reenvía al correspondiente reglamento (artículo 79).

Por otra parte, ese otorgamiento de concesiones está sujeto al sistema de planificación hídrica regulada en la Ley (artículo 83) (52), para lo cual, entre otros mecanismos, se establece un registro obligatorio de usuarios como sistema de apoyo para el control administrativo, los planes de gestión integral y la protección de los derechos de los usuarios (artículo 85). Registro que incluye, por supuesto, a los usos sujetos a concesiones (artículo 86), y que es además soporte probatorio de los derechos sobre los recursos hídricos (artículo 87).

Estas normas legales son complementadas por las reglamentarias. En ese sentido, el Capítulo II, artículo 4° del Reglamento de la Ley de Aguas, establece una serie de criterios técnicos para la elaboración del balance demanda-disponibilidad del recurso hídrico, reenviando a su vez a la elaboración de normas técnicas. También da pautas en materia de protección y conservación de aguas subterráneas que inciden en los criterios para el otorgamiento de concesiones. Por ejemplo, las limitaciones volumétricas para establecer reservas renovables de aguas subterráneas (Art. 11); la generación de mapas de vulnerabilidad de acuíferos para priorización de zonas críticas (Art. 12); así como la identificación y protección de zonas de recargas de acuíferos (Art. 15).

(51) En contra: J.C. FERNÁNDEZ MORALES (2007: 187-188), aunque señala que esa discrecionalidad no es absoluta, dada la necesaria adecuación de la concesión con la planificación hídrica y la necesidad de motivación en su denegatoria, invocando el marco legal y doctrinario español. A nuestro modo de ver, en el estado actual de evolución del Derecho Público es difícil sostener la persistencia de discrecionalidades absolutas, y, por otra parte, los condicionamientos técnicos que deben evaluarse en el otorgamiento de la concesión conforme a la normativa legal y reglamentaria son abundantes, lo que obstaculiza sostener que la decisión respectiva sea prevalentemente discrecional.

(52) Se destaca que la planificación es en extremo fundamental para el encuadramiento de las concesiones (S. MARTÍN-RETORTILLO, 1997: 273), para concluir que «...en nuestros días cabe convenir que es difícil comprender como puede ser otorgada una concesión sin referencia a un plan» (S. MARTÍN-RETORTILLO, 1997: 281).

Mención aparte requiere el Capítulo IX, intitulado: Criterios para la determinación de los instrumentos de control previo. En ese sentido, el artículo 36 dispone que el otorgamiento de concesiones se hará tomando en cuenta la disponibilidad media anual de las aguas y la variabilidad estacional de la fuente, así como los lineamientos de los planes de gestión integral de las aguas. Se agrega en el precepto que el volumen de extracción estará sujeto a las condiciones especiales de sequías u otros eventos, por lo que los volúmenes establecidos en las concesiones y demás actos no se garantizan. Finaliza el dispositivo reiterando que la Administración Pública concedente tomará las medidas necesarias para la protección y aprovechamiento sustentable del recurso hídrico (53).

Asimismo, el solicitante de la concesión debe acompañar estudio técnico e hidrogeológico, conforme a los criterios y métodos que establezca la Administración Pública concedente, que demuestre que la fuente tiene la capacidad para producir el volumen y calidad requeridos para el uso, así como que la concesión no afectará los aprovechamientos preexistentes. Y en el caso de aprovechamientos subterráneos, en la hipótesis de que dos usuarios aprovechen el mismo acuífero o se presuma que existe interferencia entre pozos, la Administración Pública concedente determinará las características hidráulicas de la fuente. Y, de comprobarse disminución en los niveles y caudal requeridos, elaborará un cronograma de aprovechamiento para los usuarios, garantizando el acceso al recurso, pero también la protección de este (artículos 37 y 38).

Como puede verse, la abundancia de condicionamientos, tanto de política territorial ambiental e hídrica, como estrictamente técnicos, limita ampliamente y hasta condiciona el margen de elección de la Administración Pública

(53) Incluso, en la reglamentación preconstitucional se llegó a plantear el carácter competitivo del otorgamiento de la concesión, sobre la base del artículo 30 del hoy derogado Decreto 1.400 (Normas sobre la regulación y el control...), que establecía una serie de criterios para la selección de concesionario en la hipótesis de concurrencia de varios solicitantes, norma que lamentablemente no recogió ni la Ley ni el Reglamento vigentes. No obstante, consideramos que tales parámetros mantienen su utilidad y deberían utilizarse como criterios, a saber: 1) Su conformidad con la política de distribución del recurso establecida por el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, en desarrollo de lo previsto en el artículo 17 de estas Normas. 2) Su compatibilidad con el Plan Nacional y los Planes Regionales de Aprovechamiento de los Recursos Hídricos. 3) Las investigaciones y estudios realizados. 4) Las mayores ventajas ofertadas. 5) Las mejores condiciones técnicas y económicas para responder del ejercicio de la concesión o de la asignación. Ese carácter concursal o competitivo se reflejaba aún con más claridad en el artículo 31 del mismo reglamento, al establecer que la Administración podría otorgar concesiones mediante licitación cuando lo juzgara necesario o así estuviera previsto en la planificación, así como que esas concesiones podrían comprender, además, la construcción o administración de la infraestructura necesaria para la captación, aducción, suministro y distribución de dichos recursos. Sobre este punto puede verse: J.C. FERNÁNDEZ MORALES (2007: 194-195).

concedente en el caso de las solicitudes de aprovechamiento de recursos hídricos (54).

7. Efecto: otorgamiento de un derecho real administrativo

No es especialmente explícita la Ley de Aguas en cuanto a definir la naturaleza del derecho que se adquiere con el otorgamiento de la concesión, pues su artículo 76 se limita a disponer que esas «otorgan derechos e imponen obligaciones para el uso del recurso con fines de aprovechamiento» (55).

No obstante, si se entiende el derecho real administrativo como aquel mediante el cual el beneficiario de una concesión demanial tiene derecho a que la Administración Pública concedente, durante la vigencia del título – y por ende, en tanto no se produzca una terminación anticipada del mismo—, no solo le respete su derecho al uso, goce y aprovechamiento (según el caso) del bien concedido, sino que incluso tenga el deber de realizar prestaciones para su cabal ejercicio, así como aquel que pueda ser defendido frente a perturbaciones de terceros mediante el uso de los medios jurídicos de defensa respectivos, de una interpretación armónica de la Ley puede concluirse que se está en presencia de esta categoría de derechos (56).

En ese sentido, los artículos 66 y 67 de la Ley de Aguas establecen un régimen de servidumbres con el fin de que los concesionarios ejerzan su derecho a ocupar los terrenos necesarios para la ejecución de las obras y para la realización de las actividades propias del uso sobre bienes públicos (artículo 66). Servidumbre a título gratuito si es sobre bienes demaniales (no prevé el caso de que se trate de bienes públicos del dominio privado), y a título oneroso si recae sobre bienes privados (artículo 67).

(54) Y es que, a pesar de que en la legislación española se consagra expresamente la discrecionalidad en el otorgamiento de las concesiones, señala la doctrina de ese país lo siguiente, que entendemos con mayor razón aplicable al supuesto venezolano: «*Resulta obligado realzar el contexto de las cláusulas generales que, como ya se dijo, entorna con carácter limitativo la discrecionalidad de todo el régimen concesional, y cuya vinculación jurídica resulta incuestionable: explotación racional de los recursos, afectación de las aguas a la riqueza nacional, menor consumo de agua; etc. En definitiva, todo un conjunto de cláusulas, de alcance inequívoco que, en efecto, imponen un muy notable condicionamiento de la discrecionalidad, al mismo tiempo que, en cuanto a los principios jurídicos que establecen, constituyen elemento a tener en cuenta para la confrontación jurisdiccional de lo actuado por la Administración*» (S. MARTÍN-RETORTILLO, 2007: 290).

(55) Coincidía respecto a que el otorgamiento de la concesión para el aprovechamiento de recursos hídricos creaba un derecho: R. BADELL MADRID (2002: 416).

(56) Véase: J. GONZÁLEZ PÉREZ (1957: 92-98). Sobre la caracterización general de los derechos reales en el ordenamiento venezolano, puede verse, entre otros: M.C. DOMÍNGUEZ GUILLÉN y C. PÉREZ FERNÁNDEZ (2022: 185-255), y respecto a los derechos reales administrativos puede verse la referencia de J. ARAUJO-JUÁREZ (2007: 758-759).

De forma similar, en una norma de dudosa constitucionalidad, los concesionarios tienen derecho a ocupar temporalmente terrenos de propiedad pública o privada que se requieran con el fin de realizar los estudios requeridos para ejercer sus derechos, previa autorización del Ministerio competente para otorgar la concesión, indemnizando por el daño emergente a los terceros afectados (artículo 68) (57).

Todos estos derechos que se otorgan al concesionario, incluso algunos cuestionables, llevan a sostener con razonable certeza que se está en presencia del otorgamiento de un verdadero derecho real administrativo anejo a la obtención de la concesión de aprovechamiento (58), y, por tanto, oponible *erga omnes* (59).

(57) Y es de dudosa constitucionalidad, primero por el hecho de que, tratándose de la afectación del derecho de propiedad y de otros derechos de los terceros, pueda ser autorizada por la Administración Pública sin intervención judicial, lo que es admisible en la ocupación temporal regulada en la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social porque, en esta, la misma se destina a la ejecución de una obra previamente declarada de utilidad pública conforme a las exigencias de la misma Ley. En cambio, la ocupación temporal prevista en la Ley de Aguas no viene justificada por una previa declaratoria de utilidad pública que le dé sustento a la limitación legal de los derechos de los terceros particulares sobre ese bien que va a ser temporalmente ocupado, al punto de que no se requiera intervención judicial para su ejercicio. Ello, dado que la declaratoria de utilidad pública en esta ley sectorial se refiere a una genérica y etérea «gestión integral de las aguas» (artículo 7), declaración que, a nuestro modo de ver, no permite entender que el otorgamiento de concesiones de aprovechamiento de recursos hídricos sea de utilidad pública *per se* (y en esto la Ley vigente se diferencia del Proyecto COPLANARH, mucho más concreto y explícito, como puede verse en: P. P. AZPÚRUA Q., s/f: 465). Y, en segundo término, entendemos que es también constitucionalmente cuestionable que el legislador restrinja previamente la indemnización al daño emergente, excluyendo por argumento a contrario el lucro cesante, atentando injustificadamente contra el patrimonio del afectado y, por tanto, desnaturalizando el propósito de la indemnización (dejar indemne), que busca reparar cabalmente el daño patrimonial (Sobre el carácter integral del resarcimiento del daño, que incluye el lucro cesante en el caso del daño material, puede verse en el Derecho venezolano, entre otros: M.C. DOMÍNGUEZ GUILLÉN (2017: 240-242 y 276-277). Lo anterior, además, no queda subsanado en nuestro criterio por el hecho de que el artículo 68 *in fine*, atribuya al juez civil la potestad para fijar el monto en caso de desacuerdo entre las partes, pues este ya estará limitado en su prudente arbitrio. Otro argumento para apuntalar lo señalado es que en el Proyecto de Ley de Aguas elaborado por COPLANARH, se preveía la ocupación temporal conforme a lo previsto en la legislación de expropiación e indemnizándose al afectado por tal medida, sin las cortapisas que tiene el texto comentado (P.P. AZPÚRUA Q., s/f: 473). Como puede verse, el régimen de la ocupación temporal por parte del concesionario en la Ley de Aguas no respeta las garantías sustantivas ni procesales de los derechos de terceros, lesionando por consiguiente los derechos constitucionales de propiedad y de tutela judicial efectiva, así como a la Justicia como valor constitucional (Véase sobre el asunto: M.C. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, 2016: 88-106).

(58) En similar sentido: P.P. AZPÚRUA Q. (s/f: 36). Para el Derecho de aguas español: S. MARTÍN-RETORTILLO (1997: 258-260).

(59) Cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ (1957: 101-102).

8. Carácter personalísimo vs. finalidad

La concesión para el uso y aprovechamiento de recursos hídricos pareciera tener un carácter personalísimo o *intuitu personae* en el ordenamiento jurídico venezolano (60), dado que el artículo 70 de la Ley de Aguas prohíbe su cesión o transferencia total o parcial (61):

«Prohibición de cesión o transferencia. Se prohíbe a los y las titulares de concesiones, asignaciones y licencias, cederlas o transferirlas a terceros, total o parcialmente».

No obstante, eso parece relativizarse, en razón de que tal prohibición no viene dada tanto por las características personales del concesionario como por la finalidad específica de la concesión. En efecto, según lo establece el artículo 72 *eiusdem*, en la hipótesis de que se produzca la enajenación del inmueble donde se haya otorgado la concesión, esta podrá ser reasignada previa solicitud por (*rectius*: ante) la Administración Pública concedente, remitiendo al desarrollo reglamentario respecto a los criterios, requisitos y tramitación de tal reasignación.

En ese sentido, el artículo 51 del Reglamento no aporta mayor detalle, al limitarse a disponer que tal reasignación podrá realizarse hasta seis (06) meses antes del vencimiento del contrato o acto administrativo (también se admite la reasignación de licencias), así como que el nuevo usuario completará el período restante de la concesión y asumirá todos los deberes y derechos relacionados con el aprovechamiento otorgado en las mismas condiciones en que lo fueron originalmente. A su vez, el artículo 52 enumera los instrumentos que deben acompañarse a la solicitud de reasignación, a saber: la respectiva planilla; el título que acredite la condición de nuevo propietario del inmueble donde se encuentra la concesión y la copia del título del otorgamiento original.

En todo caso, esa posibilidad de «reasignación» al nuevo titular del inmueble donde opera la concesión obstaculiza sostener el carácter realmente personalísimo de la concesión.

9. Contraprestación

Por otra parte, el artículo 94 de la Ley de Aguas regula de forma bastante imprecisa el canon o pago de la concesión, denominándolo «contraprestación», el cual estaría destinado a la conservación de la cuenca, sobre la base de

(60) Así lo establecía expresamente el artículo 29.8.5 del Decreto 1.400 (Normas sobre la regulación y el control...).

(61) Sobre la cesión de derechos al uso privativo de las aguas, puede verse: J.C. FERNÁNDEZ-MORALES, 2007: 203-207.

una serie de parámetros, reenviando al reglamento los detalles de su cálculo. Como antecedente de esa regulación parece encontrarse una suerte de contribución parafiscal hoy derogada (de precario anclaje constitucional al haber sido establecida por norma sublegal) (62), lo que contribuiría a explicar la escasa claridad del precepto (63). Además, el hecho de que el texto legal se aparte de su antecedente más inmediato, a saber, las normas reglamentarias preconstitucionales, que establecían un canon y lo distinguían de cualquier aporte para la conservación de la cuenca hidrográfica (64), parece confirmar su naturaleza tributaria o parafiscal, antes que vinculada con una contraprestación contractual.

Pero hay más. El artículo 2º del Reglamento, contentivo de una serie de definiciones, se refiere a esa contraprestación como: «...el pago que deben realizar todas las personas (...) beneficiarias de concesiones, asignaciones o licencias de aprovechamiento del recurso hídrico, con el objetivo de contribuir con la conservación de la cuenca, el cual será pagado de acuerdo a lo establecido en el acto autorizatorio correspondiente». Se calcula multiplicando el volumen de agua aprovechada por el factor de uso (este último resulta del

(62) Decreto Núm. 2.331 del 05/06/92 publicado en G.O. 35.042 del 04/09/92, derogado por la Disposición Derogatoria Única, *in fine*, de la Ley de Aguas. La inconstitucionalidad de esa regulación —a pesar de no estar ya vigente— fue declarada por sentencia de la SPA-TSJ Núm. 93 del 10/03/22.

(63) Lo que parece quedar corroborado con la regulación de la contraprestación en el Capítulo XIV, Del cálculo de la contraprestación por aprovechamiento, del Reglamento de la Ley de Aguas. El artículo 57 establece una fórmula matemática con sus respectivas tablas; el artículo 58 refiere que tales aportes serán usados para la conservación de la cuenca de la cual se surte el usuario, o si esta no lo requiere, del uso del «aporte recaudado» para la conservación de otras cuencas; el artículo 59 alude al cálculo de la contraprestación para las empresas hidroeléctricas y de abastecimiento de agua potable, determinado mediante el cálculo del 1% del ingreso total bruto para las empresas hidroeléctricas y el 0.5% para las de agua potable (salvo que se trate de entidades sin fines de lucro prestadoras del servicio de abastecimiento de agua potable, en cuyo caso será del 0.6%, conforme dispone el artículo 60. Por último, el artículo 61, intitulado «Tarifa del aprovechamiento en el cauce del río Orinoco», establece lo que llama una «tarifa» que se aplicará a los usuarios que realicen el aprovechamiento directamente en el cauce del río Orinoco. Como puede verse, lejos de aclarar el asunto, el reglamento complica aún más la tarea de intentar esclarecer la naturaleza jurídica de la «contraprestación», si es que todas esas normas se están refiriendo a ella, lo que también se presta a dudas.

(64) Véase el hoy derogado Reglamento (Decreto 1.400, Normas sobre la regulación y el control...): *Artículo 28. En las concesiones a título oneroso, el interesado cancelará al Fisco Nacional un canon por el aprovechamiento del recurso, calculado en base a la cantidad del recurso a aprovechar, su escasez relativa en el lugar donde se realizará el aprovechamiento, su calidad, la variabilidad de su régimen y su energía potencial. Párrafo Único: El monto, forma y oportunidad del pago del canon señalado en este artículo, será establecido por el Ejecutivo Nacional mediante Decreto. En dicho Decreto se establecerán estímulos para la eficiencia en el manejo del recurso por parte de los concesionarios.*

producto entre la tarifa y el uso aprovechamiento), y «su resultado se expresa en unidades tributarias».

El asunto parece volverse más complejo, pues el mismo precepto alude a una tarifa, definiéndola como: «*Canon establecido para la conservación y recuperación de la cuenca, expresado en Unidades Tributarias por metro cúbico de agua aprovechada*», al igual que se refiere a un «Uso por aprovechamiento», concibiéndolo como «...una variable incluida en el cálculo del factor de uso, cuyo valor toma en cuenta el tipo de uso del agua, el tipo de fuente y la personalidad jurídica del solicitante. Es un valor adimensional; es decir, no se relaciona con ninguna dimensión física».

Como puede verse, el precepto dista de resolver las múltiples dudas acerca de la naturaleza jurídica y la forma de cálculo de tal contraprestación, así como de si es o no distinta de otras tarifas, contribuciones o cánones, asunto cuyo desarrollo excedería el propósito de estas páginas.

10. Plazo y causales de nulidad

Establece el artículo 77 de la Ley de Aguas que el plazo máximo de las concesiones de aprovechamiento será de veinte años, prorrogable, para luego agregar que el mínimo no podrá ser inferior al que se requiera para depreciar el valor de las obras construidas o amortizar el de las inversiones realizadas para el ejercicio de la actividad a que se destine ese aprovechamiento (65).

Por otra parte, además de lo dispuesto por el régimen general de las nulidades en el Derecho Administrativo, conforme a los artículos 83 y 106 de la Ley de Aguas las concesiones de aprovechamiento de recursos hídricos serán nulas si resultan contrarias a la ley, a reglamentos o a instrumentos de planificación territorial o de gestión integral de las aguas.

Nada establece, como ya se señaló, el Reglamento sobre terminación anticipada de la concesión, a diferencia de la normativa reglamentaria previa (Artículos 37 y 38 del Decreto 1400 (Normas sobre la regulación y el control...)) (66). Tampoco sobre eventuales prórrogas hasta llegar al límite máximo,

(65) La norma tiene su antecedente en el Proyecto de Ley de Aguas elaborado por COPLANARH (P.P. AZPÚRUA Q, s/f: 474). Ya se señaló que el artículo 92 de la preconstitucional Ley Forestal de Suelos y Aguas imponía la temporalidad de esas concesiones (máximo 60 años) que se regularían «por contratos especiales». La prohibición de perpetuidad de las concesiones demaniales es, hasta donde sabemos, regla tradicional en el Derecho positivo venezolano. Sobre la temporalidad de las concesiones del dominio público hídrico puede verse también: J. C. FERNÁNDEZ MORALES (2007:190).

(66) Sobre la terminación anticipada de la concesión en el Derecho venezolano puede verse: *Ibidem*, pp. 202-203. También regulaba las causales de terminación anormal o anticipada el Proyecto de Ley de Aguas de COPLANARH (P.P. AZPÚRUA, s/f: 478-479).

como sí contemplaba el artículo 39 de la normativa sub-legal derogada. En ambos casos habrá que atenerse a lo que disponga el contrato respectivo y, en su defecto, al marco legal aplicable supletoriamente.

11. Otras particularidades de la concesión

Una particularidad de esta concesión demanial la consagra el artículo 64 *eiusdem*, aunque no ajena a las cláusulas de la contratación pública, a saber: la *potestas variandi* por parte de la Administración Pública concedente, que implica el poder de suspender temporalmente las concesiones, o bien de modificar sus condiciones «...en situaciones de emergencia que provoquen conflictos por escasez temporal o permanente de las aguas». Veamos su texto:

«Suspensión o modificación temporal. El ministerio que ejerza la Autoridad Nacional de las Aguas podrá suspender temporalmente las concesiones, asignaciones y licencias de aprovechamiento o modificar sus condiciones, en situaciones de emergencia que provoquen conflictos por escasez temporal o permanente de las aguas. Asimismo, los beneficiarios de concesiones, asignaciones y licencias podrán solicitar la revisión del alcance y contenido de las mismas por causas que pudieran sobrevenir».

Se trata de una norma que regula, al menos, dos supuestos distintos que no están claramente diferenciados en su tratamiento. El primero, una emergencia que provoque una crisis temporal de disponibilidad de los recursos hídricos, que debería implicar entonces una igualmente temporal modificación de los términos de la concesión, y solo en última instancia su suspensión, atendiendo al principio de proporcionalidad de la actividad administrativa.

La segunda hipótesis, en cambio, implicaría un cambio radical en la situación fáctica que permitió el otorgamiento de la concesión, modificación determinada por una emergencia de «escasez permanente». En tal hipótesis, la modificación o suspensión de la concesión sería, en un primer caso, igualmente temporal, entre tanto la Administración Pública logra solucionar o, al menos mitigar, tal escasez. En la hipótesis contraria, esto es, ante el acaecimiento de una emergencia que produce efectos permanentes impeditivos para que el uso y aprovechamiento concedido se mantenga en los términos originales, se trata de una causa de modificación permanente de circunstancias que obligarían a todo evento a un cambio igualmente permanente en los términos de la concesión, es decir, a una renegociación contractual, y no a una suspensión indefinida (67). Esta última, en nuestro criterio daría lugar más bien a una terminación anticipada.

(67) Sobre la revisión de las concesiones del demanio hídrico puede verse entre otros: J.C. FERNÁNDEZ MORALES (2007: 192).

Queda, no obstante, otra posibilidad, atendiendo al tenor literal del título del precepto, a saber: que siempre se trate de una modificación temporal de los términos de la concesión, independientemente de que la escasez de recursos sea temporal o permanente. En tal caso, lo que se está regulando es una *potestas variandi* siempre temporal, en atención al respeto a los derechos del concesionario, por lo que la Administración Pública concedente estará obligada a que tanto la suspensión como la modificación sean temporales.

Ello implica que tanto esta última, como en general todos el sector público competente para afrontar la emergencia, deberán resolver o mitigar esta de tal forma que, a la larga, la concesión siempre regrese a su operatividad en los términos en que fue otorgada, o, al menos, en condiciones aceptables para el concesionario. Esta solución interpretativa parece más cónsona con la protección de los derechos de este último, y no implica un deber absoluto de la concedente de mantener la concesión en casos de que esto resulte imposible, sino que, en el último caso, el supuesto de hecho será el de finalización anticipada de la concesión. Supuesto que, como ya se señaló, lamentablemente no encuentra regulación expresa para el caso de la concesión de recursos hídricos, más allá de expresarse la regla general de que el ente concedente no garantiza el caudal hídrico ni en cantidad ni calidad (artículo 36, único aparte, del Reglamento de la Ley de Aguas) (68).

Para cerrar este sub-epígrafe, cabe referir el contenido del artículo 63 (intitulado reserva y uso temporal de caudales y volúmenes) de la Ley de Aguas, que establece la potestad de la Administración Pública concesionaria para «... *reservar ciertos caudales para fines específicos o para ulterior asignación o concesión a entes públicos...*», así como «...*autorizar el uso temporal de los mismos cuando los planes de gestión integral de las aguas no establezcan su utilización inmediata*».

Se trata de una norma usual, en el sentido de que, dado que la gestión integral del recurso es un asunto de interés general y vista la publicación de todas las aguas, la reserva de cierta cantidad de esta —con sujeción al principio de proporcionalidad— para usos específicos de los entes públicos es admisible. No obstante, destaca el impropio uso de la expresión «concesión a

(68) «Disponibilidad para el otorgamiento. El otorgamiento de la concesión, asignación o licencia, para el aprovechamiento de las aguas superficiales o subterráneas se concederá tomando en cuenta la disponibilidad media anual de las aguas y la variabilidad estacional de la fuente, así como los lineamientos de los planes de gestión integral de las aguas. El volumen de extracción otorgado estará sujeto a condiciones especiales ante sequías y otros eventos extremos. En ningún caso, los contratos o actos administrativos señalados en este artículo garantizarán la invariabilidad de los volúmenes de extracción que allí se indiquen. En general, la Autoridad Nacional de las Aguas tomará todas las medidas que considere necesarias para la protección y el aprovechamiento sustentable del recurso».

entes públicos>, dado que, como ya se vio, esa figura tiene como destinatarios a entes privados. Cabe señalar entonces que parece tratarse de un *lapsus cálami* del Legislador, que en este precepto pareció equiparar la asignación con la concesión (69).

Referidos los principales aspectos sustantivos de la concesión de aprovechamiento de recursos hídricos, procede ahora referirse a los procedimentales.

12. Procedimiento para el otorgamiento (70)

A) Preliminar

Es común en el Derecho positivo venezolano —y es el caso de la Ley de Aguas— que las leyes remitan la regulación de los procedimientos administrativos a los reglamentos, a pesar de que se trata de una materia de reserva legal nacional en nuestra tradición constitucional, como se refleja hoy en el artículo 156.32 de la Constitución de 1999. Por tanto, somos del criterio de que las normas reglamentarias deberían desarrollar los lineamientos que cada Ley sectorial establezca y no contener las pautas íntegras en materia procedimental, dado que se trataría de una cuestionable deslegalización. Pero, en razón de que ello no siempre es así, entendemos que esas regulaciones reglamentarias serán admisibles solo en tanto que no limiten derechos constitucionales sin basamento en norma legal expresa, se encuentre ella contenida en la respectiva regulación sectorial o, en su defecto, en el régimen general, que en el caso que nos ocupa es la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (71).

Hecha esta acotación, pasa a describirse brevemente cómo se regula el procedimiento para la tramitación de la solicitud de concesión del demanio hídrico.

B) Inicio

Obtenidas las autorizaciones reguladas en las leyes de planificación territorial y ambiental (Art. 39 del Reglamento), la solicitud para el otorgamiento de la concesión se presentará ante la Administración Pública competente (actual-

(69) Quizá el equívoco tiene su origen en los trabajos preparatorios de elaboración del Proyecto de Ley de Aguas presentado por COPLANARH en la década de los setenta. En el texto de una de las versiones del Proyecto se señala como potestad de la Administración Pública la de «... reservar el aprovechamiento de los caudales que al efecto señale para fines específicos o para su ulterior asignación o concesión a entes públicos...» (P.P. AZPÚRUA, s/f: 470).

(70) Véase sobre los antecedentes normativos: M.A. TORREALBA SÁNCHEZ (2003: 353-376).

(71) G.O. Núm. 2.818 extraordinario del 01/07/1981.

mente el Ministerio de Atención de las Aguas), según la trascendencia o no para el interés nacional o estatal, en la sede central de esta o en sus dependencias regionales (Arts. 40 al 42). Los recaudos formales y el contenido del Estudio de impacto ambiental y sociocultural están descritos en los artículos 43 y 44, y se refieren tanto a exigencias técnicas para la evaluación de la solicitud como a la descripción de los impactos ambientales, la formulación de las medidas para la protección y conservación de ambiente, al igual que a la valoración de los costos ambientales a los fines de la protección de la respectiva fianza de fiel cumplimiento. A ello se agrega la formulación de los planes de supervisión y seguimiento ambientales.

Adicionalmente, el artículo 45 del Reglamento reitera las exigencias ya esbozadas en la Ley de Aguas para el otorgamiento de concesiones y otros títulos habilitantes, a saber: 1) Disponibilidad del recurso en cantidad y calidad requerida para el uso a que se destine el aprovechamiento, incluyendo la garantía de que los volúmenes ya comprometidos con la misma fuente de agua no serán afectados; 2) Que no se ponga en riesgo la salud pública o el ambiente; y 3) No afectación de los derechos de terceros.

C) Sustanciación

A pesar de la remisión legal al Reglamento, este último no contiene mayor regulación sobre la sustanciación del procedimiento una vez interpuesta la solicitud. De allí que cabe entender que, si es admitida luego de la verificación de los requisitos formales, será tramitada entonces sobre la base de los lineamientos generales de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. La única peculiaridad que en esta etapa establece, no solo el Reglamento sino también la propia Ley, es la regulación de la oposición por parte de terceros a la solicitud. Veamos esto seguidamente.

D) Oposición

La Ley de Aguas contempla expresamente la posibilidad de oponerse a la solicitud, así como establece las causales de esta, en el artículo 65, en los siguientes términos:

«Artículo 65.– Toda persona que se crea con derecho o causa justificada podrá oponerse al otorgamiento de las concesiones, asignaciones y licencias de aprovechamiento de aguas y licencias de vertido. Son causales fundamentales para la oposición: 1. La existencia de mejor derecho. 2. La posibilidad de lesiones a derechos preexistentes. 3. La existencia de impedimentos técnicos, debidamente fundamentados. 4. Afectación al ambiente y generación de impactos ambientales y socioculturales irreversibles. 5. Estar en contraposición con los planes de ordenación

territorial. La reglamentación de esta Ley establecerá el procedimiento a que se sujetará el trámite de las oposiciones».

Desafortunadamente, el reglamento no desarrolla este precepto, lo cual consideramos que hubiera sido conveniente al menos para las dos primeras causales, a los fines de esclarecer con precisión en qué consiste cada una y en qué se diferencian (72).

Dado que ello no es así, y a reserva de un estudio más detallado, proponemos como hipótesis interpretativa que el mejor derecho se refiere a aquel que tenga un potencial concesionario a obtener el otorgamiento, por cumplir de manera más idónea y cabal los requerimientos técnicos y ajustarse mejor en su propuesta a la planificación territorial, ambiental e hídrica (73). Mientras que la posibilidad de lesiones a derechos preexistentes se vincula con la probable afectación a los derechos de terceros respecto a usos privativos del mismo recurso en la misma zona o en zona aledaña, sean concesionarios, asignatarios o licenciatarios. O bien, al riesgo de disminución del caudal en cantidad o calidad al punto de poner en riesgo los usos comunes o domésticos de los ribereños y demás usuarios. O incluso, a que la concesión pueda otorgarse de manera distinta en lo que se refiere a su ubicación, con el fin de no hacer demasiado gravosa una servidumbre u otra limitación al ejercicio de derechos de esos terceros (74).

Sin embargo, este último supuesto parece escasamente probable, dado que la mayoría de esos riesgos de producir situaciones innecesariamente dañosas deberían haberse evidenciado en los estudios técnicos presentados por el solicitante de la concesión, en caso de haber sido realizados adecuadamente.

(72) El artículo 34 del Decreto 1.400 (Normas sobre la regulación y el control...) regulaba la oposición y contemplaba como causales: 1) Argumentos de mejor derecho, 2) Argumentos de lesiones de derechos preexistentes y, 3) Impedimentos técnicos. Pero hay que tomar en cuenta que hasta 1999 habían aguas susceptibles de titularidad privada. Además, concibiéndose con más claridad el otorgamiento de concesiones de recursos hídricos como potestades sujetas a procedimientos de concurrencia competitivos, resulta más claro el sentido de las dos primeras causales. Hoy en día, los dos primeros supuestos requerirían de mayor aclaración, salvo que se refieran al régimen transitorio de la Ley de Aguas, en lo concerniente a la publicación de aguas otrora de titularidad privada. En ese mismo sentido, ya T. POLANCO ALCÁNTARA (1959:173), se refería como límite de la concesión de aprovechamiento de aguas a algunos derechos de los ribereños conforme al Código Civil, pero esas disposiciones quedaron derogadas con la Ley de Aguas.

(73) En similar sentido, T. POLANCO ALCÁNTARA (1959:176-177), señala que en la Ley Forestal de Suelos y Aguas de 1942 disponía que, en caso de concurrencia simultánea de varias solicitudes para el aprovechamiento de las mismas aguas, la Administración Pública concedente debía considerar cuál ofrecía mayores ventajas y beneficios para la Nación, lo cual, en su criterio, seguía siendo aplicable.

(74) El ejemplo lo refiere P.P. AZPÚRUA (s/f: 218), como propuesto en las discusiones del Proyecto de Ley de Aguas de COPLANARH.

Lo que sí regula el Reglamento —aunque incipientemente— es el trámite procedimental de la oposición. De acuerdo con su artículo 49, esta puede ejercerse en cualquier fase de procedimiento, expresando claramente el opositor las razones en las que se fundamenta su solicitud y acompañada de los documentos que la justifiquen, de acuerdo con los causales establecidos en el artículo 65 de la Ley de Aguas. Admitida esta, se notifica al interesado —solicitante de la concesión— quien dispondrá de diez (10) días hábiles para responder a la oposición y presentar los documentos que estime pertinentes para respaldar sus alegatos. La interposición de la oposición no paralizará el procedimiento. Sin embargo, este no será decidido (en realidad, es la solicitud de otorgamiento la que no será decidida, decisión que culmina el procedimiento) hasta tanto se resuelva la oposición (artículo 50).

Un vacío reglamentario que deja en desventaja al texto vigente respecto al derogado (Decreto 1400, Normas sobre la regulación y el control...), es que el primero nada pauta respecto a la publicidad que debe hacerse a la solicitud de concesión, especialmente necesaria para que los interesados puedan apersonarse en el procedimiento con el fin hacer oposición. Y es que nadie puede oponerse a algo que desconoce (75).

En general, la regulación derogada, en lo atinente a la incidencia de oposición así como en otros asuntos, sin ser exhaustiva, era mucho más completa y orientaba de mejor forma la sustanciación del procedimiento administrativo (76). De hecho, el único aspecto realmente novedoso que contiene la

(75) También los diversos textos del Proyecto de Ley de Aguas de COPLANARH hacían referencia a la necesaria publicación de las solicitudes de concesión con el fin de que pudieran concurrir al procedimiento todos los potenciales afectados por ellas (P.P. AZPÚRUA y C. SOSA (1984: s/p.).

(76) Con fines ilustrativos la transcribimos parcialmente: «Artículo 33. Recibida la oferta por el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, será evaluada y en caso de ser aprobada, se ordenará la publicación de su texto íntegro por cuenta del solicitante, dos (2) veces, con intervalo no mayor de siete (7) días, en un diario de los de mayor circulación nacional. Esta publicación se realizará a los efectos de salvaguardar los posibles derechos de terceros, mediante la apertura de un plazo para la formulación de oposición. Parágrafo Primero: En todas las publicaciones que se efectúen, se hará constar el número y fecha del oficio por medio del cual se autorizó la publicación. Parágrafo Segundo: Un ejemplar de cada publicación será presentado por el interesado, para ser agregado al expediente administrativo instruido al efecto, dentro de los treinta (30) días continuos siguientes a la fecha de la última publicación. Parágrafo Tercero: Transcurridos los dos (2) meses a que se refiere el parágrafo anterior sin haberse hecho la referida presentación, quedarán sin efecto todas las actuaciones practicadas. Artículo 34. A partir de la última publicación en prensa de la oferta de contrato, se abrirá un lapso de diez (10) días hábiles para la interposición de oposición, la cual será tramitada conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Son causales fundamentales de la oposición: 1. Alegatos de mejor derecho; 2. Argumentos de lesiones de derechos preexistentes; 3. Sustentos de impedimentos técnicos; Las personas con interés legítimo, personal y directo, podrán presentar oposición, mediante documentos

reglamentación vigente en este punto es que su artículo 50 establece no solo que la oposición debe admitirse, sino que, realizado ello, debe notificarse «de inmediato» al solicitante de la concesión, para que dentro de los diez (10) días hábiles, a su vez, la responda y contradiga argumental y probatoriamente. Aclara también que la interposición de la oposición no tiene efectos suspensivos del procedimiento, pero que este no puede culminar hasta tanto se resuelva esta. Da la impresión, pues, curiosamente, de que, mientras en la normativa derogada se hacía énfasis en el resguardo de los derechos de terceros y en la protección de la legalidad al momento de tramitar el otorgamiento de la concesión (y por eso se regulaba la publicidad de la solicitud) en la vigente el enfoque es más hacia la defensa de los intereses del concesionario.

E) Terminación

Nada regula a este respecto el Reglamento, por lo que resulta necesaria la aplicación de la legislación general, esto es, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en lo que se refiere a la culminación de procedimiento. Entendemos que es de vital importancia el requisito de la motivación en el acto administrativo que se pronuncie sobre la procedencia o no del otorgamiento de la concesión, en especial, en lo atinente a la información técnica que respalde el criterio sobre ello. Ello, se haya producido o no oposición por parte de terceros.

De hecho, habrá de tratarse de una motivación bastante pormenorizada para exteriorizar debidamente que la Administración Pública concedente verificó el cumplimiento de los parámetros en cuanto a la planificación territorial, ambiental e hídrica, por una parte, y por la otra, los múltiples requisitos en lo atinente a la protección en cantidad y calidad del recurso hídrico en el caso concreto, así como de los usos comunes o privativos de terceros pautados por la normativa y previamente referidos en estas páginas.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

De forma semejante a lo que sucede en varios países iberoamericanos, en Venezuela no existe una regulación general que pueda considerarse míni-

demonstrativos de sus alegatos, argumentos, sustentos o razones, debiendo acompañar todos los recaudos para determinar la procedencia de la misma. Artículo 35. Vencido el plazo para la oposición sin que se presente alguna, o si interpuesta queda firme su declaratoria sin lugar, el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables procederá al otorgamiento de la concesión y, mediante Resolución, ordenará la publicación del respectivo contrato en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela». (Decreto 1400, Normas sobre la regulación y el control...).

mamente idónea en lo que se refiere al establecimiento de las pautas que informan a la concesión de bienes del dominio público como categoría jurídica del Derecho Administrativo. De hecho, el reciente intento de disciplinar el tema de los bienes públicos mediante Ley resultó poco afortunado, por no decir infructuoso, en opinión de la doctrina especializada.

Menos aún se ha construido una teoría general de la concesión, ni de la concesión de bienes demaniales, en el Derecho Administrativo venezolano. Sí existen, en cambio, trabajos en diversos ámbitos sectoriales, especialmente en el caso de las concesiones mineras y de exploración y explotación de hidrocarburos, lo que obedeció a la propia dinámica económica y financiera de evolución y funcionamiento del Estado venezolano.

En efecto, en una sociedad rentista dependiente del Estado desde hace casi un siglo, el Derecho Administrativo en materia minera y, aún más, de hidrocarburos, tuvo marcada importancia como marco regulador del creciente protagonismo de esas actividades en tanto se convirtieron en la principal fuente de ingresos económicos del país.

Así pues, el estudio de las concesiones demaniales inició básicamente con el desarrollo de la legislación minera y de hidrocarburos, produciendo valiosos aportes doctrinarios en estos sectores, pero no un marco normativo o conceptual general.

En materia de recursos hídricos, la dualidad de regímenes aguas públicas-aguas privadas, persistente desde el último tercio del siglo XIX y que se extendió durante todo el siglo XX, generó un régimen igualmente sectorial, mediante las leyes que se ocuparon de ir normando los aspectos administrativos no regulados en el Código Civil. Por consiguiente, el tema de las concesiones de uso y aprovechamiento de aguas encontraba como primer obstáculo el que su empleo se debía limitar a las hipótesis de grandes aprovechamientos de aguas del dominio público. Tal supuesto encontró poca regulación en las disposiciones de rango legal, y más escasa aplicación aún. Ejemplo de ello es que no fue sino hasta la última década del siglo XX cuando se produjo un instrumento normativo sub-legal con vocación de integralidad y sistematicidad sobre el tema de los recursos hídricos y de su aprovechamiento, en desarrollo de las leyes de décadas previas.

A partir de la publicación de todos los recursos hídricos en la Constitución de 1999, el tema de las concesiones de aprovechamiento de aguas debió haber adquirido mayor importancia. Ello, habida cuenta de que se trata de la técnica iuspublicista usual para la instrumentación y control de los grandes aprovechamientos de las aguas, ahora como bienes del dominio público en todas sus manifestaciones. No fue así, lo que se refleja en que hubo que esperar 7 años para que entrara en vigencia el instrumento de rango legal que desarrollara el mandato constitucional, y 11 más para que este último, a su vez, fuera objeto de desarrollo reglamentario.

En cuanto al marco general de las concesiones demaniales de recursos hídricos, puede señalarse que este responde a los caracteres clásicos de tal categoría en la legislación venezolana, en cuanto a que resultan los títulos habilitantes para el uso y explotación de cierta magnitud de una serie de bienes del dominio público (los llamados usos privativos). Título que, mediante la técnica de la contratación pública, otorga un derecho real administrativo de forma temporal y bajo una serie de condiciones técnicas detalladas que determinan y condicionan el ejercicio de las potestades administrativas tanto en su otorgamiento como en sus atribuciones de supervisión y seguimiento. Así pues, la presencia de la discutiblemente llamada «discrecionalidad técnica» es índice de la muy limitada verdadera discrecionalidad administrativa en toda la materia.

En lo que respecta a los pormenores de las concesiones de aprovechamiento de recursos hídricos, tanto la Ley como el Reglamento respectivos regulan de forma insuficiente, y a veces incluso deficiente, aspectos de especial importancia, contrastando esos vacíos con las soluciones previamente establecidas por el régimen preconstitucional, e incluso por el Proyecto de Ley de Aguas de COPLANARH. Ejemplo de ellos, la naturaleza y determinación de contraprestación o canon por el aprovechamiento concedido o los supuestos de terminación anticipada de la relación concesoria-contractual en el ámbito sustantivo. Y, en el procedimental, la tramitación de la oposición al otorgamiento de la concesión en el respectivo procedimiento administrativo. Se plantea así pues, de *lege ferenda* y cuando la ocasión sea más propicia, la revisión del régimen legal y reglamentario de la concesión tratada en estas páginas.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARAUJO-JUÁREZ, José (2007): *Derecho Administrativo. Parte general*, Caracas, Ediciones Paredes, 1.080 pp.
- (2010): *Derecho Administrativo General. Servicio Público*. Caracas, Ediciones Paredes, 354 pp.
- AVELLANEDA, Eloísa (2014): «Comentarios sobre el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos», en *Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos*, Caracas, UCV, pp. 63-80.
- AZPURÚA Q., Pedro Pablo (s/f): *Agua, ambiente y desarrollo. Papeles de Pedro Pablo Azpurúa*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello-Fundación Polar, 1.590 pp., <https://bibliofep.fundacionempresaspolarg.org/publicaciones/libros/agua-ambiente-y-desarrollo/>
- AZPURÚA Q., Pedro Pablo y Cecilia SOSA G. (1984): *Hacia una Ley de Aguas. Evolución del Proyecto de Ley (1972-1982)*, Caracas, s/e, s/p.

- BADELL MADRID, Rafael (2002): *Régimen jurídico de las concesiones en Venezuela*, Caracas, s/e., 489 pp.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. (1976): *Derecho y Administración de las aguas y otros recursos naturales*, Caracas, U.C.V., 282 pp.
- (2000): «Prólogo. Sobre el régimen constitucional aplicable a las concesiones de obras y servicios públicos», en Alfredo Romero Mendoza (Coord.), *Régimen legal de las concesiones públicas. Aspectos jurídicos, financieros y técnicos*. Caracas, E.J.V., pp. 9-16.
 - (2007): «Estudio sobre el régimen de las aguas», en *Ley de Aguas*, Caracas, E.J.V., pp. 13-77.
 - (2013): «Notas sobre el régimen jurídico general de las concesiones administrativas en Venezuela», en *Libro Homenaje a la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos*, México, UNAM, pp. 61-101.
 - (2018): *Crónica de una destrucción. Concesión, nacionalización, apertura, constitucionalización, desnacionalización, estatización, entrega y degradación de la industria petrolera*, Caracas, CERECO UMA-EJV, 729 pp.
 - (2019): *Sobre las nociones de contratos administrativos, contratos de interés público, servicio público, interés público y orden público, y su manipulación legislativa y jurisprudencial*, Caracas, E.J.V., 260 pp.
 - (2021): *Estudios sobre Petróleos de Venezuela S.A. PDVSA y la industria petrolera nacionalizada 1974-2021*, Caracas, E.J.V., 494 pp.
- CANÓNICO SARABIA, Alejandro (2014): «Sinopsis sobre la regulación de los bienes públicos en Venezuela», en *Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos*, Caracas, U.C.V., pp. 37-62.
- CAPUTI JAMBRENGHI, V. (1993): «I beni pubblici», en L. Mazarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco y F.G. Scoca (Ed.), *Diritto Amministrativo*, II, Bologna, Monduzzi Editore. Bologna, pp. 915-977.
- DE LA RIVA, Ignacio M. (2010): «La concesión de uso de bienes del dominio público», *Jurisprudencia Argentina*, número especial, fascículo 13, 2010-III, pp. 55-66.
- DE LAUBADÈRE, André et Yves GAUDEMET (1998): *Traité de droit administratif*, Tome 2. Droit administratif des biens, Paris, L.G.D.J., 475 pp.
- DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria (2016): «Proyección constitucional del Derecho de Obligaciones», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 7, pp. 87-123.
- (2017): *Curso de Derecho Civil III. Obligaciones*, Caracas, Editorial R.V.L.J., 711 pp.
- DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria y Carlos PÉREZ FERNÁNDEZ (2022): *Curso de Bienes y Derechos Reales*, Caracas, Editorial R.V.L.J., 1.141 pp.

- DUQUE CORREDOR, Román J. (2014): «Breve relación sobre la reforma del régimen jurídico de las aguas en Venezuela», en Congreso Internacional de Códigos y Desafíos para Enfrentar la Crisis del Agua, Argentina, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, pp. 315-323. <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/43527>.
- DUQUE SÁNCHEZ, José Román (1966): *Manual de Derecho Minero venezolano*, 2da ed., Caracas, U.C.A.B., 350 pp.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael (2009): «Las concesiones demaniales en el tráfico jurídico-privado», en Gabriel de Reina Tartière (Coord.), *Dominio público. Naturaleza y régimen de los bienes públicos*, Buenos Aires, Heliasta, pp. 341-412.
- FERNÁNDEZ MORALES, Juan Carlos (2007): *Administración del Agua. Estudio Comparativo entre el Derecho español y venezolano*, Mérida-Venezuela, U.L.A., 364 pp.
- GARCÍA PÉREZ, Marta (1997): «Naturaleza jurídica de la autorización y la concesión, a propósito de la utilización del dominio público», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, 1, pp. 337-351.
- GARRIDO FALLA, Fernando (2002): *Tratado de Derecho Administrativo*. Parte general: conclusión. Volumen II. 11º ed, Madrid, 556 pp.
- GHAZZAOUI PIÑA, Ramsis (2014): «Notas sobre el uso, aprovechamiento y gestión de los bienes del dominio público», en Alejandro Canónico Sarabia (Coord.), *Temas relevantes sobre los contratos, servicios y bienes públicos, VI Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, Caracas, E.J.V.–C.A.J.O., pp. 117-135.
- (2015): «La caducidad como forma de extinción de las concesiones demaniales y las garantías del concesionario: el caso de las concesiones mineras», *Revista Derecho & Sociedad*, 45, pp. 333-341.
 - (2016): «El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos: otra oportunidad perdida», *Boletín Electrónico de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, pp. 62-71. <http://w2.ucab.edu.ve/boletin.derechoadmin.html>.
- GONZÁLEZ BERTI, Luis (1981): *Compendio de Derecho Minero*, 4º ed., Mérida-Venezuela, Facultad de Derecho de la U.L.A., 1.521 pp.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1957): «Los derechos reales administrativos», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 25-26, pp. 79-113 (<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/25/dtr/dtr5.pdf>).
- GROSDIDIER, Jean (2013): «L'attribution de droits réels aux occupants du domaine public: une reformulation a-propiétariste», *Les annales de Droit*, 7, p. 111-136. <https://journals.openedition.org/add/821>.

- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio (2006): *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Caracas, E.J.V., 681 pp.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael (2012): «La regulación de la reserva de Estado de las actividades de exploración y explotación del oro, así como las conexas y su impacto sobre los medios de resolución de controversias», *Revista de Derecho Público*, 130, pp. 295-306.
- (2015): «La formación, trayectoria, significado actual, estado de la doctrina y enseñanza del dominio público en Venezuela», en F. López-Ramón y O. Vignolo Cueva (Coords.), *El dominio público en Europa y América Latina*, Lima, Red Internacional de Bienes Públicos-Círculo de Derecho Administrativo Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 445-493.
- (2021): «Los títulos habilitantes y las actividades económicas de interés general», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 16, pp. 275-310.
- LARES MARTÍNEZ, Eloy (2001): *Manual de Derecho Administrativo*, 12ª ed., Caracas, U.C.V., 741 pp.
- LEAL W., Salvador (2001): «El régimen de concesiones públicas», en F. Parra Aranguren y A. Rodríguez García (Edits.): *Estudios de Derecho Administrativo. Libro homenaje 20 años de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, pp. 71-89.
- MARIENHOFF, Miguel (1996): *Permiso especial de uso de bienes del dominio público. Régimen jurídico de la «precariedad»*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 71 pp.
- (1998): *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. Dominio público*. 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 733 pp.
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (1997): *Derecho de aguas*, Madrid, Editorial Civitas, 734 pp.
- NIKKEN, Claudia (2012): «Sobre el Decreto N° 9.041 mediante el cual se dicta el decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos», *Revista de Derecho Público*, 130, pp. 209-250.
- PARADA, Ramón (2000): *Derecho Administrativo III. Bienes Públicos. Derecho Urbanístico*, 8ª ed., Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 626 pp.
- PEÑA SOLÍS, José (2003): *Manual de Derecho Administrativo. La actividad de la Administración Pública: de policía administrativa, de servicio público, de fomento y de gestión económica*, Vol. 3º, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 694 pp.
- POLANCO ALCÁNTARA, Tomás (1959): *Derecho Administrativo Especial*, Caracas, U.C.V., 355 pp.

- RICHER, Laurent (2011): «Les cent ans de la théorie des droit réels», *Colloque Contrats et propriété publics*, Montpellier, 28-29 avril 2011, pp. 1-8. <https://www.laurentricher.fr/wp-content/uploads/2020/07/Les-cent-ans-de-la-th%C3%A9orie-des-droits-r%C3%A9els.pdf>.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Armando (2000): «Comentarios sobre el régimen de los bienes públicos en la Constitución de 1999», *Revista de Derecho Público*, 84, pp. 63-68.
- (2014): «Apuntes sobre el régimen patrimonial de los bienes públicos y la articulación territorial del Estado», en *Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos*, Caracas, U.C.V., pp. 17-36.
 - (2014b): «Articulación territorial del poder y régimen de los bienes públicos», en Alejandro Canónico Sarabia (Coord.), *Temas relevantes sobre los contratos, servicios y bienes públicos*, VI Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Caracas, E.J.V.– C.A.J.O, pp. 73-100.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1997): «Los bienes públicos en general», en Miguel Sánchez Morón (Dir.), *Los bienes públicos (régimen jurídico)*, Madrid, Tecnos, pp. 19-77.
- TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel (2003): «El procedimiento administrativo de concesión por adjudicación directa de uso y aprovechamiento de recursos hídricos», *Revista de Derecho*, 10, pp. 353-376.
- (2021): «Aproximación al régimen jurídico de los recursos hídricos en Venezuela. Especial referencia a su marco institucional y regímenes de control y sancionador», en J.A. Pimiento Echeverría y G. García Álvarez (Coords.), *Lecturas de Derecho de Aguas. El Derecho de Aguas en Latinoamérica y Europa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 124-169.
- TURUHPIAL CARIELLO, Héctor (2008): *Teoría general y régimen jurídico del dominio público en Venezuela*, Caracas, FUNEDA, 513 pp.
- (2021): *La actividad administrativa*. Caracas, CIDEP, 2021, 723 pp.

¿UN RÉGIMEN LEGAL ESPECIAL PARA LAS CONCESIONES DEL SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO EN COLOMBIA? ALGUNAS IDEAS PARA REABRIR UN DEBATE

HÉCTOR SANTAELLA QUINTERO

Profesor del Departamento de Derecho Administrativo de la
Universidad Externado de Colombia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. EL CAMBIO PROFUNDO EN EL MODELO DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.– III. LA INFRAESTRUCTURA PÚBLICA COMO RESULTADO PREDOMINANTE DEL MODELO ANTERIOR.– IV. EL REINO DE LA DIVERSIDAD: CONSECUENCIAS DE LA GESTIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA LOCAL EN UN ENTORNO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.– V. ALGUNAS DISTORSIONES APAREJADAS A LA NEGACIÓN DE LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO COMO VEHÍCULO APTO PARA LA TRANSFERENCIA DE LA GESTIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO EN COLOMBIA: 1. La incertidumbre jurídica y las distorsiones para garantizar plenamente la primacía del interés general 2. Las distorsiones a los tipos contractuales utilizados.– VI. REFLEXIONES FINALES.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La liberalización de los servicios públicos domiciliarios (acueducto, alcantarillado, energía y gas) en Colombia trajo como consecuencia la desaparición del monopolio público antes imperante. Como un efecto reflejo, la concesión de servicios públicos fue relegada a un lugar muy secundario. La no titularidad pública de estos servicios (ahora liberalizados) se entiende como una objeción para su concesión. Sin embargo, la observación de la realidad permite apreciar que detrás de la entrega material que rutinariamente hacen los municipios a operadores especializados por otras vías contractuales se suele encubrir una verdadera encomienda de gestión del servicio. Este artículo cuestiona las bases teóricas de la posición mayoritaria, que excluye la celebración de concesiones de servicio en el campo del acueducto y alcantarillado por falta de titularidad pública de estos servicios, y aboga por una legislación especial que despeje todas las dudas a este respecto y ofrezca a la concesión de servicios una nueva oportunidad de cumplir el papel que históricamente ha desarrollado, como instrumento articulador de las necesidades colectivas y la iniciativa privada.

Palabras clave: concesión de servicios públicos de acueducto y alcantarillado; liberalización de los servicios públicos; *publicatio* de los servicios públicos.

ABSTRACT: The liberalization of public utilities and services like aqueduct, sewage, energy and gas in Colombia resulted in the disappearance of the previously prevailing public monopoly. As a reflex effect, the classic concession of these public services was

relegated to a very secondary place. The non-public ownership of these services (now liberalized) is understood as an objection to their concession. However, the observation of reality in the water sector show that behind the transfer of local infrastructure to specialized operators through other contractual means, a true assignment of the services of aqueduct and sewage is usually concealed. This article questions the theoretical bases of the majority position, which excludes the celebration of service concessions in the field of aqueduct and sewerage due to lack of public ownership of these services, and advocates for a special legislation that clears up all doubts in this regard and offer the concession of services a new opportunity to fulfill the role that it has historically developed, as an articulating instrument of collective needs and private initiative.

Key words: concession of public water and sewerage services; liberalisation of public services; publicio of public services.

I. INTRODUCCIÓN

Pocas figuras dentro del Derecho Administrativo parecen haber sufrido la suerte trágica de la concesión de servicios públicos en Colombia: de estrella refulgente de su firmamento a pequeña partícula errante por su enorme cosmos... Tal podría ser la conclusión a la que arribe cualquier observador desprevenido que se asome al panorama jurídico colombiano y aprecie las cosas desde la esquina de los llamados servicios públicos domiciliarios (a saber: acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y distribución de gas combustible, según su definición legal (1)). De protagonista indiscutible de este campo en otro tiempo, la realidad actual de los servicios públicos domiciliarios apenas ofrece a la concesión de servicios públicos un rol de figurante, que ni siquiera cabe calificar de secundario. Su suerte cambió para siempre desde la entrada en vigor de la Constitución de 1991. La expedición de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios en 1994 (Ley 142 de 1994 o LSPD), pocos años después, le dio el puntillazo final, al liberalizar de manera decidida sectores donde otrora se pavoneó de la mano del monopolio público.

No parecen estos ser tiempos propicios para la concesión de servicios públicos. Ya no se le ve con buenos ojos; se recela de ella, se le arrincona y arrumba en lugares recónditos de la legislación y del sector. Por eso, aunque su reconocimiento legal figura en el artículo 32.4 de la legislación de contratos estatales (Ley 80 de 1993), en el ámbito de los servicios de acueducto y alcan-

(1) *Vid.* artículo 14.21 de la Ley 142 de 1994. De acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia T-578 de 1992, que efectúa una interesante caracterización de esta categoría constitucional, los servicios públicos domiciliarios «son aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de la persona».

tarillado no se le ve: los municipios propietarios de la infraestructura para su prestación la evitan y, remilgosos, prefieren frecuentar otros tipos contractuales más modernos y menos fustigados.

Aunque un vistazo a los principales materiales jurídicos del sector (regulación, jurisprudencia y doctrina) permitiría corroborar la progresiva relegación de la concesión de servicios públicos a un rincón recoleto de este importante ámbito de la vida jurídico-administrativa nacional, tengo la convicción de que un análisis crítico y no formalista de la realidad jurídica que subyace a esos mismos materiales permite apreciar las cosas desde otra óptica. Por esto, el presente escrito tiene un doble propósito: desde un prisma metodológico, quiere resaltar la importancia de la valoración de las realidades jurídicas desde una perspectiva material y concreta, que no se desentienda de cómo operan las cosas en la realidad. Hay también, como es lógico, una finalidad clara de tipo sustancial o dogmática: el texto busca lanzar algunas ideas que pongan a prueba las bases teóricas sobre las cuales se suele sustentar el asombroso destierro conceptual que ha sufrido la concesión de servicios públicos en Colombia y abrir un debate sobre la necesidad de dotar a este sector de una legislación especial, que tome en cuenta sus particularidades y, prevalido de su larga tradición y fortalezas probadas, ofrezca a la concesión de servicio público un nuevo aire.

En aras de lograr estos objetivos, en un primer momento se realiza una exposición del drástico cambio de modelo en los servicios públicos operado en Colombia en los años 90 del siglo XX (1), para examinar después cómo el viejo esquema de prestación monopolista a cargo del Estado procuró a los municipios un importante activo, en cuanto los dotó de una valiosa infraestructura para la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado (2). Luego se plantea la incidencia que ha tenido el actual modelo de libre mercado en la gestión de este activo por parte de los municipios (3), para explorar enseguida algunos problemas concretos que ello genera desde una perspectiva dogmática jurídica (4). El artículo cierra con algunas reflexiones finales, en donde se alude a cómo la prenotada tragedia de la concesión del servicio público puede no haber terminado aún, y bien podría conocer un nuevo giro: uno en el cual se venzan los prejuicios teóricos que hasta la fecha han imperado, y le brinden a esta histórica figura una nueva oportunidad en el Derecho de los servicios públicos domiciliarios en Colombia (5).

II. EL CAMBIO PROFUNDO EN EL MODELO DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

De manera análoga a lo sucedido en otras latitudes (2), también en Colombia el primer tramo del siglo XX marcó un cambio significativo en la

(2) G. ARIÑO ORTIZ (2003). *Principios de Derecho Público Económico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 137 y ss.

forma como el Estado asume su papel frente a la comunidad. Para el caso de servicios públicos básicos como el acueducto, alcantarillado y la energía eléctrica, los años 30 del siglo XX dieron paso a una importante transformación. Aun cuando para el legislador de entonces no existía la categoría «servicios públicos domiciliarios» (hoy reconocida a nivel constitucional (3), legal y jurisprudencial) y se carecía de un régimen legal sistemático de esta materia, en línea con los postulados introducidos por la reforma constitucional de 1936 sobre el Estado de bienestar, se expidió un importante bloque de normas legales para disciplinar este asunto (4). Hasta ese entonces, comenta SANTOFIMIO GAMBOA, el modelo imperante «se caracterizaba por la ausencia de intervención, regulación, control o inspección de carácter significativo por parte de las autoridades administrativas nacionales o locales. El régimen de tarifa, ampliación de redes y coberturas quedaban en muchos casos a la iniciativa de los prestadores particulares, sin ninguna injerencia estatal y sí dependiendo de sus intereses y deseos de lucros significativos con su actividad privada» (5).

La reforma constitucional de 1936 marcó, entonces, un notorio punto de inflexión en este campo: formalizó el arribo de las doctrinas jurídicas solidarias y del pensamiento social al país, apuntó a sentar las bases para la modernización del orden jurídico, económico y social nacional (6), y supuso el arraigo de la idea duguitiana de que el Estado era una organización vinculada y legitimada por la prestación de servicios públicos (7). La reforma constitucional de 1936 oficializó esta transformación en la concepción del Estado (8) y llevó a que se expidieran importantes normas que variaron de manera definitiva el panorama en este sector (9).

(3) Vid. artículos 367-370 de la Constitución.

(4) F. PARDO FLÓREZ (2018). «Los municipios y la gestión de los servicios públicos: entre la limitación de la autonomía y la obligación de garantía», en *Derecho de las entidades territoriales* (Eds. P. Robledo, H. Santaella y J. C. Covilla), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 254 y ss.

(5) J. O. SANTOFIMIO GAMBOA (2010). El contrato de concesión de Servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado Social y democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos (Tesis Doctoral), Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, p. 291.

(6) Al respecto, véase A. TIRADO MEJIA y M. VELÁSQUEZ (1982). *La reforma constitucional de 1936*, Bogotá, Editorial La Oveja Negra. También F. HINESTROSA (1997). «60 años de la reforma constitucional de 1936», en *Revista de Derecho del Estado*, No. 1, pp. 5 y ss.

(7) Cfr. L. DUGUIT (1926). *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Beltrán, pp. 71 y ss. En Colombia será un notable exponente de estas ideas C. H. PAREJA, en cuyo concepto, «[m]ás que para mandar el gobierno se organiza para servir». Vid. C. H. PAREJA (1937). *Curso de Derecho Administrativo*, Bogotá, Editorial ABC, p. 105.

(8) J. O. SANTOFIMIO GAMBOA (2010). El contrato de... *Ob. Cit.* pp. 291 y ss.

(9) F. PARDO FLÓREZ (2018). «Los municipios y la... *Op. Cit.*, pp. 354 y ss.

Se destacan así leyes como la Ley 65 de 1936, que declaró como «servicio público fundamental» el abastecimiento de agua (artículo 1), definió las principales reglas para la organización de este servicio a nivel municipal y departamental (artículos 1 y 2) y señaló que aun cuando las obras se ejecutaran con recursos de la Nación, los bienes resultantes de su ejecución «serán entregados por la Nación a los Municipios y pasarán a ser propiedad de éstos», con algunas reservas (artículo 10). En esta misma línea, la Ley 109 de 1936 facultó al Gobierno para revisar la situación jurídica en que se hallaban las empresas que aprovechaban «aguas de uso público para el servicio de acueductos o para producir energía o que ocupen bienes de uso público con redes de acueductos o conductoras de energía» y para «legalizar su funcionamiento» (artículo 1). Señaló asimismo que «[l]as tarifas y reglamentos de las empresas de servicios públicos a que se refiere el artículo anterior, serán sometidas a la aprobación del Gobierno y no podrán regir sin ella» (artículo 2). Y dispuso, entre otras, que «[c]uando se trate de tarifas y reglamentos de empresas de acueducto, el Gobierno se abstendrá de aprobarlas mientras no haya llegado al convencimiento de que el agua que suministra la empresa reúne las condiciones de agua potable» (artículo 3). El Estado intervencionista y prestacional se ponía en marcha. En línea con esta premisa, el artículo 23 de la Ley 126 de 1938 declaró de utilidad pública «la adquisición por la Nación, los Departamentos o los Municipios, de las empresas de producción, conducción y distribución de energía eléctrica, las de teléfonos y las de acueductos, destinadas a prestar servicio público» (artículo 23). También dispuso que estas empresas «quedan sometidas al control del Gobierno Nacional, el cual ejercerá las funciones de fiscalización e inspección técnica y económica que considere necesarias para garantizar una correcta prestación de los servicios» (ídem). Pocos asuntos como la gestión de los servicios de acueducto y alcantarillado encapsulan de forma tan viva los intereses de la comunidad y concitan tanta atención de parte de las autoridades.

El paso del siglo XX vio afianzarse la responsabilidad del Estado frente a la prestación de los servicios públicos domiciliarios; primero de forma centralizada (10) y luego, tras la reforma constitucional de 1986, de la mano de la descentralización administrativa entonces promovida (11). De este modo, en el último tramo del siglo pasado, la prestación de los servicios públicos básicos

(10) Esta situación fue producto de la creación del Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico por la Ley 80 de 1946 y del Instituto de Fomento Municipal por el Decreto 289 de 1950, así como de la reforma administrativa de 1968 y su batería de entes descentralizados por servicios del orden nacional.

(11) La ley 12 de 1986 fortaleció las haciendas locales y el Decreto 77 de 1987, «por el cual se expide el Estatuto de Descentralización en beneficio de los municipios», formalizó la transferencia o devolución o de la responsabilidad de los entes territoriales sobre los servicios de agua potable, saneamiento básico, matadero público, aseo público y plazas de mercado.

en general, y del servicio de acueducto y alcantarillado en particular, seguía siendo una responsabilidad del Estado, pero gestionada desde local. Por esto, el Decreto Ley 1333 de 1896 (Código de Régimen Municipal), al ocuparse de estos asuntos contemplaba en sus artículos 157 y 164 que el municipio podía prestar estos servicios de manera directa [por medio de un establecimiento público o una empresa industrial y comercial del orden municipal (12)] o indirecta [mediante una entidad descentralizada indirecta o de segundo grado, como una sociedad de economía mixta (13)].

Con todo, los correctivos introducidos al monopolio público por la gestión descentralizada no fueron suficientes para salvar el esquema de los problemas que lo aquejaban. Pocos años después de la reforma constitucional de 1986, en la Asamblea Nacional Constituyente instalada en 1991, al examinar este asunto, se declaraba que «la insuficiencia e ineficiencia, la mala calidad y la corrupción, la burocratización política y lo confiscatorio de las tarifas, unido al total desgüeño en el manejo administrativo, ameritan ciertamente, una radical gestión estatal de control y vigilancia, y asimismo, obligan a la Asamblea Nacional Constituyente a buscar soluciones y propuestas realistas pero radicales y con visión futurista» (14) (negritas fuera de texto).

En este contexto tuvo lugar el drástico cambio de modelo introducido por la Constitución en este frente. Ciertamente, las disposiciones del Capítulo 5° del Título XII del Texto Constitucional (artículos 365-370) siembran las bases para un nuevo modelo, no monopolista y no estatalista, de prestación de servicios públicos en general, y de servicios públicos domiciliarios, en particular. En este bloque de normas, aunque se reconoce a los servicios públicos como «inherentes a la finalidad social del Estado», se impone a las autoridades el deber de «asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional», se reserva al Estado las tareas de regulación, vigilancia y control de los operadores, se faculta al legislador para definir su régimen jurídico y se disuelve el monopolio público, al proclamar que ellos pueden ser «prestados por el Estado, directamente o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares» (artículo 365). En síntesis, a la par que se establece la responsabilidad estatal frente a la garantía de la prestación eficiente de los servicios públicos en todo el territorio nacional, se asigna al Estado un claro papel de regulador y supervisor del sistema y se exalta el nexo vital de estos

(12) Artículo 157.

(13) Artículo 164.

(14) O. HOYOS, C. LEMOS SIMMONDS, R. LLOREDA CAICEDO, I. MOLINA, C. OSSA ESCOBAR, A. YEPES PARRA (1996). «Ponencia: Régimen económico y finalidad del Estado», en *Gaceta Constitucional*, No. 53, pp. 2 y ss. Tomado de C. LLERAS DE LA FUENTE y M. TANGARIFE TORRES. *Constitución Política de Colombia. Origen, evolución y vigencia*, Bogotá, Ediciones Rosaristas – DIKE – Pontificia Universidad Javeriana, pp. 1351-1352.

servicios con el Estado social de Derecho sancionado por la Constitución, se abraza una concepción económica de esta actividad, que abre su prestación a los particulares y pone fin al monopolio público antes existente. Ello, acompañado de una notable reserva de ley en este campo (15), en virtud de la cual se habilitó al legislador para desarrollar e innovar en la definición del régimen jurídico de estos servicios. De esta forma, como a la postre sucedió, se validó constitucionalmente la posibilidad de apartarse del clásico de Derecho Administrativo, tradicionalmente ligado a la actividad administrativa de prestación de estos servicios (16).

No en balde se ha dicho, entonces, que con este marco normativo, el Constituyente de 1991 quiso «de una manera reflexiva y consciente, dar paso a un modelo de gestión [de los servicios públicos] cuyo paradigma es la libre competencia, la libertad de concurrencia y la eficiencia económica» (17). No obstante, la propia Constitución contempla dos nítidas excepciones a este régimen de libertad de empresa y libre competencia: la implantación legal de un monopolio público (artículo 336 (18)) y la reserva al Estado de un servicio público (artículo 365 (19)). Además, en virtud de la reserva de ley contemplada en esta materia, la Constitución permite al legislador desarrollar el régimen jurídico de los servicios públicos e introducir otras figuras exceptivas de la libre competencia. El reconocimiento legal de las áreas de servicio exclusivo (artículo 40 de la Ley 142 de 1994 o LSPD), como supuesto efectivo de exclusión de la competencia respecto de un determinado servicio en un área territorial acotada [no como un supuesto de reserva para el Estado de la titularidad del servicio (20)], permite ilustrar esta situación (21).

(15) Vid. A. MONTAÑA PLATA (2002). *El concepto de servicio público en el Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 93 y ss.

(16) Al respecto, véase, entre otras, de la Corte Constitucional, las sentencias C-263 de 2013, C-150 de 2003, C-066 de 1997 o C-263 de 1996.

(17) D. DE LA TORRE VARGAS (2014). *Regionalización de servicios públicos y propiedad municipal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 15.

(18) De acuerdo con lo previsto por el artículo 336 de la Constitución: «Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de una ley».

(19) La figura de la reserva estatal de un servicio público está prevista por el párrafo 2º del artículo 365 de la Constitución, y se supedita a (i) que existan razones de soberanía o de interés social (ii) declaradas por el legislador (iii) mediante ley aprobada por una mayoría absoluta del Congreso (iv) tramitada por iniciativa del Gobierno (v) previa indemnización plena de las personas que resulten privadas del ejercicio lícito de su actividad.

(20) Pareciera ser este el planteamiento, del que se discrepa, de J. C. COVILLA MARTÍNEZ (2014). *Autorizaciones y concesiones en el Derecho Administrativo colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 83.

(21) Cfr. J. RAMÍREZ GÓMEZ (2003). «Régimen legal de la competencia en servicios públicos domiciliarios», en *Revista de Derecho – Universidad del Norte*, No. 20, pp. 110 y ss.

Sea como sea, la preocupación por ampliar la cobertura, renovar y mejorar las redes, elevar el nivel de calidad de los servicios y promover una mayor eficiencia entre los operadores, llevó al Gobierno de entonces a presentar un proyecto de ley que a la postre sería expedido como la actual LSPD. Con él se quiso dar pleno desarrollo a las opciones de liberalización ofrecidas por el marco fijado por la Constitución e implantar un modelo empresarial de prestación de estos servicios.

Así, según se relata en la exposición de motivos del Proyecto de ley No. 197 de 1992-Senado, los objetivos perseguidos respecto a la cobertura, calidad y eficiencia serían alcanzados gracias a la acción de cinco instrumentos: «*libertad de entrada* a quienes quieran prestar los servicios públicos; *competencia* entre quienes los presten, cuando la competencia sea naturalmente posible; *control* sobre quienes presten servicios públicos en condiciones de monopolio, para evitar abusos en la posición dominante; *vigilancia* sin obstruccionismo burocrático; y *sanciones* eficaces para los infractores de las normas» (22).

El viejo régimen de monopolio públicos y títulos habilitantes quedaba oficialmente atrás. Así se desprende tanto de lo dispuesto por el artículo 10, como de los artículos 9.2 y 186 LSPD. Según el primero de estos preceptos, «[e]s derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley», y sin perjuicio, por supuesto, del deber legal de contar con las autorizaciones y permisos de las autoridades competentes para el uso y aprovechamiento de bienes públicos (recursos naturales, bienes de uso público, espectro radioeléctrico, etc.) cuando ello sea requerido (23). Conforme al segundo, el usuario goza de libertad para elegir al prestador del servicio y al proveedor de los bienes indispensables para ello. Según la tercera disposición citada, por último, la LSPD «reglamenta de manera general las actividades relacionadas con los servicios públicos definidos en esta Ley; deroga todas las leyes que le sean contrarias; y prevalecerá y servirá para complementar e interpretar las leyes especiales que se dicten para algunos de los servicios públicos a los que ella se refiere». La entrada en vigencia de esta nueva normativa, el 12 de julio de 1994, marcó el fin del régimen anterior.

Bajo el esquema actual la libre entrada y libre competencia son la regla general, exceptuada apenas allí donde se declara un áreas de servicio exclusivo (artículo 40 LSPD). Ni siquiera en los eventos en los cuales se configura alguno de los supuestos excepcionales previstos por el artículo 6° LSPD para

(22) GOBIERNO DE COLOMBIA (1992). Proyecto de ley No. 197 de 1992 – Senado, *Gaceta del Congreso*, No. 162, 17 de noviembre de 1992, p. 39.

(23) Ver artículos 22, 25 y 26 LSPD.

la prestación directa por el municipio se puede entender excluida la libertad de entrada; pues, como se dispone en el inciso final de dicha norma, «[d]e acuerdo con el artículo 366 de la Constitución Política, la autorización para que un municipio preste los servicios públicos en forma directa no se utilizará, en caso alguno, para constituir un monopolio de derecho».

III. LA INFRAESTRUCTURA PÚBLICA COMO RESULTADO PREDOMINANTE DEL MODELO ANTERIOR

Como quedó reseñado, la liberalización perfilada por la Constitución y desarrollada luego por la LSPD abrió al mercado en competencia el ámbito de los servicios públicos domiciliarios. Sin embargo, ello no varió un dato predeterminado por la dinámica propia del modelo anterior: el monopolio público había provisto al Estado, y fundamentalmente a los municipios, con un importante activo: la infraestructura para la prestación de estos servicios básicos. Ello es palpable en los sectores de acueducto y alcantarillado, donde más que privatizadas, las viejas empresas municipales fueron mayormente disueltas y liquidadas para entregar el servicio y los bienes municipales a nuevas empresas públicas o mixtas, concebidas bajo la lógica de la LSPD (24) y creadas libres de las pesadas cargas pensionales, salariales y burocráticas que arrastraban las entidades previamente responsables de estos servicios.

En este orden de ideas, aunque la LSPD contempla la libertad de entrada y el derecho de cada empresa a construir y operar sus propias redes (artículo 28 LSPD), por los costes asociados a la construcción de una nueva infraestructura de acueducto y alcantarillado resulta poco probable en la práctica que un operador entrante quiera desarrollar su propia red. Además, por el carácter vital que tienen el acueducto y alcantarillado para la calificación de una vivienda como digna (25), la legislación urbanística impone a los promotores de proyectos urbanos, a manera de carga urbanística, el deber de desarrollar las redes locales o secundarias y entregarlas al municipio (artículo 39 de la Ley 388 de 1997) (26). Ello también resulta en la generación de nuevos

(24) Según datos del Documento CONPES 4004 de 2020, de los 1.102 municipios de Colombia, 322 cuentan con prestadores directos y en los restantes han constituido empresas de servicios públicos conforme lo estipulado en la LSPD (p. 12).

(25) *Vid.* Corte Constitucional, sentencia T-199 de 2010.

(26) El desarrollo de las redes matrices o primarias se encuentra en cabeza del municipio y de las empresas prestadoras del servicio. En este último caso, la recuperación de la inversión está prevista por vía de tarifa (artículo 39 de la Ley 388 de 1997 y artículo 2.3.1.1.1 numerales 6° y 7° del Decreto 1077 de 2015). De manera excepcional, esta infraestructura podrá ser también desarrollada por el responsable del proyecto urbanístico, siempre que se le garantice la recuperación de la inversión (artículo 36 de la Ley 2079 de 2021).

bienes públicos, que ingresan a la masa de activos municipales afectados a la prestación de estos servicios.

Si bien de este modo se genera un importante activo en cabeza de los entes locales, susceptible de ser gestionado y explotado de manera directa o indirecta por el municipio, no cabe duda que ello termina por tener implicaciones sobre la forma como se presta el servicio. En últimas, el dato de quién gestiona la red resulta determinante de la forma como se presta el servicio: en la práctica, erige una barrera de acceso para nuevos operadores. De aquí que aunque en el plano jurídico no exista una declaración legal de un monopolio público de los servicios de acueducto y alcantarillado (sino todo lo contrario), desde una perspectiva material y económica resulte legítimo considerar que la prestación de estos servicios se comporta como un monopolio natural (27).

Consciente de esta realidad [de hecho, el monopolio natural fue una de las razones por las cuales durante largo tiempo se pensó que el esquema de empresa pública podría funcionar mejor en estos campos (28)], la LSPD, siguiendo el referente de las autoridades regulatorias independientes implantadas en otros ordenamientos, contempló la figura de las comisiones de regulación para cada uno de los sectores primordiales cobijados por la Ley (acueducto y alcantarillado, energía y gas y telecomunicaciones). Su misión, según lo dispuesto por el artículo 73 LSDP, por ende, es «regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad».

Sin embargo, como pasa a examinarse, a pesar de la existencia de una regulación capaz de impedir que los operadores que actúan en este monopolio natural abusen o desconozcan los derechos de los usuarios, una normativa híbrida, que oscila entre el Derecho Privado y el Derecho Público, y reconoce una amplia discrecionalidad a los entes municipales y operadores del sector para desarrollar su actividad contractual, no solo ha rodeado de incertidumbre a los contratos celebrados para la gestión de esta infraestructura, sino que ha complejizado la protección de los intereses públicos envueltos en estas contrataciones. A la postre, la senda asumida mayoritariamente por el

(27) A. CARDONA LÓPEZ (2018). *Política pública sectorial de agua potable: ha faltado politizar el problema*, Bogotá, Departamento Nacional de Planeación, p. 17. Así lo reconoce, incluso, la jurisprudencia administrativa. Vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 19 de junio de 2008, Rad. No. AP-19001-23-31-000-2005-00005-01.

(28) P. ROSAS BALBONTIN y J. L. BONIFAZ FERNÁNDEZ (2014). *Notas sobre la teoría de la empresa pública de servicios de infraestructura y su regulación*, Santiago, CEPAL – Naciones Unidas – República de Francia, p. 23.

Derecho Administrativo colombiano ha terminado por distanciarlo del contrato de concesión del servicio público, convertido casi en una pieza de museo, con no pocas consecuencias que vale la pena examinar.

IV. EL REINO DE LA DIVERSIDAD: CONSECUENCIAS DE LA GESTIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA LOCAL EN UN ENTORNO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Pese al acentuado interés general envuelto en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en línea con el drástico cambio introducido en el modelo de prestación de servicios públicos en 1994, la LSPD contempló en su artículo 31 al Derecho Privado como el régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por los operadores de los servicios públicos domiciliarios. Esta regla sería ajustada, pocos años después, por el artículo 3° de la Ley 689 de 2001, que sujetó al Derecho Público «[l]os contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación». Con ello se varió sustancialmente la regla inicialmente aplicable a los contratos entre entidades territoriales y empresas, para la gestión de su infraestructura; se matizó en parte el Derecho Privado en materia de contratos de los operadores del sector de acueducto y alcantarillado; y, algo que resulta esencial para este escrito, se puso de relieve la importancia de los contratos celebrados para que una empresa de servicios públicos (oficial, mixta o privada) asuma «la prestación de uno de varios servicios públicos domiciliarios».

Más que alumbrar un nuevo tipo o figura contractual, por esta vía el legislador subrayó o enfatizó la importancia de todos aquellos contratos (cualquiera que sea su modalidad o tipo) que comportan, en la práctica, la prestación efectiva de uno o varios servicios públicos domiciliarios, con independencia de que ninguno de ellos entrañe un monopolio local, legalmente establecido con arreglo a lo previsto por el artículo 336 o al artículo 365 de la Constitución (29). Por ende, aunque el legislador no alude ni nombra de forma específica en este precepto a la concesión de servicios públicos [figura recogida y regulada por el artículo 32.4 de la Ley 80 de 1993 como uno de los contratos estatales típicos (30)], trazó un círculo que quiso abarcar un amplio conjunto de figuras contractuales,

(29) Ello no sucede en el caso de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, donde, como se ha expuesto, muy por el contrario, fueron liberalizados por el legislador en 1994.

(30) *Vid.* A. MONTAÑA PLATA (2018). «Caracterización del contrato de concesión de servicio público en Colombia a partir de la revisión de su génesis y evolución histórica», en *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas* (Eds. A. Montaña y J. I. Rincón), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 649 y ss.

en armonía con el reconocimiento de la autonomía de la voluntad imperante en este ámbito. No obstante lo anterior, *reconoció que existen contratos que posibilitan la entrega de manos públicas a privadas de la prestación de un servicio*. La misma constatación puede realizarse en la frase 1 del parágrafo 1° del artículo 87 LSPD (31) y en la primera parte del artículo 39.3 LSPD (32).

Ahora bien, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como principio vigente en la contratación pública en Colombia (artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993) y en el campo de los servicios públicos (artículo 31 LSPD) lleva a concluir que, en principio, la remisión comentada al Derecho Público en absoluto supone forzar o excluir el recurso a determinadas modalidades contractuales. De hecho, al comentar la referencia que hace el artículo 39.3 LSPD a la celebración de «concesiones o similares», el Consejo de Estado afirma en 2008 que esta norma:

[T]an sólo autoriza a las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar servicios públicos, «o concesiones o similares»; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos. En otros términos, no es factible entender que se está otorgando en concesión la prestación del servicio público, sino la infraestructura que el municipio tenía afecta a la prestación del servicio, lo cual significa que cualquier otro operador puede lícitamente prestar el servicio en la misma área (33).

No resulta obligado, por tanto, en estos casos, pese a confiarse, en últimas, la gestión de un servicio público, la celebración de una concesión de servicio público. La precitada remisión al Derecho Público (artículo 3° de la Ley 689 de 2001) impone la realización de un proceso de licitación pública para la selección del contratista y somete estos contratos al Estatuto General de Contratación Estatal (Ley 80 de 1993 y normas modificatorias y complementarias); pero no impone la forzosa celebración de una concesión de servicio público. Ello, afirma la jurisprudencia administrativa, habida cuenta que «los artículos 31, 32 y 39 de la ley 142 están contruidos a partir del reconocimiento de la libertad contractual, que permita a las partes —sin sujeción a reglas rígidas—

(31) Según esta disposición: «Cuando se celebren contratos mediante invitación pública para que empresas privadas hagan la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios de que trata esta Ley, la tarifa podrá ser un elemento que se incluya como base para otorgar dichos contratos».

(32) Este precepto se ocupa de una modalidad especial de contratos para la gestión de los servicios públicos domiciliarios, a saber: «Contratos de las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos; o concesiones o similares; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos (...)».

(33) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de junio de 2008, Rad. No. AP-19001-23-31-000-2005-00005-01.

adoptar la modalidad comercial que mejor se ajuste a las circunstancias que rodean la prestación del servicio» (34).

De este modo, las posibilidades de gestión de la infraestructura son variadas, sea por parte del municipio o de su operador (público o mixto) receptor de su infraestructura. Esto, y la debilidad institucional de muchas localidades, ha llevado a que el Gobierno Nacional, primero con el denominado Programa de Modernización Empresarial (1998) y luego con la política de Planes Departamentales de Agua (2007), se preocupe por promover la vinculación de operadores especializados, que además de su conocimiento, experiencia y recursos humanos y técnicos, ofrezcan a los entes locales cofinanciación de las obras y tecnologías necesarias para mejorar la cobertura y calidad del servicio (35). No es, por tanto, extraño, encontrar una amplia gama de contratos celebrados entre titulares de la infraestructura (municipios o empresas públicas o mixtas) y operadores del sector para vincularse, por distintas vías, a su gestión.

Este marco jurídico lleva a que los municipios celebren contratos de concesión de bienes (36), arrendamiento de la red (37), concesión o gestión integral del servicio sujetos al Derecho Privado [por haberse celebrado antes de la entrada en vigencia de la Ley 689 de 2001 (38)] o contratos de operación, financiación y mantenimiento de servicios públicos [previstos por el parágrafo del artículo 87 LSPD (39), entre otros. Eventualmente el ente local puede resolver también no desprenderse de la red y mantenerse a cargo de la prestación del servicio, pero vincular a un tercero para que se ocupe, a cambio de un pago contractual (no de la recepción directa de las tarifas de los usuarios), de los aspectos técnicos de aquella (40). En suma, *pese a ser habitual que al entregar*

(34) *Ídem.*

(35) Sobre las bases de estas políticas, véase los artículos 91 y 92 de la Ley 812 de 2003, así como los artículos 100 y 118 de la Ley 1151 de 2007, el Decreto 1425 de 2019 y los documentos CONPES 3383 de 2005 y 3463 de 2007.

(36) *Vid.*, p. ej., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 1 de junio de 2017, Rad. No. 11001-03-26-000-2016-00126-00(57688).

(37) *Cfr.*, p. ej., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 19 de junio de 2008, Rad. No. AP-19001-23-31-000-2005-00005-01.

(38) *Cfr.*, p. ej., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 1 de agosto de 2016, Rad. No. 13001-23-31-000-1997-12331-01(49311).

(39) Aunque afirma que no se trata de una tipología contractual, véase, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 26 de octubre de 2016, Rad. No. 11001-03-06-000-2016-00002-00.

(40) Destaca esta opción C. A. ATEHORTÚA RÍOS (2004). «Servicios públicos domiciliarios», en *Régimen jurídico empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas* (Comp. J. C. Cárdenas y C. A. Atehortúa), Bogotá, pp. 77-78.

la infraestructura se confíe también la gestión y prestación del servicio, no es común la celebración de contratos de concesión de servicio público.

Ello puede obedecer a que, como explica el Consejo de Estado, «el principio sobre el cual se fundamenta el nuevo modelo de prestación de los servicios públicos es la libertad de entrada (... [por lo cual]...) resulta obligada inferencia que no es entonces necesaria la concesión para que los particulares presten los servicios públicos. Ésta y otras modalidades contractuales, como los contratos de operación o de gestión o el de arrendamiento [de la infraestructura pública], pueden ser celebradas con ese objeto» (41).

Conscientes de esta realidad, como ya se anotó, las entidades territoriales propietarias de la infraestructura suelen acudir a cualquiera de las distintas figuras contractuales puestas a su disposición por el ordenamiento jurídico para entregar, de manera temporal y onerosa, la gestión de esta infraestructura a una empresa (que puede ser pública, privada o mixta). De hecho, en no pocas ocasiones, en aras de hacer más atractivo su llamado a los operadores privados y alivianar su responsabilidad en la dirección del contrato, o acaso también por prejuicios ideológicos o políticos, las entidades territoriales parecen evadir la concesión, prevista por el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 como uno de los contratos en los cuales resulta obligado el pacto de cláusulas excepcionales (caducidad, modificación, interpretación y terminación unilateral) y, en consecuencia, el ejercicio de los poderes exorbitantes allí contemplados por el legislador con miras a asegurar la primacía del interés general (42).

Ahora bien, según esta línea de argumentación que se viene describiendo, la libertad de entrada, de una parte, y la autonomía de la voluntad que preside tanto el régimen de la contratación estatal como de los servicios públicos domiciliarios, de otra, parecerían excluir la forzosa tipificación de una concesión de servicios públicos. Ello, pese a ser una realidad material perceptible que por vía de estos contratos se entrega o traslada la prestación, organización, gestión, explotación de un servicio público (aunque no, naturalmente, se repite, su titularidad), y a ser ese el supuesto genéricamente descrito por el artículo 32.4 de la Ley 80 de 1993 al tipificar el contrato de concesión de servicio público (43).

(41) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de junio de 2008, Rad. No. AP-19001-23-31-000-2005-00005-01.

(42) Vid. C. DEIK ACOSTAMADIEDO (2019). *Potestades excepcionales en los contratos estatales*, Bogotá, Temis, pp. 12 y ss.

(43) Según este precepto: «Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario *la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público*, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada

Ciertamente, la línea de razonamiento comentada lleva a concluir que en estos eventos (i) no resulta imperiosa la celebración de una concesión de servicio público. Y (ii) puesto que rige la autonomía de la voluntad, el municipio puede legítimamente optar por la modalidad contractual que mejor se adapte a su necesidad. Esta aproximación termina por marginar notablemente a la concesión de servicio público, y lleva incluso a que se postule «[l]a extinción del contrato de concesión de servicio público en Colombia» (44). El predominio de esta visión lleva incluso a preguntarse si quedaría del todo excluida la negociación de contratos de concesión del servicio público de acueducto y alcantarillado en estos eventos.

En mi criterio, la respuesta negativa se impone. Bajo las reglas legales vigentes mal podría excluirse la celebración de esta clase de contratos. Ello, claro está, bajo el entendido que una concesión del servicio público firmada por un municipio interesado en entregar su infraestructura y transferir su responsabilidad por la atención directa de los usuarios, sin desprenderse de su compromiso con la prestación efectiva del servicio, no se haría bajo la lógica de otorgar un título habilitante (ya que se celebra en el marco de un mercado abierto a la libre entrada) y, mucho menos, de generar un monopolio capaz de excluir *per se* la futura competencia de un operador entrante (45).

Con todo, el criterio que margina la idea de una concesión de servicio público pese a la verificación material del supuesto de hecho legal que tipifica a este contrato (artículo 32.4 de la Ley 80 de 1993), goza de amplia aceptación en el Derecho Administrativo colombiano. En últimas, como apunta la Sala de Consulta y Servicio Civil en su concepto de 26 de octubre de 2016, en el marco de la LSPD, por obra del ya mencionado principio de libertad de entrada impe-

prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden» (cursivas fuera del texto). Sobre cómo la esencia irreductible del contrato de concesión de servicios públicos es, en Colombia, únicamente, conforme a su regulación legal, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, véase A. MONTAÑA PLATA (2017). «Caracterización del...», *op. cit.*, pp. 654 y ss.

(44) A. MONTAÑA PLATA (2017). «Caracterización del... *Loc. Cit.*, p. 643.

(45) Como se tiene claro en el Derecho Administrativo francés, la celebración de una concesión no necesariamente entraña la instauración de un monopolio público a favor del concesionario. Ello dependerá, naturalmente, del régimen legal del servicio público concedido. *Cfr.* L. RICHER (2014). *La concesión en débat*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, pp. 139 y ss. Dadas las particularidades con que la Constitución ha contemplado la instauración de los monopolios públicos (artículo 336 de la Constitución) y de las reservas estatales de servicios públicos (artículo 365 de la Constitución), dicho principio resulta plenamente aplicable al ordenamiento colombiano.

rante, «las autoridades públicas de todos los órdenes (incluyendo los municipios, los departamentos, las comisiones de regulación y la misma Superintendencia de Servicios Públicos) no pueden condicionar la prestación de un servicio público domiciliario en determinada parte del país o en todo el territorio nacional a la previa suscripción de un contrato con la respectiva entidad pública» (46). La idea de una concesión del servicio parecería quedar, así, descartada.

La regulación sectorial transita esta misma línea. Así, el artículo 1.3.1.7 de la Resolución 151 de 2001 de la Comisión de Regulación de Acueducto y Alcantarillado (CRA), dispone que «[d]e conformidad con lo establecido en los Artículos 10 y 22 de la Ley 142 de 1994, no se requerirá de contratos de concesión para la prestación de los servicios públicos domiciliarios regulados por la presente resolución, con excepción de los casos en los cuales se establezcan áreas de servicio exclusivo en los términos del Artículo 40 de la Ley 142 de 1994».

La doctrina más reconocida es concordante con esta postura y subraya que en los casos de concesión o arrendamiento de la infraestructura «no se entrega a un tercero la habilitación para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, pues este tipo de habilitación se suprimió en Colombia (...) [L]a entidad territorial solo entrega al tercero contratante la red o elementos de la misma, pero en realidad no le otorga concesión para los servicios» (47). En esta misma senda, influido por la doctrina clásica del servicio público francés, un destacado sector de la literatura nacional ha entendido que en estos eventos no puede haber concesión de servicio público. El motivo: su firma presupone que «la entidad pública concedente es la titular del servicio público que se concede y por eso puede celebrar ese contrato» (48). Por ende, se dice, en estos eventos «no se otorga propiamente la prestación del servicio, que es libre, sino que lo que se permite es el uso de la red, que es un bien de propiedad de quien la ha construido o está gestionado el servicio» (49).

(46) Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 26 de octubre de 2016, Rad. No. 11001-03-06-000-2016-00002-00.

(47) C. A. ATEHORTÚA RÍOS (2004). «Servicios públicos...», *op. cit.*, p. 80.

(48) A. MONTAÑA PLATA (2017). «Caracterización del...», *op. cit.*, p. 655. En igual sentido, véase J. C. CÁRDENAS URIBE (2003). *Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 139. También J. C. COVILLA MARTÍNEZ (2014). *Autorizaciones y...*, *op. cit.*, p. 94. Según afirma este último autor, «la concesión puede otorgarse solo en los casos en los que el sector específico donde actúa la concesión ha sido reservado al Estado, como cuando en materia de la prestación de un servicio público el determinado sector es sacado de la prestación liberalizada y, por medio de una ley, se traslada dicha prestación al Estado» (p. 94).

(49) J. C. CÁRDENAS URIBE (2003). *Contratos en el...*, *loc. cit.*, p. 54. En sentido análogo, véase también H. PALACIOS MEJÍA (1999). *El Derecho de los servicios públicos*, Bogotá, Derecho Vigente, p. 77.

Con todo, con ser cierto que el esquema legal implantado por la LSPD no condiciona la prestación del servicio por un particular a la previa celebración de un contrato de concesión que, a manera de título habilitante, le brinde la autorización para desarrollar dicha actividad (lo cual, se reitera, se encuentra constitucional y legalmente excluido, salvo en los supuestos de monopolio o reserva estatal legalmente instaurados), no lo es menos que *ello tampoco resta validez o excluye en absoluto la legitimidad de la celebración de esta clase de contratos allí donde la autoridad encuentre procedente su celebración, en los términos ya expuestos (esto es, consciente de que no entrega un título habilitante y de que su celebración no constituye ni engendra un monopolio a favor del concesionario)*. Pareciera, en todo caso, que en la regulación sectorial, como en la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, palpita el temor a que la celebración de un contrato de concesión de servicio público, por su reminiscencia del viejo esquema, pueda entenderse como un regreso al pasado y una negación de la libertad de entrada (50).

Estas reservas conducen a que esta concepción mayoritaria, que supedita la concesión de servicio a la titularidad del mismo, valide, en todo caso, su celebración únicamente en los eventos autorizados de forma especial por la ley o una norma de superior jerarquía (51). La asunción de esta visión ha llevado al Consejo de Estado a restringir esta clase de contratos, en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, a los supuestos expresamente previstos por la LSPD, a saber: el artículo 40, para las áreas de servicio exclusivo, y el artículo 61 LSPD, en caso de liquidación de una empresa de servicios públicos (52). Curioso: en ninguno de estos dos casos podría sostenerse que hay una reserva estatal del servicio, puesto que no se dan las condiciones fijadas por el artículo 365 de la Constitución para ello. Sin embargo, para quienes sostienen esta postura, la decisión del legislador parecería levantar aquí una especie de talanquera que, en mi caso particular, no resulta evidente.

Sea como sea, producto de esta tesis, *se relega al contrato de concesión de servicios públicos a eventos muy excepcionales y se arrumba en un lugar muy poco significativo en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios*. Sin embargo, como pasa a verse enseguida, pese a ser este el panorama jurídico-formal, una mirada no formalista permite apreciar las cosas con otra luz.

(50) En este sentido, véase la multitudada providencia de 19 de junio de 2008 de la Sección Tercera del Consejo de Estado (Rad. No. AP-19001-23-31-000-2005-00005-01), donde se afirma que bajo el esquema actual «[e]l monopolio y la concesión fueron sustituidos por la libre competencia, la cual, además, ostenta en el nuevo ordenamiento constitucional el carácter de derecho constitucional colectivo (arts. 88, 333 y 365 CN)».

(51) A. MONTAÑA PLATA (2017). «Caracterización del...», *op. cit.*, p. 655.

(52) Así, p. ej., Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 26 de octubre de 2016, Rad. No. 11001-03-06-000-2016-00002-00.

Dada la situación de monopolio natural imperante en este campo, no obstante celebrarse contratos que tienen por objeto formal la entrega o gestión de un bien, en la *praxis* se termina confiando la gestión de un servicio público. No llamar a las cosas por su nombre da lugar a situaciones que merecen ser analizadas.

V. ALGUNAS DISTORSIONES APAREJADAS A LA NEGACIÓN DE LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO COMO VEHÍCULO APTO PARA LA TRANSFERENCIA DE LA GESTIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO EN COLOMBIA

Desde una perspectiva jurídica, por la condición de monopolio natural que presenta el sector de acueducto y alcantarillado, la negativa a admitir que, en la práctica, en buena parte de los casos la celebración de algunas de las modalidades contractuales habilitadas para transferir la gestión de esta infraestructura del ente territorial a un operador supone la verificación del supuesto de hecho previsto por el artículo 32.4 de la Ley 80 de 1993 para el contrato de concesión de servicios públicos, plantea algunos inconvenientes que vale la pena resaltar. Ello, naturalmente, sin contar con las inquietudes que esa misma situación origina desde el punto de vista financiero (v. gr. en punto a la remuneración del contratista y a las regalías que este debe cancelar al municipio), administrativo (p. ej. en cuanto a la configuración adecuada de la cláusula de reversión) o técnico (*i. a.* lo referente a compromisos de mejoramiento del servicio, la red o el alcance de la supervisión que debe ejercer el ente local), que no se abordan en este escrito por rebasar ampliamente la competencia de quien escribe estas líneas.

1. La incertidumbre jurídica y las distorsiones para garantizar plenamente la primacía del interés general

De forma extendida se ha entendido que las denominadas cláusulas excepcionales previstas por los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 expresan una garantía del interés general envuelto en la actuación contractual de una entidad estatal (53). Sin embargo, puesto que se ha visto en ellas el ejercicio de poderes exorbitantes, la jurisprudencia administrativa se ha inclinado a señalar que su pacto procede solo en los eventos en que ello ha sido expresamente

(53) Cfr. J. L. BENAVIDES RUSSI (2019). «Cláusulas excepcionales, potestades públicas y poderes unilaterales de la Administración contratante: prerrogativas, derechos y cargas», en *Las transformaciones de la Administración Pública y del Derecho Administrativo* (Ed. H. Santaella), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 180 y ss.

autorizado por la ley (54). Producto de esta idea, que impone proceder con apego a una legalidad estricta en este ámbito, su operatividad se restringe a lo explícitamente previsto por el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, esto es, a los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra.

Lo anterior supone que, con independencia de que no se celebre formalmente un contrato de concesión (de servicio o de bien público), la consideración de que se suscribe un contrato para «la prestación de servicios públicos» resultaría suficiente para pactar (y más aún, entender pactadas aún en defecto de su expresa estipulación (55)), las cláusulas excepcionales de caducidad, modificación, interpretación y terminación unilateral del contrato. Ello, se repite, como mecanismo de afianzamiento y protección del interés general envuelto en esta clase de contratos. Sin embargo, la indeterminación envuelta en la expresión «contrato para la prestación de servicios públicos» siembra de dudas dicho panorama.

La perspectiva se ensombrece aún más cuando se suscribe un contrato de arrendamiento de la red, respecto del cual el mismo artículo 14 de la Ley 80 de 1993 (en su párrafo) excluye de tajo el pacto de cláusulas excepcionales. ¿Podría, entonces, pese a dicha prohibición expresa, pactarse y darse aplicación a las facultades exorbitantes a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993?

Lo expuesto permite apreciar que surge (sin necesidad) un debate en torno a si algo en teoría esencial para la preservación del interés general, procede o no en estos casos. Lo que debería estar fuera de discusión pasa a asentarse sobre arenas movedizas. La consecuencia: el inocultable riesgo jurídico para los poderes de dirección y seguimiento al contrato por parte de la entidad, puestos injustificadamente en entredicho.

Un debate similar puede tener lugar cuando se pacta alguno de los otros contratos, distintos de la concesión (v. gr. contratos de administración de la red o de operación, financiación y mantenimiento de servicios públicos). De nuevo: aunque desde una perspectiva material es innegable que encierran contratos para «la prestación de servicios públicos», formalmente su objeto es otro. Y ninguno de ellos figura nominalmente en el listado de contratos en los que se

(54) Véase, p. ej., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 30 de noviembre de 2006, Rad. No. 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832).

(55) Según lo previsto por el inciso 3° del numeral 2° del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, «[e]n los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente».

autoriza de forma expresa el pacto de cláusulas excepcionales, contenido en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

La incertidumbre jurídica y las borrosas condiciones para asegurar la primacía del interés general se ratifican si se tiene en cuenta lo sucedido con el artículo 1.3.4.10 de la Resolución 151 de 2001 de la CRA, previsto como una regla enderezada a salvaguardar el interés público envuelto en la adecuada prestación del servicio en los eventos en los que, por cualquier vía contractual autorizada, esta es entregada a un operador. Según este precepto:

ARTÍCULO 1.3.4.10 REGLA GENERAL APLICABLE A TODOS LOS CONTRATOS EN LOS CUALES LAS ENTIDADES TERRITORIALES O PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS TRANSFIEREN A TERCEROS LA PRESTACIÓN TOTAL O PARCIAL DE LOS SERVICIOS. <Artículo integrado y unificado en el artículo 1.2.12.10 de la Resolución CRA 943 de 2021. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 2.3.6.3.3.12 del Decreto 1077 de 2015> <Aparte subrayado NULO> En el caso de que en virtud de un contrato o convenio, cualquiera sea su naturaleza o denominación, se transfiera la posibilidad a una entidad oficial, mixta o privada de prestar uno o varios servicios o actividades complementarias de los mismos y por lo tanto, estén facultados para cobrar tarifas al público, en el mismo contrato deberán incluirse las fórmulas tarifarias correspondientes, además su composición por segmentos, su modificación e indexación, que deberán atenerse en un todo a lo establecido en el parágrafo 1 del Artículo 87 de la Ley 142; también se incluirá en el contrato, la sujeción por parte de la persona que prestará el servicio a los programas, criterios, características, indicadores y modelos a los cuales debe someterse para la prestación del servicio.

Así mismo, en estos contratos se indicará en forma expresa las sanciones que por incumplimiento de los criterios, características, indicadores y modelos o por la no ejecución de los programas, se pueden imponer a la persona prestadora del servicio y los mecanismos de que se dispondrá para garantizar la permanencia en la prestación de los servicios a los usuarios.

Se trata, como es apreciable, de una regla que buscaba conciliar la idea de libertad de escogencia de la modalidad contractual por parte del municipio con la preocupación por que ello no afecte o mengue su capacidad de garantizar la prestación efectiva y de calidad del servicio. En últimas, procura, justamente, evitar que el recurso a una figura negocial ajena a esta clase de inquietudes (extrañas al mundo de los negocios privados) pueda tener ese impacto negativo. La regla fijada pareciera evidenciar que el regulador es consciente de que se está frente a «un contrato o convenio, cualquiera sea su naturaleza o denominación, [en virtud del cual] se transfiera la posibilidad a una entidad oficial, mixta o privada de prestar uno o varios servicios»; esto es, un acuerdo de especial trascendencia para la comunidad, razón por la cual resulta crucial blindar el compromiso del contratista con un desempeño óptimo frente a la comunidad.

Con todo, pese a su relevancia y plena justificación, el apartado subrayado y en negrilla fue declarado nulo por el Consejo de Estado; quien, en sentencia de 5 de marzo de 2008 (56), sin reparar en que ello estaba dirigido a contratos sometidos al Derecho Público (como los celebrados por entidades territoriales), encontró que el órgano regulador había desbordado su competencia al fijar tales requerimientos. De acuerdo con el razonamiento del Alto Tribunal, que en absoluto eleva un llamado de atención a los entes locales sobre la necesidad de llevar contenidos análogos al clausulado de sus contratos:

[L]as excepciones a la aplicación de este régimen de derecho privado a los contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, están expresamente consagradas en la ley, pues como ya se vio, es la misma Ley de Servicios Públicos Domiciliarios –142 de 1994– la que establece de manera concreta y específica, unas serie de disposiciones especiales, relativas a la contratación de esta clase de entidades, dentro de las cuales se encuentra precisamente y a título de ejemplo, la autorización expresa a las comisiones de regulación, para establecer en qué contratos es obligatoria la inclusión de las cláusulas excepcionales.

Sin embargo, dentro de esas disposiciones relativas a los contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, no se halla ninguna que autorice a las comisiones, para establecer como cláusulas obligatorias de los mismos, las relativas a la sujeción del prestador del servicio a los programas, criterios, características, indicadores y modelos a los cuales debe someterse para prestar el servicio; las sanciones a que está sujeto por incumplimiento de tales programas, criterios, etc., y los mecanismos de que se dispondrá para garantizar la permanencia en la prestación del servicio a los usuarios; estipulaciones que, por otra parte, no son elementos esenciales de tales contratos y por lo tanto, no es legalmente obligatoria su inclusión.

Subsiste, en todo caso, la regla prevista por el artículo 1.3.4.4. de la Resolución 151 de 2001 de la CRA (hoy integrado en el artículo 1.12.4 de la Resolución 943 de 2021 de la CRA), según la cual:

Cuando el Municipio encomiende a un tercero la prestación total o parcial de los servicios a través de transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina a la prestación de los servicios públicos, en su condición de responsable de la prestación eficiente de los mismos, está en el deber de vigilar en forma permanente el cumplimiento de las obligaciones contraídas por parte de la persona prestadora de los servicios, en especial lo referente a la sujeción a las tarifas, fórmulas tarifarias e indexación o incremento de las mismas, así como el sometimiento a los indicadores a que, en virtud del principio de integralidad, está asociada la tarifa.

(56) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de marzo de 2008, Rad. No. 11001-03-26-000-2001-00029-01(20409).

Esto significa que con independencia del vehículo contractual escogido, existen mecanismos regulatorios sectoriales dirigidos a asegurar que el municipio pueda hacer un seguimiento efectivo de la prestación eficiente del servicio por el operador con quien celebró el respectivo contrato. Sin embargo, ello no excluye el debate sobre la mayor garantía que para la primacía del interés general puede representar, en concreto, el contar con una Administración provista de las facultades que encarnan las cláusulas excepcionales. Tampoco anula las incertidumbres aparejadas a la notable discrecionalidad administrativa derivada de la autonomía de la voluntad reconocida en este ámbito. Finalmente, procede también preguntarse por lo justificable que resultan las considerables diferencias entre municipios que este modelo puede auspiciar, en especial tratándose de una cuestión de indiscutible trascendencia para todas las comunidades. Ciertamente, el éxito de unas localidades contrasta con las dificultades de otras; con el agravante que ello se traduce en vínculos contractuales vigentes por lapsos prolongados de tiempo. Así, aunque la proliferación de fórmulas diversas pueda resultar explicable a la luz de la autonomía garantizada por la Constitución a las entidades territoriales (artículo 287), quizás la importancia de la materia, la consabida debilidad institucional de múltiples municipios y la vulnerabilidad de sus autoridades frente a las tramas de corrupción justificarían un recorte de la autonomía de la voluntad imperante en este frente, enderezada a zanjar discusiones innecesarias y a salvaguardar los intereses generales superiores que se identifican en este campo (57).

2. Las distorsiones a los tipos contractuales utilizados

Otra realidad problemática que surge del esquema de autonomía de la voluntad imperante para escoger los municipios, con libertad, la figura contractual para la entrega de la infraestructura pública al operador, es que, debido a la preocupación anotada en la sección anterior, se termina por desfigurar los tipos contractuales elegidos, para aproximarlos (acaso inadvertidamente) a la concesión de servicio público.

El caso más llamativo, sin duda, es el del arrendamiento de la red; un negocio jurídico perfectamente legítimo para la entrega del uso de bienes entre

(57) La decisión del legislador de imponer los denominados «pliegos-tipo» para la contratación estatal (Leyes 1882 de 2018 y 2022 de 2020), como un mecanismo para contrarrestar la rampante corrupción que lastra a este sector de la actividad administrativa, es un buen ejemplo de cómo a veces menos discrecionalidad administrativa (o autonomía de la voluntad, en este ámbito) puede constituir en remedio que vale la pena intentar. En la sentencia C-119 de 2020 la Corte Constitucional encontró que esta opción del legislador no resultaba contraria a la garantía de la autonomía territorial constitucional consagrada, y se encontraba plenamente justificada.

particulares o sujetos regidos por el Derecho Privado, que, francamente, casa mal con la enorme responsabilidad envuelta en la gestión de una infraestructura municipal para la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado. Un ejemplo de la jurisprudencia permite apreciar lo anterior. Cuestionado en su validez uno de estos contratos ante la jurisdicción administrativa bajo el cargo de encubrir un contrato de concesión de servicio y tratarse, por tanto, de un «contrato de arrendamiento simulado», el Consejo de Estado encontró que tal señalamiento carecía de fundamento. Los ya reseñados principios de libre entrada y autonomía de la voluntad sirvieron de base para esta desestimación. Segun el razonamiento del Alto Tribunal, en este ámbito:

[L]a ley autorizó tanto la celebración de gestión u operación, como de «concesiones» o de otros que la autonomía de las partes defina – como es el arrendamiento (el cual está previsto como una modalidad posible por el artículo 1.3.4.9 de la Resolución CRA 151 de 2001)– todos ellos sobre la infraestructura de los bienes afectos al servicio (...).

(...)

[S]e reitera que por virtud del principio constitucional y legal de libertad de entrada, no se precisa habilitación legal ni se requiere de contratos de concesión (art. 1.3.1.7 Resolución CRA 151 de 2001) para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, salvo cuando por motivos de interés social y con el propósito de extender la cobertura se establezcan, mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivo en las cuales puede acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los servicios en la misma área durante un tiempo determinado, previa definición de los niveles de calidad que debe asegurar el contratista (arts. 40 y 174 de la ley 142, art. 9 ley 632, art. 6 decreto 891 de 2002 y Resolución CRA 151 de 2001, sección 1.3.7).

(...)

No puede hablarse, pues, de que se esté «simulando» un arrendamiento, cuando se trata de una concesión en realidad, como asegura el actor popular, puesto que la figura jurídica celebrada está permitida por el ordenamiento jurídico (58).

Sin embargo, y he aquí lo curioso, al examinar lo concerniente a si ese contrato de arrendamiento se conformaba o atentaba contra el derecho colectivo al patrimonio público (artículo 88 de la Constitución), el Consejo de Estado no duda en afirmar que «la amenaza al patrimonio público alegada por el actor proviene efectivamente de una falta de un compromiso contractual claro y preciso en cuanto a las metas de ampliación de cobertura, mejoramiento de la calidad y consecuencial expansión y mejoramiento del servicio» (59). Para

(58) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 19 de junio de 2008, Rad. No. AP-19001-23-31-000-2005-00005-01.

(59) *Ibidem*.

mayor sorpresa, al entrar a examinar el detalle del señalamiento de entrañar dicho contrato una afectación al derecho colectivo al patrimonio público, la Corporación estima el cargo y encuentra su fundamento en el deficiente contenido del contrato desde la óptica de la conservación, expansión y mejora de la red. No parece reparar el juez administrativo en que examina un contrato «de arrendamiento», cuya invalidez se pidió y desestimó, justo por haber encontrado legítima la celebración de esa clase de negocios jurídicos para instrumentalizar este tipo de transacciones. Sea como sea, según explica el Consejo de Estado, frente a la imputación de lesionar el patrimonio público:

[L]a Sala encuentra que el comportamiento desplegado por los accionados en la celebración del contrato de operación se observa amenaza al patrimonio público, en tanto no obstante hacerse entrega de toda la infraestructura del servicio y de permitirse con ello el acceso a un mercado entero que entraña una suerte de «monopolio natural», en los términos arriba expuestos, no se advierten compromisos claros, precisos y verificables en el negocio jurídico celebrado ni en los documentos que sirvieron de base al mismo como los pliegos de condiciones y la oferta presentada, en orden a ampliar la cobertura y a mejorar la calidad del servicio a la población de Puerto Tejada, en particular en cuanto hace al deber de invertir en el mantenimiento, recuperación y expansión del bien público explotado, tal y como se expuso en el apartado de pruebas.

Con fundamento en el análisis de las pruebas arriba expuesto, la Sala tiene bases suficiente para concluir que en este evento se configuró amenaza al derecho colectivo al patrimonio público, en cabeza de los demandados, toda vez que se demostró la anomalía anotada al quedar establecido en el plenario un comportamiento lesivo con ocasión de la celebración del negocio jurídico que entraña una amenaza cierta en relación con los bienes afectos a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, como que del contenido obligacional a cargo del operador arrendatario que los gestiona y administra, no se advierte un compromiso claro y preciso en punto de ampliación de la cobertura y mejoramiento de la calidad del servicio en el marco de la obligación constitucional, legal, reglamentaria y regulatoria de universalizar la prestación del servicio (arts. 2.1, 2.2, 2.5, 11.1 y 25 de la ley 142).

Fruto de este análisis, el Consejo de Estado declara la afectación al derecho colectivo al patrimonio público. Y para enmendar esta situación concede un plazo de 6 meses «para que las partes procedan a la modificación del citado contrato, el cual deberá incluir una cláusula nueva en la que se regularán los siguientes aspectos: i) las obras que se requieren para la expansión y optimización del sistema de acueducto y alcantarillado del municipio; ii) la forma y metodologías que serán utilizadas para verificar los compromisos contractuales contraídos en materia de cobertura y calidad del servicio y iii) la interventoría que será realizada, todo de conformidad con el marco legal, reglamentario, regulatorio aplicable y teniendo en consideración lo expuesto en la parte motiva de este fallo y en el inciso primero de

este ordinal resolutivo». ¿No se desfigura y desnaturaliza así el contrato de arrendamiento? ¿No sería mejor llamar a las cosas por su nombre, reconocer que no solo se entrega el uso de un bien y recurrir a un vehículo negocial capaz de englobar, encausar y satisfacer todas las necesidades, expectativas y responsabilidades del municipio?

Causa perplejidad que el Consejo de Estado eche en falta, en el clausulado de un contrato de arrendamiento (que viene de declararse lícito o legítimo en este contexto), «un compromiso claro y preciso en punto de ampliación de la cobertura y mejoramiento de la calidad del servicio en el marco de la obligación constitucional, legal, reglamentaria y regulatoria de universalizar la prestación del servicio». Dos observaciones al respecto: la primera, solo a costa de desfigurar por completo esta figura contractual podría enriquecerse su contenido con unas obligaciones como las que el juez administrativo echa de menos en este caso. La segunda, si al examinar dicho contrato de arrendamiento, cuyo contenido obligacional parecía conformarse al de cualquier otro contrato de esa especie, el Consejo de Estado encontró que se afectaba el derecho colectivo al patrimonio público, *parecería razonable concluir que o bien existe alguna incompatibilidad de base entre la utilización de esta clase de contratos y la gestión de un activo vital y estratégico para una comunidad como es la infraestructura de acueducto y alcantarillado* (cuya gestión, como se ha recalcado ya, supone, en últimas, confiar a su operador la prestación del servicio), y por lo tanto debería prescindirse de su empleo; *o bien es preciso estructurar una regulación especial para el arrendamiento de esta clase de bienes*. No puede perderse de vista que el contrato de arrendamiento, según el artículo 1973 del Código Civil, «es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado». Cualquier estipulación enderezada a fijar elementos más allá del valor del canon y la especificación del bien arrendado (puesto que en este caso se trata inequívocamente de un arrendamiento de bien) y a particularizar su uso, será ajena a su contenido esencial y natural (60), y deberá serle agregado por vía de cláusulas accesorias. Las cuales, debe subrayarse, en ningún caso podrán desnaturalizarlo, so pena de que el contrato degenerare o resulte en otro diferente; puesto que la identidad de un negocio jurídico no

(60) Según el artículo 1501 del Código Civil, «[s]e distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales».

depende del nombre con el que lo designan las partes, sino de su naturaleza y función económico-social (61).

De otro lado, el análisis de un contrato de concesión de la infraestructura, en principio ideado bajo el molde de la concesión de bien público del artículo 32.4 de la Ley 80 de 1993, también permite evidenciar cómo, en la práctica, la preocupación de las partes rebasa lo puramente vinculado a la gestión del bien y se extiende también a la prestación del servicio. El resultado: *una figura híbrida*, que rompe los moldes legales, que siguen el Derecho Administrativo clásico y su tradicional distinción entre concesión de obra, bien y servicio público. El análisis de un caso concreto permite verificar lo anterior.

Para ello se toma como referencia el contrato de concesión celebrado el 4 de diciembre de 2001 entre el MUNICIPIO DE SOLEDAD y la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BARRANQUILLA S.A. E.S.P. Su objeto: «*entregar en concesión, para la financiación, ampliación, rehabilitación, mantenimiento y operación, la infraestructura de los servicios de acueducto y alcantarillado y de sus actividades complementaria en el Municipio de Soledad*». Las obligaciones del concesionario, pactadas en la cláusula 5ª del contrato, son de lo más variadas. Algunas de ellas se transcriben a continuación:

- i) Cumplir con el objeto del contrato, para lo cual destinará todos los recursos materiales, técnicos, operativos, y humanos que sean indispensables para garantizar su cabal ejecución en forma eficiente y oportuna.
- ii) Cumplir con todas las disposiciones contenidas en la Constitución Política, leyes, reglamentaciones y regulaciones de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico vigentes al momento de celebración del contrato.
- iii) Operar y administrar la infraestructura recibida en concesión para la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, a partir de la suscripción del acta de iniciación.
- iv) Realizar, en los montos y bajo las condiciones y modalidades previstos en el presente contrato, los aportes económicos a su cargo.
- v) *Realizar la facturación del consumo y su recaudo de cada suscriptor y/o usuario.*

(61) Al respecto, el Consejo de Estado, en la precitada sentencia de 1 de agosto de 2016, recuerda que dicha Corporación «en sendas ocasiones ha sostenido que al margen de la denominación que se le imprima a un determinado negocio jurídico, tal circunstancia no resulta determinante de la tipología a la que obedece, pues para tal fin indefectiblemente deben consultarse los elementos de su esencia, sin cuya concurrencia u observancia el negocio jurídico sería inexistente o se convertiría en otro diferente». *Vid.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 1 de agosto de 2016, Rad. No. 13001-23-31-000-1997-12331-01(49311). En el mismo sentido, véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, Rad. No. 25000-23-26-000-1994-00071-01 (14390).

- vi) *Cumplir con las metas del servicio de los sistemas de acueducto y alcantarillado tanto con las mínimas exigidas en el anexo 1 del documento general de contratación directa, como las adicionales propuestas por el CONCESIONARIO.*
- vii) Realizar la operación y mantenimiento de la infraestructura de los sistemas de acueducto y alcantarillado del MUNICIPIO DE SOLEDAD, de conformidad con lo dispuesto en el documento general de contratación directa y en el presente contrato.
- viii) *Diseñar planes de contingencia e caso de eventos que puedan afectar la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado.*
- ix) *Mantener y operar el laboratorio para análisis de las aguas crudas, tratadas y residuales, destinado al control de calidad del tratamiento, de modo tal que se permita realizar todas las determinaciones y pruebas requeridas en un sistema de tratamiento de agua potable de acuerdo con lo establecido por el Ministerio de Salud o por las autoridades correspondientes.*
- x) Revertir la infraestructura de los servicios de acueducto y alcantarillado entregada en concesión, al momento de terminación del contrato
- xi) Contratar las pólizas de seguro exigidas en este contrato y mantenerlas vigentes en los montos y durante el tiempo que aquí se dispone para cada una de ellas.
- xii) *Aplicar el régimen tarifario y de subsidios a los usuarios de los servicios públicos, con sujeción a la ley, el reglamento y la oferta.*
- xiii) *Recibir y tramitar las quejas, reclamos, recursos, peticiones que sean presentadas por los usuarios o suscriptores de los servicios públicos, con sujeción a la Ley 142 de 1994, sus disposiciones reglamentarias y las demás normas que regulan esta materia.*
- xiv) *Presentar al MUNICIPIO planes y programas de inversión, a efectos de trabajar conjuntamente con este en la consecución de los recursos económicos para su ejecución. Dichos planes y programas deben beneficiar a los usuarios de menores ingresos del MUNICIPIO, siempre que sea técnicamente aconsejable.*
- xv) Mantener actualizado el inventario general de los bienes afectos a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, en el que deberá incluir los bienes entregados por EL MUNICIPIO o los que haya adquirido o construido durante el periodo de concesión, así como las bajas, reemplazos o sustituciones que hubiera dispuesto (cursivas fuera de texto).

Como se evidencia, varias de estas obligaciones responden inequívocamente a un contrato de concesión de un bien público (p. ej. las previstas en los numerales i-iv, vii, x, xi y xii). Sin embargo, parece claro que hay también obligaciones (resaltadas en cursiva) más propias de una concesión de servicio que de bien público (p. ej. las contempladas en los numerales v, vi, viii, ix, x, xiii y xiv). Aunque se suele separar de manera categórica los objetos de las concesiones de obra, bienes y servicios públicos, no puede causar extrañeza

que en la práctica se entrelacen. Y en esta imbricación, por la amplitud de su objeto, parecería lógico que la concesión de servicio público podría, sin problema alguno, englobar el objeto de las otras dos especies (no así a la inversa, aunque nada obsta para que una concesión de bien público vincule también un componente de obra pública; que vendría a ser, en este orden, la especie o escalón menor de esta escala).

Aunque metodológicamente es discutible que el estudio de un solo caso permita generar conclusiones válidas para una generalidad, ello no resta valor a la conclusión que arroja el análisis del caso examinado: *parece nítido que el contenido obligacional de la concesión de bien público se enriqueció con no pocas obligaciones propias de una concesión de servicio público*. Ello expresa claramente la preocupación de las partes por trascender un vínculo comercial puramente centrado en la gestión de un bien o infraestructura; revela su intención (¡natural por lo demás!) de procurar condiciones apropiadas para la efectiva y eficiente prestación del servicio.

De esta forma se explica que en virtud de una obligación contractual, el concesionario de bien termine asumiendo obligaciones frente a la prestación del servicio (algo que, según expone el planteamiento mayoritario, no depende de ningún contrato). Más aún, ello permite entender que en adición a lo anterior, se le encomiende también la responsabilidad de expandir y mejorar la red, con recursos propios o del municipio, a unos precios que no se pactan *ex ante* y que no se computan en la tarifa inicialmente ofrecida. El resultado, sin duda, es *un contrato con un alcance progresivo indeterminado, elástico y con un contenido formal que integra elementos de la concesión de bien, servicio y de obra pública*. Es, por ende, un contrato que *escapa de los moldes clásicos del Derecho Administrativo, que ha separado cada una de las modalidades específicas de concesión, dando la espalada al continuum de prestaciones que se puede dar en la práctica (62), y que difícilmente se enmarca en su totalidad dentro de los cánones tradicionales de la planeación que rige al contrato estatal*.

Vistas las cosas desde esta óptica, parece razonable evidenciar de nuevo la necesidad de un régimen legal especial que discipline esta clase de contratos públicos. Tanto la trascendencia de su objeto, como del fin social que persigue y de los ingentes recursos públicos involucrados en su ejecución, parecerían reforzar esta impresión. La aparente inadecuación de la regulación legal actual (general, para el ámbito de los servicios públicos domiciliarios en conjunto) para disciplinar de forma adecuada estos arreglos tan solo acentúa lo anterior.

(62) Al respecto, véase J. O. SANTOFIMIO GAMBOA (2010). El contrato de... *Ob. Cit.* pp. 58 y ss.

VI. REFLEXIONES FINALES

Como se desprende de lo analizado, la tragedia de la concesión del servicio público puede no haber terminado aún. Como en cualquier histórica épica, la concesión de servicios públicos todavía puede resurgir de las cenizas y recobrar el lustre y utilidad de antaño; en otro escenario (un mercado en competencia) y compartiendo protagonismo con un nuevo elenco (que incluye desde las autoridades de regulación y supervisión del sector, a los operadores —de todos los tamaños y procedencias—, la banca multilateral, comunidades empoderadas y activas, jueces de tutela y de derechos colectivos, hasta las autoridades locales y los órganos de control), por supuesto. Pero no parece muerta ni descartada para siempre.

De acuerdo con lo expuesto, existen razones para vencer los prejuicios teóricos que hasta la fecha han imperado y han relegado a la concesión de servicios públicos a un segundo plano. Su nuevo lugar en el Derecho de los servicios públicos domiciliarios en Colombia no puede más que partir del reconocimiento, ya hecho por el legislador y por la CRA, de que existen contratos en los cuales se entrega la prestación del servicio, además de la simple o sola gestión de la infraestructura municipal. Es lo que expresamente dispone el artículo 3° de la Ley 689 de 2001, al preceptuar que existen contratos celebrados entre un ente territorial y una empresa de servicios públicos, en virtud de los cuales esta asume «la prestación de uno de varios servicios públicos domiciliarios». De forma similar, el artículo 1.3.4.4. de la Resolución 151 de 2001 de la CRA (hoy integrado en el artículo 1.12.4 de la Resolución 943 de 2021 de la CRA), hace referencia a supuestos contractuales en los cuales el municipio «encomiende a un tercero la prestación total o parcial de los servicios a través de transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina a la prestación de los servicios públicos».

Los inconvenientes jurídicos que origina la postura mayoritaria han quedado expuestos en las líneas anteriores. No es extraño hoy leer en la prensa noticias sobre la inconformidad de un municipio con el servicio prestado por el contratista que gestiona su red (63). Para no jugar la suerte de un ámbito

(63) El ejemplo más reciente es el del municipio de Soacha, cuyo alcalde anunció este 2022 la creación de una empresa de servicios públicos municipal, dada su inconformidad con el servicio y la falta de inversiones por parte de su contratista. *Cfr.* SEMANA. «Soacha se divorcia del Acueducto de Bogotá y crea su propia empresa de servicio público», en *Semana* (versión electrónica), publicado el 6 de julio de 2022 (consultado el 14 de julio de 2022). Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/soacha-se-divorcia-del-acueducto-de-bogota-y-crea-su-propia-empresa-de-servicio-publico/202205/> También son conocidos los problemas derivados del contrato de arrendamiento de la infraestructura celebrado entre el Distrito de Santa Marta y el operador Metroagua. *Vid.* EL TIEMPO. «Alcaldía e INASSA enfrentados por terminación de contrato», en *El Tiempo* (edición digital), publicado el 3 de agosto de 2016 (consultado el 14 de julio de 2022). Disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16663553>.

tan decisivo para el bienestar general e individual al peso de la interpretación de textos jurídicos provistos de una notable ambigüedad, parecería razonable que el legislador reconociera las particularidades del sector de acueducto y alcantarillado y expidiera una legislación especial, preocupada por armonizar el interés en atraer la inversión privada con el bien común y la garantía de condiciones jurídicas adecuadas para asegurar la prestación efectiva de estos servicios esenciales para cualquier comunidad. Dicha legislación especial, que bien podría comenzar por recortar la significativa autonomía de la voluntad que campea en este ámbito en la actualidad en aras de proporcionar mayor seguridad jurídica y asegurar la primacía del interés general en estas transacciones, en línea con lo aquí expuesto, también podría superar los perjuicios ideológicos que parecen haber relegado a un papel adjetivo a la concesión de servicios públicos, remozarla y restablecer al servicio del interés público una categoría que lo ha acompañado desde épocas muy tempranas del Derecho Administrativo. Ello, naturalmente, sin perjuicio de contemplar otros esquemas negociales que pueden resultar útiles y reconocer que la situación de cada localidad puede ser distinta. Se trata tan solo, en definitiva, de evidenciar que la concesión de un servicio público no depende forzosamente de una previa *publicatio* de un determinado servicio (64), así como que se está ante una categoría históricamente apta para conciliar el interés público y la iniciativa privada (65), que por la riqueza y vastedad de su cobertura (66), al igual que por la trascendencia (política, económica, jurídica y social) de su aplicación al ámbito de acueducto y alcantarillado, amerita el enfoque específico de una legislación especial.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO ORTIZ, G. (2003). *Principios de Derecho Público Económico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 933 pp.
- ATEHORTÚA RÍOS, C. A. (2004). «Servicios públicos domiciliarios», en *Régimen jurídico empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas* (Comp. J. C. Cárdenas y C. A. Atehortúa), Bogotá, pp. 15-82.

(64) En últimas, como afirma LÓPEZ RAMÓN, «la idea de la *publicatio* de una actividad y sucesiva transferencia al particular, como elemento característico de las concesiones administrativas, sólo parece desplegar virtualidades generales aplicada a la explicación de procesos históricos de aumento del intervencionismo administrativo». Cfr. F. LÓPEZ RAMÓN (1989). «Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas», en *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, No. 243, p. 571.

(65) M. HAURIU (2002). *Précis de droit administratif et de droit public*, 12 edición, París, Dalloz, p. 1015.

(66) F. LÓPEZ RAMÓN (1989). «Las dificultades de...», pp.564 y ss.

- BENAVIDES RUSSI, J. L. (2019). «Cláusulas excepcionales, potestades públicas y poderes unilaterales de la Administración contratante: prerrogativas, derechos y cargas», en *Las transformaciones de la Administración Pública y del Derecho Administrativo* (Ed. H. Santaella), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 167-227.
- CÁRDENAS URIBE, J. C. (2003). *Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 172 pp.
- CARDONA LÓPEZ, A. (2018). *Política pública sectorial de agua potable: ha faltado politizar el problema*, Bogotá, Departamento Nacional de Planeación, 27 pp.
- COVILLA MARTÍNEZ, J. C. (2014). *Autorizaciones y concesiones en el Derecho Administrativo colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 167 pp.
- DE LA TORRE VARGAS, D. (2014). *Regionalización de servicios públicos y propiedad municipal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 128 pp.
- DEIK ACOSTAMADIEDO, C. (2019). *Potestades excepcionales en los contratos estatales*, Bogotá, Temis, 197 pp.
- DUGUIT, L. (1926). *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Beltrán.
- HAURIUO, M. (2002). *Précis de droit administratif et de droit public*, 12 edición, Paris, Dalloz, 1150 pp.
- HINESTROSA, F. (1997). «60 años de la reforma constitucional de 1936», en *Revista de Derecho del Estado*, No. 1, pp. 5-8.
- LLERAS DE LA FUENTE, C. y TANGARIFE TORRES, M. *Constitución Política de Colombia. Origen, evolución y vigencia*, Bogotá, Ediciones Rosaristas – DIKE – Pontificia Universidad Javeriana, 1463 pp.
- LÓPEZ RAMÓN, F. (1989). «Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas», en *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, No. 243, pp. 563-610.
- MONTAÑA PLATA, A. (2018). «Caracterización del contrato de concesión de servicio público en Colombia a partir de la revisión de su génesis y evolución histórica», en *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas* (Eds. A. Montaña y J. I. Rincón), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 641-663.
- (2002). *El concepto de servicio público en el Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 183 pp.
- PALACIOS MEJIA, H. (1999). *El Derecho de los servicios públicos*, Bogotá, Derecho Vigente, 285 pp.
- PARDO FLÓREZ, F. (2018). «Los municipios y la gestión de los servicios públicos: entre la limitación de la autonomía y la obligación de garantía», en *Derecho*

- de las entidades territoriales* (Eds. P. Robledo, H. Santaella y J. C. Covilla), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 353-392.
- PAREJA, C. H. (1937). *Curso de Derecho Administrativo*, Bogotá, Editorial ABC, 475 pp.
- RAMÍREZ GÓMEZ, J. (2003). «Régimen legal de la competencia en servicios públicos domiciliarios», en *Revista de Derecho – Universidad del Norte*, No. 20, pp. 92-134.
- RICHER, L. (2014). *La concesión en débat*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 219 pp.
- ROSAS BALBONTIN, P. y BONIFAZ FERNÁNDEZ, J. L. (2014). *Notas sobre la teoría de la empresa pública de servicios de infraestructura y su regulación*, Santiago, CEPAL – Naciones Unidas – República de Francia, 75 pp.
- SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. (2010). El contrato de concesión de Servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado Social y democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos (Tesis Doctoral), Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 622 pp.
- TIRADO MEJIA, A. y VELÁSQUEZ, M. (1982). *La reforma constitucional de 1936*, Bogotá, Editorial La Oveja Negra.

LA EXTINCIÓN Y REVERSIÓN DE APROVECHAMIENTOS HIDROELÉCTRICOS: «EL DÍA DESPUÉS»

JOSÉ LUIS BERMEJO LATRE
Profesor Titular de Derecho administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. UN GUION BASADO EN HECHOS REALES.– II. UN ESCENARIO CON TRES DECORADOS: 1. El Derecho de aguas. 2. El Derecho del sistema eléctrico. 3. El Derecho de los contratos del sector público.– III. UN PLANTEL DE ACTORES DESACOMPASADOS.– IV. TRES POSIBLES DESENLACES: 1. La nacionalización. 2. La privatización. 3. La comunitarización.– V. TELÓN.– VI. CRÉDITOS.

RESUMEN: El trabajo analiza la problemática derivada de la extinción de concesiones de aprovechamientos hidroeléctricos, explorando y valorando las distintas alternativas legales para la explotación de las instalaciones una vez éstas han revertido al Estado. Tras señalar algunas oportunidades de reforma normativa para mejorar el tratamiento de las centrales revertidas, se recomienda la opción por soluciones colaborativas público-privadas a largo plazo pero con una revisión del modelo retributivo que sea acorde con el sistema vigente de precios de la energía, en aras del interés general.

Palabras clave: concesiones; aprovechamiento hidroeléctrico; reversión; centrales hidroeléctricas; nacionalización; privatización; comunidades energéticas.

ABSTRACT: This paper analyses the problems issuing from the termination of hydroelectric concessions, exploring and assessing the alternatives offered by the Law for the operation of the hydroelectric power plants reverted to the State. After pointing out some opportunities for regulatory amendment to improve the legal treatment of reverted hydroelectric power plants, it advocates for long-term public-private agreements, suggesting a review of the remuneration model consistent with the current energy price system, for the sake of the public interest.

Key words: concessions; hydroelectric power plants; reversion; nationalization; privatization; energy communities.

I. UN GUION BASADO EN HECHOS REALES

España cuenta con una capacidad instalada para la producción de energía hidroeléctrica de 20.300 MW (casi la quinta parte del total del parque nacional). En los cinco últimos años, esta red de infraestructuras ha aportado

a la producción nacional entre 20.000 y 23.000 GWh (según el año haya sido «seco» o «húmedo»). El dato convencionalmente manejado refleja que la energía de fuente hidroeléctrica participa en el *mix* energético nacional con un 15%. Como es sabido, la generación hidroeléctrica es la tecnología de producción más antigua, y se basa en la explotación de un caudal de agua embalsado y turbinado, operación que requiere de un conjunto de recursos jurídicamente calificados de dominio público natural (el caudal y su vaso de almacenamiento) y artificial (las presas y sus accesorios, y las centrales hidroeléctricas). El 78% del total del agua embalsada con el propósito de generar energía eléctrica se concentra en cinco Comunidades Autónomas, y no precisamente de la «España húmeda» (un 30% en Extremadura, un 17% en Castilla y León, un 16% en Andalucía, un 10% en Castilla-La Mancha y un 8% en Aragón).

Mayores embalses y su fechas de reversión

Embalse	Cuenca	CC AA	Capacidad (hm ³)	Inicio concesión	Plazo 75 años
Jándula	Guadalquivir	Andalucía	322	1932	2007
Ricobayo	Duero	Castilla y León	1.145	1933	2008
Tranco de Beas	Guadalquivir	Andalucía	498	1944	2019
Ebro	Ebro	Cantabria	541	1945	2020
Alarcón	Júcar	Castilla y León	1.118	1955	2030
Barrios de Luna	Duero	Castilla y León	308	1956	2031
Entrepeñas	Tajo	Castilla y León	835	1956	2031
Cijara	Guadiana	Extremadura	1.505	1956	2031
Buendía	Tajo	Cast. -La Mancha	1.639	1958	2033
Mediano	Ebro	Aragón	435	1959	2034
Yesa	Ebro	Navarra	447	1959	2034
Canelles	Ebro	Aragón	679	1960	2035
Bárcena	Miño-Sil	Castilla y León	341	1960	2035
El Cenaño	Segura	Castilla y León	437	1960	2035
Santa Teresa	Duero	Castilla y León	496	1960	2035
Gabriel y Galán	Tajo	Extremadura	911	1961	2036
García de Sola	Guadiana	Extremadura	554	1962	2037
Bembazar	Guadalquivir	Andalucía	342	1963	2038
Orellana	Guadiana	Extremadura	808	1963	2038

Fuente: «Recuperación de las concesiones hidroeléctricas en España», Observatorio de Sostenibilidad.

Con carácter general, y desde luego en la experiencia española, la construcción y explotación de los elementos de dominio público artificial corres-

ponde a sujetos privados, a través de figuras concesionales (muy marginalmente arrendaticias) otorgadas por un período muy dilatado (setenta y cinco años). No obstante, dada la antigüedad de la implantación de este modo de producir energía, esos plazos originalmente dilatados están llegando a su fin en la actualidad, provocando paulatinamente la consecuencia legalmente prevista para estas situaciones: la reversión al Estado de las concesiones hidroeléctricas, con todos sus elementos construidos.

Según el informe titulado «Recuperación de las concesiones hidroeléctricas en España» presentado en septiembre de 2018 por el Observatorio de la Sostenibilidad, un 7% de las concesiones de dominio público hidráulico (medidas en caudal) ya habían expirado a esa fecha, y hasta 2030 otro irá caducando otro 8%. El propio Ministerio para la Transición Ecológica ha difundido que hasta 2030 expirarán doscientas cincuenta y cinco concesiones con una potencia total de unos 953 MW, que suponen el 5% del total de la capacidad hidroeléctrica instalada, a las que se suman unos veinte aprovechamientos (52 MW) ya extinguidos, alguno desde hace más de una década, que todavía no han revertido al Estado (1).

Estos datos revelan que la reversión de las concesiones va a dejar de ser un fenómeno ocasional emergente para convertirse en otro masivo y recurrente. Siendo inexorable, el objetivo a perseguir es la disposición de todos los medios jurídicos al alcance para lograr que el proceso de reversiones, que se prevé extendido en el tiempo, sea ordenado y se ajuste a la magnética realidad del panorama energético nacional y hasta mundial.

Se alude a los presuntos beneficios de las reversiones en términos económicos y sociales, sobre la base argumental de que las instalaciones, plenamente amortizadas, logran drásticamente disminuir el precio de la electricidad, y posibilitan un mayor control público de la gestión del agua (facilitando los desembalses y reasignaciones de usos en caso de necesidad). Como se verá, no han faltado iniciativas en pos de la publicación directa y total de la gestión de estas centrales, encomendada a los organismos de cuenca o a los entes locales en cuyo término se ubican. Más allá de estas posturas hay que situar las propuestas de desmantelamiento de las centrales y consiguiente demolición de las «infraestructuras grises» para la renaturalización de los ríos, al amparo

(1) La información detallada se incluye en la documentación del contrato adjudicado por la Dirección General del Agua en abril de 2022 a la consultora NTT Data (antes Everis) por c. 1.550.000 de euros, que tiene por objeto recabar orientaciones para afrontar las reversiones de infraestructuras y concursos de aprovechamientos hidroeléctricos, identificando oportunidades y necesidades de la administración hidráulica ante la extinción de las concesiones de aprovechamientos hidroeléctricos: *vid.* https://contrataciondelestado.es/wps/portal/!ut/p/b0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfjU1JTC3ly87KtUJLEnNyUuNzMpMzSxKTgQr0w_Wj9KMyU1zLcvQjPcONLHKcy82NjiOLqozdA1Nmi8yCA21f9Gtycx0BpAwl4Q!!/ .

de documentos oficiales tales como la Estrategia Europea para la Biodiversidad para 2030, las respectivas Estrategias Nacionales de Restauración de Ríos y de Infraestructura Verde, o la revisión del tercer ciclo de los planes hidrológicos de las demarcaciones (2021-2027) (2).

Sin embargo, estos procesos plantean problemas y retos notables, particularmente en sus momentos liminares, posteriores pero también anteriores. La situación transitoria es especialmente delicada, pues de su adecuada comprensión y su buena gestión depende el éxito de las reversiones. Destacan los desafíos de naturaleza económica (reducción de la producción y correlativo aumento de los precios de la energía, caída de ingresos fiscales, especialmente graves en para los municipios sede de estas centrales debido a la exención para el Estado del Impuesto de Actividades Económicas, ex art. 82.1.a del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales*). Pero no son menores los desafíos de tipo industrial (deterioro de las instalaciones de las centrales paradas y generación de un «hueco» en la red eléctrica que debe ser compensado), social (aumento de la tasa de desempleo y agravamiento de la despoblación rural), ambiental (degradación del entorno fluvial y lacustre, cese de la «progresión ambiental» debido a la no ejecución de mejoras ambientales) y jurídico (necesidad de corrección de los deslindes de los cauces, insuficiencia acreditada de medios para acometer la gestión pública de las centrales, disparidad de criterios y opciones para el mantenimiento de las centrales). Todo ello contribuye a crear un ambiente de inseguridad jurídica que merece una atención y, en la medida de lo posible, un esclarecimiento.

II. UN ESCENARIO CON TRES DECORADOS

Uno de los factores determinantes de la complejidad del marco regulador de las reversiones de los aprovechamientos hidroeléctricos es la presencia de tres dimensiones materiales en los objetos de la regulación y, con ello, la

(2) De acuerdo con la contestación del Gobierno a la pregunta de varios diputados del grupo popular sobre el «número de concesiones hidroeléctricas de las Confederaciones Hidrográficas que han caducado desde enero de 2020, así como actuaciones acometidas para revisar la caducidad de dichas concesiones» (BOCG-Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, serie D, nº 327, 20 de septiembre de 2021, p. 148), 21 concesiones con apenas 37,7 MW de potencia han expirado desde enero de 2020. Desde entonces se ha ordenado la demolición a cargo del titular de doce de ellas, con una potencia de 15,38 MW, en las cuencas del Cantábrico, Tajo, Júcar y Ebro. Otras cuatro (11,8 MW) han sido revertidas y adscritas a las confederaciones del Cantábrico y el Ebro para su gestión directa. En dos (2,8 MW) se había iniciado el expediente de extinción, y en tres (7,2 MW) el trámite aún no había empezado. De los que se ha decidido destruir, la mayoría de la potencia (12 MW) corresponde a la presa de Los Toranes (Albentosa, Teruel), construida en 1954 y ubicada en el río Mijares.

necesidad de adoptar tres perspectivas jurídicas para abordar y resolver los problemas jurídicos que plantean. Las centrales hidroeléctricas se componen de elementos asentados sobre recursos hídricos, se integran en un sistema energético y su explotación y parada son fenómenos activados por figuras contractuales de Derecho público. Cada una de estas tres perspectivas jurídicas ofrece referencias que condicionan el planteamiento y la solución de los problemas, como se verá.

1. El Derecho de aguas

En primer lugar, la normativa en materia de aguas está compuesta básicamente, en lo que afecta a nuestra cuestión, por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas* (TRLA), el RD 849/1986, de 11 de abril, *por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico* (RDPH) y los planes hidrológicos de cada demarcación.

Coronadas por la Constitución estas normas revelan un marcado protagonismo estatal y una residual presencia autonómica en el asunto (3). Aunque la competencia en materia de «proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos... de interés de la Comunidad Autónoma» puede ser considerada como autonómica nativa ex art. 148.1.10 CE, lo cierto es que sobre este título prima la cláusula de supraterritorialidad hidrológica recogida en el 149.1.22 CE (y la jurisprudencia constitucional que lo ha interpretado). En efecto, se atribuye al Estado la competencia exclusiva para «la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad (...)». Estas circunstancias —que las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma y que el aprovechamiento de las instalaciones eléctricas afecte a otra Comunidad— concurren, ya sea por razones geográficas o por la propia configuración del sistema eléctrico, en la práctica totalidad del país. Así pues, tanto la titularidad como la gestión de los aprovechamientos hidroeléctricos competen exclusivamente a la Administración General del Estado, al

(3) El diseño de la regulación específica sobre la concesión para los aprovechamientos hidroeléctricos se encuentra en los arts. 53.4 y 59.4 TRLA, así como en los arts. 89.4, 109, 115.3.b), 153 y 154, 132 a 135, 162 del RDPH. Esta normativa se encuentra en proceso de reforma, a instancias de la Empresa (estatal) para la Gestión de Residuos Industriales (EMGRISA), que adjudicó un contrato de asistencia para la reforma de la Ley de Aguas y Reglamento del Dominio Público Hidráulico por 60.000 euros al despacho Gómez-Acebo & Pombo. Vid. https://contrataciondelestado.es/wps/portal/!ut/p/b0/04_Sj9CPykyssy0xPLMnMz0vMAfjU1JTC3ly87KiUJLEnNyUuNzMpMzSxKTgQr0w_Wj9KMyU1zLcvQjA7xUDSyMw4r di4MNyyLzQrID_QxUDalcbW31C3JzHQFho45m/.

margen de su localización territorial (excepto en las cuencas intraautonómicas), siendo muy limitado el alcance de las competencias autonómicas en el caso de cuencas intercomunitarias (4). Las Comunidades Autónomas pueden ejercer competencias sobre hipotéticos aprovechamientos hidroeléctricos de interés regional, pero reducidas, en las cuencas hidrográficas intercomunitarias, a la promoción de los mismos (y dejando aparte, además, el hecho de que el amplio concepto de obra hidráulica de interés regional se ve condicionado por el preferente de obra hidráulica de interés general). También pueden participar en la promoción, construcción y explotación de aprovechamientos hidroeléctricos ajenos a su iniciativa, pero ya al amparo de competencias laterales (ordenación del territorio y medio ambiente, fomento económico e industrial) y con los instrumentos y limitaciones admitidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (5).

El segundo de los elementos que aporta la normativa de aguas a la cuestión es la posibilidad, si no la preferencia, de que la construcción y operación de las centrales hidroeléctricas corresponda a sujetos privados mediante concesión demanial. A la vista de la extensión y de la densidad de la normativa dedicada al sistema de explotación de los recursos hídricos con fines de generación hidroeléctrica, y considerando las características de las instalaciones necesarias para ello, el legislador parece ser consciente de que la concesión es el instrumento más apropiado para armonizar los intereses públicos, empresariales y de los consumidores. Gracias a ella, unos bienes demaniales (los vasos de los embalses y los caudales almacenados) son utilizados de manera privativa (exclusiva y permanente) para la producción de un bien de mercado pero de interés colectivo (la costosa e imprescindible energía eléctrica), bajo

(4) Así desde la STC 161/1996 de 17 de octubre (inconstitucionalidad de la Ley de la Administración Hidráulica de Cataluña de 1987) y antes, en la jurisprudencia ordinaria (STS de 15 de junio de 1990, asunto «Canales de Urgel»).

(5) Los instrumentos son la sujeción de las operaciones de competencia estatal a informes o autorizaciones autonómicos previos, o la prohibición de realizar determinadas construcciones o infraestructuras. Las limitaciones serían el carácter facultativo de los informes (solo vinculantes si así lo prevé una norma básica estatal: SsTC 154/2014 de 25 de septiembre y 182/2014 de 6 de noviembre, inconstitucionalidad de sendas leyes de declaración de sendos parques naturales de Castilla-La Mancha), la prohibición de que las autorizaciones interfieran o perturben el ejercicio de las competencias estatales (SsTC 166/2000, de 15 de junio, inconstitucionalidad de la Ley navarra de protección de la fauna), el veto a que las Comunidades Autónomas fijen caudales circulantes mínimos en masas de agua ubicadas en su territorio (STC 123/2003, de 19 de junio, inconstitucionalidad de la Ley de pesca de Extremadura) o exijan su autorización para agotar o disminuir el volumen de agua embalsada o circulante, o prohíban la instalación de centrales hidroeléctricas u otras actividades en determinados tramos de ríos (STC 166/2000), salvo que se trate de instrumentos de protección de espacios naturales, con la salvaguarda de «razones imperiosas de interés público de primer orden» (SsTC 154 y 182/2014).

la tutela estricta y con la participación de la Administración en el éxito de las operaciones (percibiendo ingresos fiscales durante su vida útil, e incorporando las obras e instalaciones construidas al patrimonio público al finalizar la relación concesional). Todos ganan, sin necesidad alguna de compromiso financiero de la Administración.

El régimen concesional es muy completo, alcanzando también a la reversión de los aprovechamientos hidroeléctricos en el momento de su extinción. Sin embargo, los preceptos aplicables del RDPH (y, por extensión, las disposiciones normativas de los planes hidrológicos) parecen recoger reglas pensadas para el otorgamiento de concesiones hidroeléctricas de nuevo cuño, más que para la novación de éstas. Al margen de esta crítica, fácilmente soslayable gracias a una interpretación extensiva de las reglas, el procedimiento a seguir es claro y cierto. La reversión es gratuita y obligatoria, debe ser impulsada por el organismo de cuenca competente tras la preceptiva consulta pública y debe ir acompañada de una propuesta razonada sobre el futuro del aprovechamiento que recoja recomendaciones sobre la continuidad de la explotación, la adscripción de la titularidad de las infraestructuras e instalaciones, su gestión o demolición (ex art. 165 *bis* RDPH (6)). Este mismo precepto establece que si se opta por continuar la explotación, procede tramitar «el correspondiente contrato de servicios o el concurso público de explotación del aprovechamiento», lo que confirma el sesgo colaborativo público-privado y, en todo caso, procompetitivo, arriba indicado.

Los contenidos mínimos del pliego de bases del concurso se relacionan en la norma, consistiendo en el objeto (obras hidráulicas utilizables) y el régimen normal de uso del embalse o canal y las «condiciones hidráulicas» (lo que remite al recién reformado art. 55.2 TRLA); el plazo máximo de la concesión (para cuyo establecimiento no se disponen reglas ni criterios, más allá del límite máximo de setenta y cinco años) y la fecha del comienzo y fin de las obras necesarias (se entiende, para las concesiones revertidas, que se refiere a obras de adaptación o mejora de las instalaciones); la cantidad, precio y punto de entrega de la energía a suministrar a la AP (lo que evoca el régimen de la llamada «energía reservada» (7)); el canon anual, su forma de cálculo

(6) En esta misma línea, el art. 28.4 del proyecto de Plan Hidrológico de la Demarcación Ebro (revisión de tercer ciclo 2021-2027) dispone que «en los procedimientos de extinción de los derechos relativos al aprovechamiento de saltos hidroeléctricos, la propuesta relativa a la continuidad del salto atenderá a su viabilidad económica y ambiental».

(7) El concepto de la llamada «energía reservada» (y su regulación) se vincula a las concesiones hidroeléctricas de primera generación, momento en que con su previsión en algunas cartas concesionales se pretendía territorializar los rendimientos por vía patrimonial y no fiscal. La Confederación Hidrográfica del Ebro instó en su día a ENDESA a entregar el producto de esta «energía reservada» con efectos retroactivos desde el año 2012. Vid. nota de prensa de la CHE de 24 de enero de 2014 <http://oph.chebro.es/Notasprensa/PDF/4290/4290.pdf> .

(compuesta de una parte fija —para cuya determinación no hay reglas específicas— y otra variable —calculada a razón de una cantidad fija por KWh generado, para cuya determinación, de nuevo, tampoco hay reglas—) y revisión y el precio de la energía para la Administración; las medidas de garantía de la reversión de instalaciones en condiciones de conservación; y otros aspectos (una enigmática «máxima utilización de la energía de posible obtención»).

2. El Derecho del sistema eléctrico

En cuanto al segundo de los grupos normativos incidentes en el fenómeno de los aprovechamientos hidroeléctricos, cabe destacar su alineamiento con el anterior en cuanto al protagonismo estatal, aunque el espacio para el ejercicio de competencias autonómicas se amplía considerablemente, dada la disociación de los títulos administrativos necesarios para habilitar estas operaciones: el demanial (para embalsar y turbinar los caudales, correspondiente a la autoridad estatal en las cuencas intercomunitarias) y el industrial (para funcionar las instalaciones hidroeléctricas, correspondiente a la Administración autonómica en función de la potencia instalada) (8). No obstante, el dato más interesante de la regulación en lo que aquí toca es la proclamación, entre los principales objetivos del sistema eléctrico, de la necesidad de garantizar el suministro de energía eléctrica, y de adecuarlo a las necesidades de los consumidores en términos de seguridad, calidad, eficiencia, objetividad, transparencia y al mínimo coste. Por este motivo se sujeta a autorización administrativa la puesta en funcionamiento, la modificación, el cierre temporal, la transmisión y el cierre definitivo de las instalaciones de producción, obligándose a los productores a mantener la explotación y la capacidad de producción en todo momento y, en caso de suspensión, a reiniciarla en un plazo inferior a tres años, so pena de caducidad del permiso de acceso a la red (ex arts. 33.8 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, *del Sector Eléctrico* y 26.1.b) RD 1183/2020, de 29 de diciembre, *de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica*) (9). En cuanto a la modalidad específica de producción hidroeléctrica, rige una normativa específica para la puesta en funcionamiento

(8) Así lo dispuso la STC 74/1992 de 14 de mayo, reconociendo a la Administración aragonesa la competencia para autorizar y aprobar el proyecto de ampliación de la central hidroeléctrica de El Pueyo (Huesca).

(9) En el mismo sentido, el art. 1 del Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, *por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica* establece rígidos calendarios para la puesta en funcionamiento de instalaciones de generación de energía eléctrica, sujetando a plazos el cumplimiento de los hitos administrativos que median desde la obtención del permiso de acceso a la red hasta la de la autorización administrativa de explotación definitiva.

de ciertas «minicentrales» (10). Conforme al RD 916/1985, de 25 de mayo, *por el que se establece un procedimiento abreviado de tramitación de concesiones y autorizaciones administrativas para la instalación, ampliación o adaptación de aprovechamientos hidroeléctricos con potencia nominal no superior a 5.000 KVA* (medida equivalente a unos 4,5 MW de potencia instalada), se acumula en un único expediente las autorizaciones industrial (de unidades de producción) e hídrica (la concesión del uso de las aguas), bastando para obtener esta última un informe favorable de la Administración competente en materia de energía. El diseño de esta normativa, como puede advertirse, se orienta hacia la garantía de continuidad y la maximización de la producción energética.

3. El Derecho de los contratos del sector público

El tercero de los bloques normativos que componen el complejo escenario en el que se desenvuelven los procesos de reversión es el relativo a la contratación pública. Ello es así porque, si bien las concesiones de aguas para uso hidroeléctrico cuentan con una regulación propia relativamente exhaustiva, la fase en la que entran las centrales revertidas no tiene tanto que ver con esa regulación sino con la que posibilita su explotación, como objetos de Derecho público, por parte de sujetos privados. Así ha sucedido ya en las primeras experiencias de gestión, presumiblemente directa, de las centrales revertidas por parte de las autoridades hídricas que han optado por acometerla. En efecto, la Confederación Hidrográfica del Ebro ha sido pionera en la recuperación de cinco centrales hidroeléctricas continuando su explotación a través de operadores privados y mediante contratos administrativos de servicios (11). También la

(10) Los aprovechamientos hidroeléctricos se clasifican y denominan en tres categorías en función de su potencia instalada: «centrales hidroeléctricas de gran potencia» las de potencia superior a 10 MW, «minicentrales» las de potencia inferior a 10 MW y «microcentrales» las de potencia inferior a 1 MW. Más allá de sus relevantes diferencias, cabe trazar una somera correspondencia entre las magnitudes relativas a la potencia instalada o nominal (y aparente) y a la producción, en lo que se refiere a energía hidroeléctrica: cada MW de potencia podría rendir a 1 GWh/año.

(11) La central de El Pueyo (Panticosa, Huesca), con una potencia instalada de 15 MW y una producción de c. 63 GWh/año, fue revertida en julio de 2013. El coste de producción estimado se reduce hoy a un céntimo de euro por kWh, y rinde unos dos millones de euros anuales. En junio de 2020 se adjudicó el contrato de «operación, mantenimiento y gestión de incidencias» por un plazo de 2 años y un importe de 333.000 euros a SEYS MEDIOAMBIENTE (https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/49f9fc2c-ad09-46a1-a2ba-acd866a5d8a0/DOC_CAN_ADJ2020-227837.pdf?MOD=AJPERES).

La central auxiliar de Campo (Campo, Huesca), con una potencia instalada de 1,7 MW, fue revertida en agosto de 2017, adjudicándose el contrato de operación, mantenimiento y gestión de incidencias por un plazo de dos años y un importe de 253.000 € a

Confederación Hidrográfica del Duero ha optado por la misma fórmula (12). De la documentación de todas estas licitaciones cabe extraer elementos interesantes para la reflexión, siendo criticable el recurso sistemático a los contratos de servicios sin explorar alternativas respecto a las figuras negociales ajenas a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de *Contratos del Sector Público*, tales como los «contratos de explotación de bienes patrimoniales» (tal es la naturaleza de las centrales revertidas, conforme al art. 16 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del *Patrimonio de las Administraciones Públicas*, por más que algunos de sus elementos integrantes —los naturales— mantengan su naturaleza demanial) o de arrendamiento de las instalaciones (recuérdese en este caso que solo cabe incluir prestaciones propias de los contratos típicos si su

ACCIONA (https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/b4329b56-68fa-4145-8d0a-39a0dee5c86e/DOC_CAN_ADJ2020-236066.pdf?MOD=AJPERES).

La central de Barrosa (Parzán, Huesca), con una potencia instalada de 3,6 MW, fue entregada a la Confederación Hidrográfica para su gestión en febrero de 2018, tras haber expirado el contrato de operación, mantenimiento y gestión de incidencias adjudicado por un año y 210.000 euros a ACCIONA (https://contrataciondelestado.es/wps/portal/!ut/p/b0/04_Sj9CPYkssy0xPLMnMz0vMAfijU1JTC3Iy87KtUJLEnNyUuNzMpMzSxKTgQr0w_Wj9KMyU1zLcvQjzVLLnT1NLLSNDUvMMyxMVQ0KcnOL08ptbfWBDEcAbC7YKw!!/).

La central de Urdiceto (Bielsa, Huesca), con una potencia instalada de 7,2 MW y una producción de c. 600 MWh/año, fue entregada a la Confederación Hidrográfica en febrero de 2018, hallándose parada y a la espera de la licitación del oportuno contrato de mantenimiento y gestión.

Finalmente, la central de Lafortunada-Cinqueta (Lafortunada, Huesca), con una potencia instalada de 40,8 MW y una producción de c. 90,7 GWh/año, vio expirar su concesión en julio de 2017 aunque no fue entregada por ENDESA hasta noviembre de 2019. En el ínterin ENDESA mantuvo el aprovechamiento, so pretexto de que el descarte definitivo del proyecto de embalse de Jánovas en 2005 le ameritaba una ampliación del plazo concesional. La Audiencia Nacional, en sentencia 585/2020 de 28 de febrero, desestimó sus pretensiones y condenó a la compañía a abonar al Estado una suma de casi veinte millones de euros, por el aprovechamiento irregular obtenido. Tras más de un año parada, el contrato de operación y mantenimiento fue adjudicado por dos años y un importe de c. 1.080.000 euros a ACCIONA (https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/42768383-fbad-4e85-96d5-87040374d93d/DOC_FORM2021-610404.pdf?MOD=AJPERES), mientras simultáneamente se redactaba un nuevo pliego para un nuevo concurso que habilite el aprovechamiento a más largo plazo.

Vid. DE GALÁN SORALUCE, F: *Centrales hidroeléctricas y presas del Alto Aragón*, ed. Fundación ESTEYCO, 2012.

(12) Se trata de las minicentrales de Láncara (Sena de Luna) y Lugañ (Vegaquemada), ambas en la provincia de León, ambas repuestas en funcionamiento tras largos períodos de latencia, ambas programadas para su explotación por adjudicatarios por plazos dilatados (30 años como máximo para Láncara y 20 para Lugañ, aunque se adjudicó por 17 a la empresa OMMHSA: los pliegos de estos concursos suelen otorgar mayor puntuación a quien se comprometa a reducir el plazo de partida fijado en la convocatoria). Otras confederaciones seguirán este camino, por ejemplo la del Miño-Sil, que pretende licitar la explotación de tres pequeñas centrales cuya licencia expiró entre 2016 y 2018 y que siguen explotando empresas privadas (El Pelgo, Enviande y Castadón).

valor estimado es inferior a la mitad del importe total del negocio y, a su vez, mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad). En esta misma línea, también cabría considerar la opción por contratos de concesión de obras, admisibles para la «conservación y mantenimiento de elementos construidos», consistiendo la contraprestación en el derecho a explotar la obra (y, en su caso, percibir un precio), permitiendo el art. 14 de la LCSP incorporar a las obligaciones del contratista el deber de «adecuación, reforma y modernización de la obra para adaptarla a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta... realización de las actividades económicas que soporta».

Por lo demás, en cuanto a los procedimientos de licitación, cabe reflexionar seriamente sobre la viabilidad y aun idoneidad del procedimiento negociado para la definición de condiciones económicas óptimas y equitativas en la explotación de centrales revertidas por terceros. Hasta la fecha se han licitado los contratos de servicios a través de procedimientos abiertos, aunque los organismos de cuenca podrían recurrir al procedimiento restringido preseleccionando a ciertas empresas en atención a su solvencia (art. 160 LCSP). No obstante, emerge la posibilidad de optar por el procedimiento negociado con publicidad en el entendido de que la prestación demandada (la operación de las centrales revertidas) incluye un proyecto o solución innovadora, o si se considera y se acredita que la prestación reviste una naturaleza, complejidad o configuración jurídica o financiera especial que justifica una mayor flexibilidad del procedimiento de selección del operador (art. 167 LCSP). Sería incluso posible licitar estos contratos de servicios mediante procedimientos negociados sin publicidad si se tiene en cuenta que su objeto es concertar un servicio en condiciones especialmente ventajosas con un proveedor que cese definitivamente en sus actividades comerciales... o a través de un procedimiento de naturaleza análoga al concursal o judicial, entendiendo por tal el procedimiento administrativo de reversión (art. 168.d) LCSP). Residualmente, y para la creación de comunidades de energía, las figuras de la «asociación para la innovación» y la «compra pública de innovación». En cualquier caso, la atención debe fijarse no tanto en los instrumentos sino en las contraprestaciones que incorporen, particularmente las vinculadas a los costes de operación de las centrales y los precios de venta de la energía producida.

III. UN PLANTEL DE ACTORES DESACOMPASADOS

En este complejo escenario están llamados a desempeñar su papel diversos actores, cuyas voluntades no están plenamente alineadas, ni siquiera cuando aquéllos son entes públicos y éstas deberían converger en un objetivo común: el interés general.

Por un lado, en el plano estatal, hay varios actores implicados en este proceso, bajo el estrellato del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. Los protagonistas serían los organismos de cuenca, que deben ejecutar tempestivamente la reversión de estas centrales hidroeléctricas, si bien es notorio que la reversión de algunas concesiones se ha demorado hasta varios años por diversas razones (falta de información actualizada, ausencia de criterios ministeriales, carencia de medios burocráticos, filibusterismo de los concesionarios cesantes, etc.). Convendría llamar la atención acerca de la posible entrada en escena de colaboradores inestimables en concepto de medios propios, tales como las empresas públicas ACUAES y ACUAMED, TRAGSA o TRAGSATEC, el propio operador del sistema eléctrico nacional (REE) o el Instituto para la Diversificación y el Ahorro Energético (IDEA). Estos entes bien podrían auxiliar a los organismos de cuenca, sobre todo en la fase de transición entre la recuperación de las centrales y la opción definitiva, en su caso, por su gestión privada.

Enfrente se encuentran las empresas del sector de la energía hidroeléctrica, tanto las concesionarias cesantes (las grandes operadores son, en este orden, Iberdrola, Endesa y Naturgy, Acciona, Repsol y EdP) como a las entrantes. Las empresas cesantes suelen ser proclives a prolongar al máximo sus concesiones acometiendo obras de ampliación o solicitando aumentos de caudales, demorando así las reversiones (13). Ante la inexorabilidad de la reversión de las concesiones expiradas y la eventual reforma del régimen concesional, la Asociación de Empresas de Energías Renovables (APPA) ha llegado a afirmar que la gestión pública de las centrales hidroeléctricas —ya sea directamente o a través de un medio propio— podría ser contraria a Derecho por restringir la libre competencia en la generación eléctrica, apuntándose que la decisión de explotar las centrales revertidas debe ser motivada atendiendo a sus consecuencias pro o anticompetitivas.

Por su cuenta, los municipios donde radican las centrales, individualmente y agrupados en torno a asociaciones regionales (por ejemplo, la Asociación de Entes Locales del Pirineo Aragonés-ADELPA) o nacionales (la Federación de Asociaciones y Municipios con Centrales Hidroeléctricas y Embalses-FEMEM-

(13) Tal es el caso de la central de Os Peares (Lugo), cuya concesión originaria data de 1910, fue ampliada en 1948 y de nuevo en 2009 mediante sucesivos aumentos de caudales, encontrándose vigente hasta 2059; o la de Ricobayo (Zamora), cuya concesión originaria data de 1926 pero fue prorrogada hasta 2040 con motivo de la ampliación de las instalaciones. El plazo máximo de la concesión no puede superar los setenta y cinco años, incluyendo la posible prórroga de hasta diez años, consentida sólo en el caso de que se realicen inversiones u obras (art. 97 RDPH). La explotación de los aprovechamientos hidroeléctricos más allá del plazo concesional o su prórroga se reputa irregular, debiendo el concesionario compensar ese quebranto del interés general mientras persista el aprovechamiento: *vid.* el caso de la central de Lafortunada-Cinqueta relatado en la nota 10.

BALSES) mantienen una postura de rechazo total a la explotación privada de los aprovechamientos hidroeléctricos, reclamación al Estado de compensaciones por las pérdidas fiscales derivadas de las reversiones (tanto el cese de la producción como la asunción de la explotación por parte de los organismos de cuenca les resta ingresos fiscales en concepto de IAE) y reinversión en sus territorios del beneficio de las centrales revertidas (14). Además, algunas de estas reivindicaciones han sido planteadas en sede judicial con éxito, por ejemplo la reversión a su favor de los terrenos forestales de titularidad municipal ocupados originariamente por las instalaciones (15). Estas posturas son secundadas por algunos sectores de la sociedad civil, siendo reseñable el caso de la iniciativa legislativa popular impulsada a escala autonómica por la asociación «Aragón Suma» en la dirección de la «devolución» a los territorios de la energía generada por estas centrales.

Sin embargo, la lógica de la restitución económica a los municipios (presente en las normas, por ejemplo en el art. 67.2 del Anexo XII del RD 1/2016, de 8 de enero, anexo que recoge las disposiciones normativas del todavía vigente Plan Hidrológico de la Demarcación del Ebro), ha decaído en favor de la aplicación de los beneficios obtenidos por la explotación a la mejora del dominio público hidráulico en toda la cuenca (16). Ello no ha impedido que,

(14) Vid. las propuestas alumbradas en la reunión mantenida por la DPH y ADELPA en 2019 https://www.dphuesca.es/hemeroteca-2019/-/asset_publisher/0kawSmS6LHBg/content/el-grupo-de-agua-y-energia-en-la-dph-se-centra-en-la-via-legislativa-para-luchar-por-las-necesarias-y-urgentes-compensaciones-para-el-territorio, y el manifiesto de FEMEMBALSES de 20 de diciembre de 2020 <http://www.femembales.org/ficheros/manifiesto-sobre-el-futuro-de-la-caducidad-de-las-concesiones-hidroelectricas-en-espana.pdf>.

(15) La STS 518/2019 de 11 de abril, haciendo valer el principio de jerarquía normativa a la luz de los arts. 53.4 TRLA y 89.4 RDPH, anuló el art. 52.3 del Anexo XII del RD 1/2016 de 8 de enero (revisión de segundo ciclo 2015-2021 de los Planes Hidrológicos), ciondo la reversión gratuita exclusivamente a las instalaciones localizadas dentro del dominio público hidráulico, permitiendo que las infraestructuras y bienes situados en el dominio público forestal local revirtieran a los municipios donde radican estos aprovechamientos y no al Estado. En efecto, el art 89.4 RDPH obliga a revertir todas las obras construidas dentro del dominio público hidráulico, «sin perjuicio del cumplimiento de las condiciones estipuladas en el documento concesional». Esta cláusula de cierre fue invocada, con éxito, por los Ayuntamientos de Bielsa, Laspuña, Panticosa, Plan, San Juan de Plan y Tella-Sin, municipios en cuyos términos se ubican centrales revertidas.

(16) Inicialmente por la Confederación Hidrográfica del Ebro, que fue luego respaldada por la Audiencia Nacional en su sentencia 1031/2020 de 12 de marzo, donde se afirma que en el caso de «extinción, por el transcurso del plazo de una concesión de titularidad estatal, correspondiendo a la Administración del Estado que la otorgó los derechos económicos derivados de la misma, sin que los Ayuntamientos recurrentes que no otorgaron dicha concesión estén legitimados para cuestionar... la compensación acordada de los beneficios que pudieran corresponder al Estado por dicho desfase con los derechos económicos que puedan derivar a favor del concesionario del expediente de compensación de los saltos...».

en algunos casos, la explotación de las centrales revertidas haya permitido una cierta reducción en el precio del suministro de energía a ciertos Ayuntamientos, mediante la firma de convenios interadministrativos (por ejemplo, entre la Confederación Hidrográfica del Ebro y los Ayuntamientos de Panticosa y Hoz de Jaca, en la provincia de Huesca). En todo caso, la lógica de la restitución sigue teniendo cierto predicamento, como puede apreciarse en el art. 50.2 del proyecto de Plan Hidrológico de la Demarcación Ebro (revisión de tercer ciclo 2021-2027) establece que «Los rendimientos del organismo de cuenca por la explotación de aprovechamientos hidroeléctricos o de las reservas de energía, se destinarán al cumplimiento de las funciones atribuidas en los artículos 23 y 24 del TRLA, en particular cuando a través de ellas se favorezca la restitución económica y social del territorio que los genera, se atienda a la restauración medioambiental y a las necesidades energéticas de los servicios públicos de gestión del agua en la cuenca».

IV. TRES POSIBLES DESENLACES

Una vez producida la reversión, la asunción de la titularidad de las instalaciones aboca a los organismos de cuenca a reaccionar inmediatamente de tres posibles maneras: parando las centrales, operándolas con sus propios medios o licitando contratos de servicios para la «operación, mantenimiento y gestión de incidencias» de las instalaciones.

Una cuarta reacción posible sería autorizar la continuidad de la explotación a precario hasta que se adopte una decisión definitiva sobre el destino de las centrales, a modo de cuanto sucede durante los procesos de construcción y carga de embalses, en cuyos lechos por llenar se permite realizar cultivos de ciclo anual. El concesionario cesante sería considerado precarista, imponiéndose la necesidad de definir un esquema de reparto de costes y, sobre todo, de los beneficios de la explotación claudicante. Asimismo, vendría homologar las condiciones económicas y circunstanciales de estas fórmulas transitorias, dada la ausencia de normas y el difícil traslado de las que rigen para las concesiones de nueva factura sobre elementos tales como el canon o la fianza exigida por el art. 134.4 RDPH).

En todo caso, lo que resulta indudable es la posibilidad —y conveniencia— de anticipar la activación de los procesos de transición a la nueva titularidad al momento de la reversión, conforme a lo dispuesto en los arts. 153.2 («Las solicitudes de aumento de plazo —concesional— no se admitirán durante los últimos tres años de vigencia de la concesión» y 164.1 («Los expedientes de extinción del derecho por transcurso del plazo de la concesión se podrán iniciar tres años antes de expirar su vigencia, de oficio o a instancia de parte») del RDPH, interpretados de manera extensiva.

Pero no es la reacción inmediata lo que interesa, sino el desenlace definitivo de la trama planteada en torno a las instalaciones. A continuación se exponen los tres posibles desenlaces, todos convergentes, en mi opinión, en la necesidad de apostar por la especialización técnica, la eficiencia administrativa y la optimización económica, mediante el recurso a la colaboración público-privada.

1. La nacionalización

En estos momentos hay más de cuarenta centrales, con una potencia instalada total de c. 250 MW explotados directamente por el Estado, mayoritariamente por las confederaciones hidrográficas (más de 150 MW) y otros entes públicos. En su momento se planteó la idea, luego desechada, de crear una sociedad mercantil estatal de pequeño tamaño que centralizase la explotación de las instalaciones revertidas. La publicación de la gestión de las centrales goza de buena reputación, pero está teñida de un marcado tinte ideológico o identitario (17). De hecho, el concepto de «explotación directa» puede resultar equívoco, pudiendo entenderse en sentido estricto o amplio. En el primero de los casos, las entidades públicas —notablemente, los organismos de cuenca— gestionarían con sus propios recursos humanos las instalaciones, lo cual no se compadece con la realidad.

A la vista de las funciones legalmente encomendadas a los organismos de cuenca (arts. 22 y 23 TRLA, y 25 y 26 del RD 927/1988, de 29 de julio, *por el que se aprueba el Reglamento de la Administración Pública del Agua*), no parece que éstos puedan desempeñar el papel de productores de energía. En todo caso, de hacerlo, conforme a los arts. 21 y 22 y 53 de la LSE deberían contar con la preceptiva autorización e inscripción en el registro de instalaciones de producción de energía eléctrica, con todos los deberes y obligaciones que ello entraña.

También la explotación directa en sentido estricto se puede realizar a través de «encargo a medios propios», considerando tales las empresas públicas normalmente vinculadas a los organismos de cuenca (ACUAES y ACUAMED, TRAGSA y/o TRAGSATEC). A tal efecto, convendría ampliar sus respectivos objetos sociales, o proceder a una relectura de los vigentes para entender que la explotación de centrales revertidas puede formar parte del concepto genérico de «gestión de obras hidráulicas».

(17) La nacionalización de las centrales hidroeléctricas es una aspiración formal de partidos políticos de izquierda: en su día el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea presentó a tal efecto la proposición de ley nº 122/000177, publicada en el BOCG de 16 de febrero de 2018, disponible en https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-209-1.PDF. También las Cortes de Aragón aprobaron una proposición no de ley nº 142/16, sobre la desprivatización de los saltos hidroeléctricos: *vid.* [http://bases.cortesaragon.es/bases/original.nsf/\(DSCA1\)/519B88ACC1F471EEC125834D0030D892/\\$File/DSCA_20_Pleno_2016-04-07y08.pdf?OpenElement](http://bases.cortesaragon.es/bases/original.nsf/(DSCA1)/519B88ACC1F471EEC125834D0030D892/$File/DSCA_20_Pleno_2016-04-07y08.pdf?OpenElement).

En sentido amplio, la explotación directa encubre situaciones de colaboración público-privada como las que aquí se defienden, debido a la insuficiencia de medios reconocida por los propios organismos de cuenca (18). La explotación directa es, en realidad, mediada por contratos de explotación de las centrales revertidas («operación, mantenimiento y gestión de incidencias») que presentan escasas diferencias, ontológicamente hablando, con nuevas concesiones. Como se ha dicho en el epígrafe 2 de este análisis, la fórmula contractual utilizada plantea cuestiones de cierto interés, pero es su diseño interno lo que merece una reflexión detenida, en lo relativo al plazo de la operación, la imposición al colaborador privado de obligaciones de carácter técnico, ambiental o social, y, sobre todo, el diseño del sistema retributivo más adecuado (siendo dudosa la conveniencia de trasladar sin adaptaciones la fórmula del art. 133 RDPH) (19).

No parece plantear problema alguno la articulación de los procedimientos de adjudicación y concesión demanial, pues ésta no sería necesaria en este caso, siendo lo procedente el establecimiento de una reserva demanial de los caudales a turbinar (20).

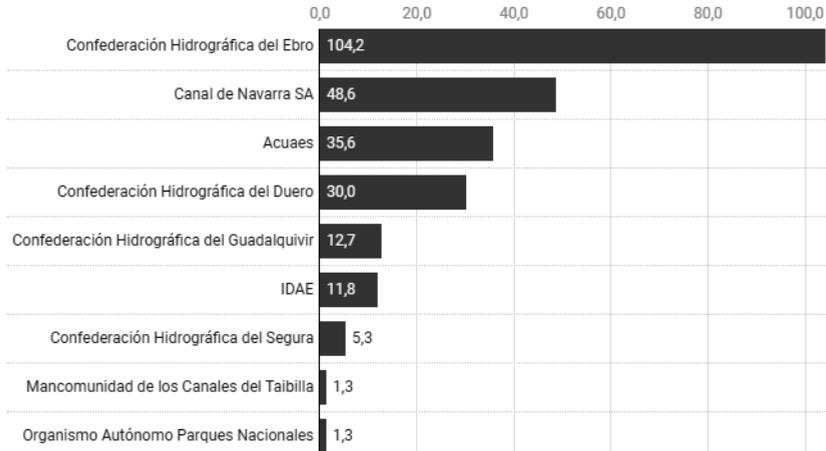
(18) Una argumentación razonada y razonable, en este sentido, figura sistemáticamente en los «Informes de suficiencia de medios» incluidos en los expedientes de contratación de los servicios para la operación, mantenimiento y gestión de incidencias de las centrales hidroeléctricas revertidas en la demarcación del Ebro: «... cabe tener en cuenta que la explotación de una central eléctrica y de sus instalaciones asociadas es una actividad completamente ajena a las actividades habitualmente desarrolladas por el personal de esta Confederación. Además, existen algunas tareas para las que los trabajadores deben disponer de ciertas habilitaciones administrativas, de las cuales no dispone el personal de esta Confederación. Tampoco se dispone entre nuestro personal de los conocimientos necesarios para la realización de las labores objeto de este contrato de servicios. Por todo lo anterior, se hace necesaria la contratación de una empresa externa que realice los trabajos indicados en el Pliego de Bases incluido en este expediente de contratación. Algunos de los trabajos a realizar son el mantenimiento preventivo y correctivo de las instalaciones, así como disponer de un servicio de gestión de incidencias que asegure, en el menor tiempo posible, la presencia en las instalaciones de personal especializado para realizar las operaciones oportunas o para hacerse cargo de la operación *in situ* de la Central... y de la presa... ante eventuales alarmas del sistema o fallos de comunicación».

(19) RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, D. «Sobre los costes, los precios y el mercado de la electricidad», en *Estudios sobre la Economía Española 2021/28-Fedea*, apuesta por que las nuevas concesiones se adapten a las circunstancias actuales, extrayendo las rentas de escasez del recurso, reduciéndose drásticamente los plazos a períodos no superiores a 15 o 20 años, evitando entablar una relación de muy largo plazo en un contexto de transición energética sujeta a elevadas incertidumbres. El autor duda que una hidroeléctrica pública abarate la electricidad, reclama transparencia sobre las características de las concesiones para uso hidroeléctrico.

(20) Así, por ejemplo, el art. 28.3 del proyecto de Plan Hidrológico de la Demarcación Ebro (revisión de tercer ciclo 2021-2027) establece «una reserva para la explotación de los saltos hidroeléctricos revertidos al Estado en tanto no se otorgue el derecho a su aprovechamiento a un tercero».

La potencia hidroeléctrica en operación que ya está en manos del Estado

Potencia instalada (MW) de hidroeléctricas de titularidad de la Administración General del Estado



Fuente: Ministerio para la Transición Ecológica, Congreso · Creado con Datawrapper

2. La privatización

Como se acaba de afirmar, las diferencias entre una gestión directa realizada por adjudicatarios de servicios y una gestión indirecta realizada por concesionarios son puramente nominales, siendo lo determinante el diseño interno del vínculo negocial. No hay objeción jurídica a que los concesionarios cesantes, o terceros entrantes, puedan elevar a los organismos de cuenca una instancia de reocupación de las centrales revertidas presentando el oportuno proyecto exigido por el art. 134 del RDPH. Tampoco la hay a que el organismo de cuenca proceda a licitar una nueva concesión hidroeléctrica, debiéndose en este caso poner atención a la articulación de los procedimientos concesional y autorizatorio «industrial».

La solución concesional ofrece el plusvalor del mantenimiento de los ingresos fiscales y parafiscales para los municipios afectados y los organismos de cuenca, quedando éstos en situación de ejercer su papel supervisor de los aprovechamientos y receptor de sus réditos. Como contrapartida cabe anotar la relativa inseguridad jurídica a la que han quedado abocadas todas las concesiones de aprovechamientos hidroeléctricos que utilizan agua embalsada tras la reforma del art. 55.2 TRLA por el Real Decreto Ley 17/2021, de 14 de septiembre. Aunque solo rige para embalses de capacidad inferior a 50 hm³, la posibilidad de imponer —y de variar— cada año el régimen mínimo y máximo de caudales

medios mensuales a desembalsar en distintas situaciones, o cada mes el régimen de volúmenes mínimos de reservas embalsadas, supone un factor condicionante del plazo y del canon concesional, a tener en cuenta en los eventuales pliegos.

3. La comunitarización

Con carácter marginal, pero aplaudida desde algunos sectores vinculados al municipalismo y el conservacionismo ambiental, emerge una tercera opción relacionada con la primera. La restitución total de las centrales revertidas al «territorio» en el que se ubican, entendiéndose por «territorio» a los entes públicos básicos (municipios y sus agrupaciones), se ha propuesto como solución política para la continuidad de las operaciones de estas centrales. La solución técnico-jurídica a esta opción por una publicación a pequeña escala pasaría, en mi opinión, por el recurso a la constitución de las comunidades de energía, a modo de autoconsumo compartido.

Sucede, no obstante, que las comunidades de energía son figuras todavía emergentes en nuestro ordenamiento, por más que figuren descritas —desde su introducción por Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, *de medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica*— en el art. 6.1.i) LSE: «Las comunidades de energías renovables... son entidades jurídicas basadas en la participación abierta y voluntaria, autónomas y efectivamente controladas por socios o miembros situados en las proximidades de los proyectos de energías renovables que sean propiedad de dichas entidades y que estas hayan desarrollado, cuyos socios o miembros sean personas físicas, PYMES o autoridades locales, incluidos los municipios y cuya finalidad primordial sea proporcionar beneficios medioambientales, económicos o sociales a sus socios o miembros o a las zonas locales donde operan, en lugar de ganancias financieras» (21).

Estas figuras están por ahora en proceso de definición conceptual y fáctica, merced al «Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia», que

(21) El citado decreto-ley traspuso las Directivas 2018/2001, de 11 de diciembre, *de fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables* y 2019/944, de 5 de junio, *de normas comunes para el mercado interior de la electricidad*. En esta última se define la comunidad ciudadana de energía como una «entidad jurídica que se basa en la participación voluntaria y abierta, y cuyo control efectivo lo ejercen socios o miembros que sean personas físicas, autoridades locales, incluidos los municipios, o pequeñas empresas; cuyo objetivo principal consiste en ofrecer beneficios medioambientales, económicos o sociales a sus miembros o socios o a la localidad en la que desarrolla su actividad, más que generar una rentabilidad financiera, y participa en la generación, incluida la procedente de fuentes renovables, la distribución, el suministro, el consumo, la agregación, el almacenamiento de energía, la prestación de servicios de eficiencia energética o, la prestación de servicios de recarga para vehículos eléctricos o de otros servicios energéticos a sus miembros o socios».

pretende impulsarlas mediante el desarrollo de proyectos de producción de energía renovable, para autoconsumo o para entrega a red, servicios de eficiencia energética o de recarga para vehículos eléctricos: todos estos propósitos encajan en la agenda de los municipios rurales que demandan la titularidad de las instalaciones revertidas al estado o cuando menos su aprovechamiento para dedicar la producción a la satisfacción de las necesidades locales (22).

V. TELÓN

Las centrales hidroeléctricas son recursos estratégicos para un sistema nacional que pretende superar el 74% de generación eléctrica renovable en 2030. Frente a la posibilidad, aclamada por algunos, de que las centrales revertidas sean apagadas, desmanteladas y sus obras hidráulicas de soporte demolidas, hay que recordar que el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (2021-2030) apuesta por «garantizar que se lleven a cabo las inversiones necesarias y que las centrales no dejen de funcionar una vez terminen las concesiones existentes» (23).

Toda central hidroeléctrica es *a priori* imprescindible, independientemente de su capacidad y rendimiento. Aunque cada central produce energía a un coste diferente en función de sus características, éste puede ser estimable en menos de un tercio del precio final de venta en el mercado mayorista. Si a ello sumamos el hecho de que las centrales revertidas se hallan plenamente amortizadas, sin perjuicio de su posible modernización, parece que toda central revertida es intrínsecamente rentable, máxime en un escenario de precios de energía al alza y de estancamiento de la potencia hidroeléctrica instalada.

Toda central revertida supone una gran oportunidad económica para el Estado y para el mercado, que no debería desaprovecharse. A su vez, signi-

(22) La inmadurez normativa de estas figuras no han impedido el impulso de algunos proyectos piloto, el desarrollo de algunos instrumentos de *soft law* para orientar su implantación y, sobre todo, la confección de sugestivos análisis y propuestas como la de HERRERA, J.; NAVARRO, P.: «Las comunidades energéticas como nuevo sujeto del derecho energético en España: del falansterio a la transformación», en *Anuario del Gobierno Local 2021. Los Gobiernos locales ante el cambio climático*, pp. 203-248.

(23) La Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, estableciendo en el apartado IV de su preámbulo que «el aprovechamiento del dominio público hidráulico no fluyente para la generación de energía eléctrica en las nuevas concesiones que se otorguen tendrá como prioridad el apoyo a la integración de las tecnologías renovables... promoviendo, en particular, las centrales hidroeléctricas reversibles». Asimismo, en los «Esquemas de Temas Importantes» de la revisión del tercer ciclo de los Planes Hidrológicos (2021-2027) se propone impulsar la construcción de centrales de bombeo reversible, así como la implantación de modalidades «parahidráulicas» innovadoras tales como las placas fotovoltaicas flotantes en embalses: *vid.* http://www.chebro.es/che/EsquemaTemasImportantes/Definitivo/01_RESUMEN.pdf.

fica una gran oportunidad para la mejora del estado del medio ambiente en general y de las masas de agua en particular, por la atención y mantenimiento que reciben al dedicarse a un uso constante y valioso, y por la posibilidad de imponer a quienes las explotan obligaciones de restauración y mejora de los cauces y riberas. La comprensible preocupación por la territorialización de los rendimientos queda soslayada si se contempla el diseño de un sistema tributario particularmente atento a los aprovechamientos hidroeléctricos (24).

Así pues, se impone disponer todos los medios jurídicos al alcance para agilizar el proceso de reversión, evitar el cese de la producción de las centrales revertidas y mantenerlas operativas, buscando fórmulas por las que el dominio público hidráulico sea utilizado, de forma eficiente y competitiva, por parte de los agentes mejor capacitados para ello.

La explotación y el mantenimiento de las centrales revertidas puede depender transitoriamente del organismo de cuenca, pero para la operación y mantenimiento de las instalaciones exigen la colaboración «público-privada» mediante la suscripción de contratos con sujetos privados especializados (como se ha defendido, no necesariamente de servicios), o bien, tramitar una autorización temporal de explotación, adoptando en ambos casos la oportuna reserva demanial. En cualquiera de los supuestos, es preciso aclarar los instrumentos jurídicos aplicables y enfocar la atención en el diseño de sus elementos esenciales: el plazo y el precio, factores ambos que deben ser calculados atendiendo a las circunstancias y necesidades de las instalaciones y, por supuesto, del mercado de la energía. Favorecer la competencia en estos procesos puede redundar en un aprovechamiento óptimo que reporte unos retornos económicos, ambientales y sociales sólidos y estables para la Administración hídrica, vicaria del interés general.

(24) La producción de energía hidroeléctrica está gravada por el impuesto a la generación del 7%, además de satisfacer el canon concesional regulado en el RD 198/2015, de 23 de marzo, *por el que se desarrolla el artículo 112 bis del texto refundido de la Ley de Aguas y se regula el canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica en las demarcaciones intercomunitarias*. Algunas Comunidades Autónomas han creado impuestos propios que gravan los aprovechamientos hidroeléctricos de agua embalsada, tales como el «Impuesto sobre el daño medioambiental causado por determinados usos y aprovechamientos del agua embalsada» (Ley 15/2008, de 19 de diciembre, de Galicia), el «Impuesto sobre la afección medioambiental causada por determinados aprovechamientos del agua embalsada, por los parques eólicos y por las instalaciones de transporte de energía eléctrica de alta tensión» (art. 19 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, *de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras* de Castilla y León), o el «Impuesto Medioambiental sobre determinados usos y aprovechamientos de agua embalsada» (art. 7 de la Ley 10/2015, de 28 de diciembre, *de medidas para el mantenimiento de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma de Aragón*).

VI. CRÉDITOS

Muchas de las reflexiones vertidas en este trabajo, confeccionado de resultas de mi participación con una ponencia en el curso «Derecho, agua y sostenibilidad: III Curso para profesionales de la revista REDAS» celebrado en Orense el 28 de septiembre de 2021, fueron comunicadas a las autoridades hídricas durante el proceso de consulta pública de la revisión de tercer ciclo del Plan Hidrológico de la demarcación del Ebro al que tuve el honor de concurrir. En concreto, elevé una de las 529 aportaciones escritas al borrador de dicho plan, consistente en una sugerencia de ampliación y precisión de su art. 28.4, a cuya redacción original «En los procedimientos de extinción de los derechos relativos al aprovechamiento de saltos hidroeléctricos, la propuesta relativa a la continuidad del salto atenderá a su viabilidad económica y ambiental» propuse añadir el siguiente contenido:

«(...) , considerándose prioritaria la continuidad.

5. El órgano competente, una vez adoptada la decisión de continuar con la explotación, tramitará el correspondiente concurso público para la explotación del aprovechamiento conforme a lo especificado en el art. 132.2 del RDPH. En el pliego de bases del citado concurso se fijarán, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 133 del RDPH, los siguientes puntos:

a) un régimen mínimo y máximo de caudales medios mensuales a desembalsar para situaciones de normalidad hidrológica y de sequía prolongada.

b) un régimen de volúmenes mínimos de reservas embalsadas para cada mes.

c) la reserva mensual mínima que debe permanecer almacenada en el embalse para evitar indeseados efectos ambientales sobre la fauna y la flora del embalse y de las masas de agua con él asociadas.

d) un listado de mejoras de carácter técnico a ejecutar por el adjudicatario, relativas a la modernización, informatización y aumento de la seguridad y productividad de las instalaciones.

e) un listado de mejoras de carácter ambiental a ejecutar por el adjudicatario, relativas a la conservación y mejora de la biodiversidad en la masa de agua afectada y su entorno próximo.

f) la duración máxima de la explotación del aprovechamiento, incluidas las prórrogas, se establecerá con independencia de las limitaciones establecidas en el art. 31, favoreciéndose los proyectos que contemplen una explotación a más largo plazo.

6. los valores a introducir en la fórmula de cálculo del importe anual del canon se obtendrán, para cada aprovechamiento, tras analizar sus costes operativos y las necesidades de mantenimiento y mejora de las instalaciones, su producción anual media de los últimos (n) años y de la evolución de los precios de la energía en el mercado mayorista diario de electricidad en los últimos (n) años».

Con esta propuesta pretendí que se incorporasen a la normativa del plan algunos matices y detalles que completasen y aclarasen el régimen de explo-

tación de saltos revertidos, enfatizando la prioridad de la continuidad de la explotación, optando rotundamente por la externalización de las operaciones pero ganando control administrativo sobre el estado hidrológico y ecológico de los caudales y los hábitats afectados, asegurando una mejora técnico-industrial en las instalaciones de producción y garantizando un sistema de cálculo de las retribuciones realista y equilibrado a favor de la Administración. Sostuve la preferencia por contratos de explotación a largo plazo, pues la duración de la relación jurídica entre Administración y adjudicatario es irrelevante si ésta se formaliza incorporando mecanismos de flexibilidad y autonivelación «desde el diseño» (cláusulas de progreso en lo relativo a la modernización de instalaciones, listas abiertas de mejoras ambientales y sistemas de cálculo financiero evolutivo).

A esta aportación la Confederación Hidrográfica del Ebro respondió generosamente en los siguientes términos: «La cuestión de la concreción del procedimiento a seguir una vez extinguidos los derechos relativos al aprovechamiento de saltos hidroeléctricos está siendo tratada por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico en estos momentos». Recientemente ha sido licitada por el Ministerio una contratación titulada «Soporte técnico y jurídico para las actuaciones derivadas de las extinciones de derechos al uso privativo del agua para producción hidroeléctrica, reversiones de infraestructuras y concurso de aprovechamientos hidroeléctricos, para la identificación de oportunidades y necesidades de la estrategia de la administración hidráulica con relación al binomio agua energía» (25). Este trabajo, entre otras cosas, pretende que sirva al Ministerio para dar criterios generales de carácter técnico, ambiental, de rentabilidad económica y social, que den soporte al consiguiente estudio de la viabilidad de explotación, incluyendo la posible demolición, y el procedimiento concreto, así como sobre la elaboración de pliegos de bases para la realización de concursos para la explotación. Por todo ello,

(25) Vid. nota 1. De la adjudicataria se espera apoyo en la elaboración de guías y recomendaciones sobre los procedimientos de extinción, reversión de infraestructuras, la nueva puesta en explotación de los aprovechamientos hidroeléctricos o la demolición de infraestructuras en dominio público hidráulico soporte legal y técnico para la elaboración de pliegos para los concursos la explotación, operación y mantenimiento temporal de centrales revertidas; un análisis de los condicionantes de explotación de los aprovechamientos existentes derivados de la implantación de los caudales ecológicos; un estudio de la oportunidad de la instalación de nuevas centrales hidroeléctricas reversibles y de fotovoltaicas flotantes y otras prestaciones relativas a los aprovechamientos aún en vigor, por ejemplo la detección de «reservas de energía» en las cartas concesionales o la prolongación irregular de plazos concesionales. Por cierto, este contrato se solapa con otro de asistencia técnica «para las actuaciones derivadas de la extinción del derecho, la reversión de infraestructuras y concurso de aprovechamientos para la producción hidroeléctrica en la Confederación Hidrográfica del Duero», adjudicado en julio de 2022 a Heymo Ingeniería, por c. 380.000 euros. Vid. https://contrataciondelestado.es/wps/poc?uri=deeplink:detalle_licitacion&idEvl=bMONUMGTjKASugstABGr5A%3D%3D.

en este contexto, no es posible en el momento presente recoger ninguna particularización en el Plan Hidrológico, que debe limitarse a lo recogido en el RDPH, que no se manifiesta sobre la prioridad de la continuidad, y esperar a los criterios que traslade el Ministerio o que también pudieran incluirse en el RDPH de forma general en el futuro y no particularizados únicamente para la demarcación del Ebro. En este sentido se recuerda que el recientemente modificado artículo 81.2 del Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica, establece que: «2. La normativa de los planes hidrológicos de cuenca no incorporará contenidos para los que el plan no esté expresamente habilitado mediante una norma legal o reglamentaria. La inclusión en la normativa del plan hidrológico de cualquier contenido distinto de los indicados en el apartado 1 requerirá de la cita expresa de la norma habilitante». No parece claro que la normativa de los planes hidrológicos regule aspectos tales como los que se proponen en la presente aportación, que no tienen una norma habilitante y que, además, no son específicos de la demarcación hidrográfica del Ebro. Por este motivo no se puede valorar la aportación que se está analizando en este punto. No obstante, dado el interés de la misma, se ha trasladado la sugerencia al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico para que sea valorado como elemento para ser tenido en cuenta en la redacción del nuevo Reglamento del Dominio Público Hidráulico que está actualmente en elaboración y con fecha de aprobación prevista para el 2022» (26).

(26) Vid. el *Informe sobre las propuestas, observaciones y sugerencias presentadas a la propuesta de proyecto de plan hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Ebro-Tercer ciclo de planificación hidrológica*, marzo de 2022, p.144 (https://www.chebro.es/documentos/20121/0/PH3c_091_2022-03_InformePOS_PH_v82.pdf/fd3b5835-251e-d3fc-5090-d571d81c968b?t=1648197548434).

OBRAS PÚBLICAS Y MINAS

CONCESIONES DE BIENES PORTUARIOS EN URUGUAY

AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ

Catedrático de Procesos Constitucionales en la Facultad de Derecho
de la Universidad CLAEH

SUMARIO. I. CONCEPTO DE CONCESIÓN Y TIPOS.– II. RÉGIMEN JURÍDICO PORTUARIO.– III. LAS CONCESIONES EN GENERAL EN EL ÁMBITO PORTUARIO.– IV. CONCESIÓN PARA EL USO DE BIENES PORTUARIOS. V. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: La concesión es el acto de derecho público que confiere a una persona un derecho o un poder que antes no tenía, mediante la trasmisión de un derecho del ejercicio de un poder propio de la Administración.

Según su forma las concesiones pueden ser unilaterales o bilaterales. Según su objeto, pueden ser de uso de bienes, de actividades o mixtas. Según la estabilidad de los derechos conferidos pueden ser concesiones, en sentido estricto o permisos o autorizaciones. Los términos permisos o autorizaciones pueden tener otras acepciones o distinguirse según su objeto de acuerdo a lo que disponga el derecho positivo.

La ley N° 16.246, de 8 de abril de 1992, cambió radicalmente el régimen de la actividad portuaria. Esta pasó a ser actividad privada. La Administración Nacional de Puertos más que prestadora de servicios pasó a ser un ente propietario y administrador de bienes portuarios y controlador (junto con el Poder Ejecutivo) de la actividad portuaria.

Si los particulares para el desarrollo de su actividad requieren el uso de bienes portuarios, tanto públicos o privados necesitan una concesión, en sentido estricto, o permiso o autorización según los casos.

Palabras clave: concesiones demaniales; Uruguay; puertos.

ABSTRACT A concession is an act of public law that confers on a person a right or a power that he or she did not previously have, by transferring a right to the exercise of a power of the administration.

Depending on their form, concessions may be unilateral or bilateral. According to their object, they may be for the use of goods, activities or mixed. According to the stability of the rights conferred, they can be concessions in the strict sense or permits or authorisations. The terms permits or authorisations may have other meanings or be distinguished according to their object as provided by positive law.

Law No. 16.246 of 8 April 1992 radically changed the regime of port activity. It became a private activity. The National Administration of Ports, more than a service provider, became an entity owner and administrator of port assets and controller (together with the Executive Power) of the port activity.

If private individuals require the use of port assets for the development of their activity, whether public or private, they need a concession, in the strict sense of the term, or a permit or authorisation, depending on the case.

Key words: licence in respect of public land; Uruguay; ports.

I. CONCEPTO DE CONCESIÓN Y TIPOS

1. Si analizamos el derecho comparado advertimos que el término *concesión* ha tenido diversas acepciones en el ámbito del Derecho Público. En el Derecho Indiano se llamaba concesión de tierras a los «repartimientos» que efectuaban los Gobernadores a los primitivos pobladores, que constituían título hábil para transmitir el dominio (1). Por otro lado algunos autores emplean como sinónimos los términos «concesión» y «licencia» y por ende «concesionario» y «licenciatario» (2). Pero con el tiempo se advierte una tendencia a la coincidencia en los aspectos sustanciales y, al menos en nuestro país, debemos admitir que se ha ido afirmando el concepto de MÉNDEZ y SAYAGUÉS LASO.

De ahí que debamos partir necesariamente de las enseñanzas de nuestros grandes maestros.

SAYAGUÉS LASO en tal sentido definía la concesión «como el acto de derecho público que confiere a una persona (física o jurídica, privada o pública) un derecho o un poder que antes no tenía, mediante la transmisión de un derecho o del ejercicio de un poder propio de la administración» (3). Y MÉNDEZ, en concepción análoga, expresaba: «la concesión entrega una potestad jurídica (*posse*) incorporando un derecho al patrimonio jurídico del individuo, aumentando su capacidad» (4).

2. Las vertientes jurídicas de ambos son diversas, pero en definitiva sus conceptos en este punto no difieren en su esencia; es más, diría que se asimilan.

Por eso, podemos evocar a ambos y expresar que compartimos las nociones que en definitiva ellos han formulado.

3. Según su forma, las concesiones pueden ser unilaterales o bilaterales (5). En el primer caso son otorgadas por un acto administrativo y, en el segundo, por un contrato.

(1) BARDALLO, Julio R. «Por el sur el Río de la Plata». Estudio sobre las riberas marítimas y fluviales. Ingranusi Ltda., Montevideo, 1994, pp. 12 y ss.

(2) GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, t. 1, 5ª edición, pp. XI-29 y ss.; *Tratado ...*, t. 2, 3ª edición, pp. VI-26 y ss.; *Tratado ...*, t. 3, 4ª edición, pp. I-23 y ss.; SALOMONI, Jorge L. *Teoría General de los Servicios Públicos*. AD-HOC S.R.L., Buenos Aires, 1999, pp. 362 y ss. Aunque a decir verdad los conceptos de GORDILLO y SALOMONI no coinciden exactamente.

(3) SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1953, t. I, p. 421.

(4) MÉNDEZ, Aparicio *La Teoría del Órgano*. (Edición definitiva), Amalio M. Fernández, Montevideo, 1971, p. 100.

(5) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «La concesión. Concepto. Tipos y perspectivas», en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Estudios de Derecho Público*, Montevideo, 2004, Vol. I, pp. 8 y ss.;

4. También podemos distinguir tipos de concesiones según la estabilidad de los derechos conferidos.

En nuestro país, el término *concesión* según los derechos conferidos, evoca un género que comprende dos especies: la concesión en sentido estricto y los permisos o autorizaciones, por referirme a otra terminología empleada (6). En efecto, MÉNDEZ entendió que la autorización «habilita para la edición de un acto, ejercicio de una actividad o aprovechamiento de un bien, que está fuera del uso o goce del solicitante» (7), con lo que sería una especie de concesión.

Pero SAYAGUÉS LASO propone otra definición de autorización. Así, la define como «el acto de la administración que habilita a una persona física o jurídica, privada o pública, para ejercer un poder jurídico o un derecho preexistente» (8).

Nuestro derecho positivo ha empleado el término *autorización* en ambos sentidos. A veces lo ha hecho en el sentido de SAYAGUÉS LASO y a veces lo ha hecho en el sentido de MÉNDEZ. En este último caso, el término *autorización* equivale a permiso, tomado como un tipo de concesión.

Las concesiones en sentido estricto, sean bilaterales o unilaterales, confieren al concesionario un derecho subjetivo perfecto (9). O sea, mientras esté vigente la concesión el concesionario tiene derecho al uso del bien o ejercicio de la actividad objeto de la misma.

En otros términos, tratándose de una concesión-contrato, la Administración no la puede rescindir ni modificar unilateralmente (10). Y si es unilateral, en virtud de su estabilidad, si no es firme solo la puede revocar o modificar por razones de legitimidad y en el ámbito y en el sentido del recurso; si es firme, no lo puede hacer ni por razones de mérito ni por razones de legitimidad (11).

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «Límites a la concesión de actividades públicas», en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Derecho Administrativo. Otra forma de verlo*. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2017, pp. 753 y 755 y ss.; DELPIAZZO, Carlos E. *Contratación administrativa*. Universidad de Montevideo. Montevideo, 1999, p. 382.

(6) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «La concesión...», loc. cit., pp. 9 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «Límites a la concesión...», loc. cit., pp. 761 y ss.

(7) MÉNDEZ, Aparicio, «La descentralización. Concepto y caracteres», en *VVAA Estudios de Derecho Administrativo*. Universidad de la República. Montevideo, 1979, pp. 273 y ss.

(8) SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado...*, t. I, pp. 414 y ss.

(9) DROMI, José R. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Editorial Astrea de Rodolfo DEPALMA y Hnos. Buenos Aires, 1973, pp. 277 y ss.

(10) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. «Ejecución de los contratos administrativos. Eficacia vinculante. El contrato como regla de Derecho. Mutabilidad del contrato,» en *Contratación administrativa*. Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, F.C.U., Montevideo, 1989, p. 75.

(11) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «Cosa juzgada administrativa», en BARRIOS DE ANGELIS, D. – DURÁN MARTÍNEZ, A. *Cosa juzgada y cosa juzgada administrativa*. UCUDAL Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político (Serie Congresos y Conferencias N° 18). Montevideo, 1998, pp. 31 y ss.

El término *permiso* se utiliza con diversos sentidos. ROTONDO TORNARÍA señala que a veces refiere al levantamiento específico de una prohibición general, lo que algunos llaman *dispensa*. A veces significa una autorización que faculta el control (porte de armas, permiso de construcción) o puede ser una concesión precaria y revocable en cualquier momento (12). Nuestro derecho positivo, pues, en las diversas legislaciones sectoriales, emplea el término *permiso* con distintas acepciones (13).

El término *permisario* aparece en la Constitución de 1967 en el artículo 275 numeral 4°.

CASSINELLI MUÑOZ, interpretando esta disposición, consideró a los permisarios «como una especie dentro del género de los concesionarios: como los concesionarios sin plazo» (14). Se refería a las concesiones de servicios públicos, pero estimo que sus conceptos pueden extenderse a las demás concesiones.

El hecho de que carezca de plazo no quiere decir que esas concesiones sean a perpetuidad. Al menos en materia de servicios públicos, la perpetuidad sería incompatible con el artículo 51 de nuestra Constitución. Esta concesión sin plazo, como dice CASSINELLI MUÑOZ, es en realidad una concesión con plazo indeterminado. Es decir, es una concesión en principio precaria y revocable en cualquier momento. Por tanto, ella no confiere un derecho subjetivo perfecto sino uno debilitado o «*affievolito*», como dicen los italianos (15).

En esa línea hemos expresado: «El permiso es una especie de concesión. No es sino una concesión menos estable» (16).

Pero no todos los permisos tienen la misma regulación jurídica y por tanto las mismas características.

Si bien en general los permisos son por tiempo indeterminado, a veces, en ciertos sectores, son a plazo determinado (17). Esto es lo que ocurre con los permisos en el ámbito del Código de Minería. En materia minera la diferencia fundamental entre permiso y concesión radica en el tipo de actividad que se puede realizar en virtud de ese acto (18). En esta materia, lo que a efectos

(12) ROTONDO TORNARÍA, Felipe. *Manual de derecho administrativo*. 11 edición, ampliado y actualizado a junio de 2021. F.C.U. Montevideo, 2021, p. 310..

(13) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «La autorización en la pesca», en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Casos de Derecho Administrativo*. Montevideo, 2010, vol. VI, pp. 51 y ss.

(14) CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. *Derecho Público*, F.C.U. Montevideo, 1999, p. 341.

(15) DROMI, José R., ob. cit., p. 278.

(16) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «Nuevo Servicio Descentralizado: CORREOS», en *Cuadernos de Derecho Público* N° 4. Editorial Universidad. Montevideo, 1996, p. 9.

(17) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «Límites a la concesión...», loc. cit., p. 762.

(18) CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., «Sobre la tipificación por su contenido de los actos administrativos», en CAJARVILLE PELUFFO, Juan P. *Sobre Derecho Administrativo*. Tercera edición actualizada y ampliada. F.C.U. Montevideo, 2012, t. II, p. 113.

de nuestro estudio interesa es que el término *permiso* se toma como un tipo de concesión. En este sentido me he pronunciado con anterioridad (19). Algo parecido ocurre en el ámbito portuario, como luego se verá.

Desde el momento en que la concesión, en sentido estricto y los permisos o autorizaciones, tomados este término como una especie del género concesión, confieren a un sujeto un derecho o un poder que antes no tenía, cabe afirmar, en principio, que la Administración ejerce al respecto una potestad discrecional y, por ende, no puede existir un derecho adquirido a la obtención de una concesión o permiso. En este sentido, la doctrina es pacífica (20).

5. Según su objeto, la concesión puede conferir el derecho al uso de un bien o al ejercicio de determinada actividad.

La concesión de uso de un bien puede recaer en un bien del dominio público o un bien privado del Estado, también llamados bienes fiscales (artículo 477 del Código Civil).

Con relación a las actividades, estas pueden recaer sobre servicios públicos en sentido estricto, actividades privadas de competencia del Estado o de servicios sociales (21).

También pueden existir concesiones mixtas, que confieren el uso de un bien pero también pueden conferir el derecho al ejercicio de una actividad. Es el caso de las concesiones de obra pública (22).

II. RÉGIMEN JURÍDICO PORTUARIO

1. El marco jurídico vigente de la actividad portuaria está conformado por la ley N° 16.246, de 8 de abril de 1992, y complementarias, así como sus reglamentos de ejecución.

Esta ley supuso una verdadera revolución copernicana con relación al sistema que rigió en el siglo XX hasta la entrada en vigencia de esa ley (23).

(19) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Recensión del libro DELPIAZZO, Carlos E. – CELORRIO, Hernán (Directores) Amalio M. Fernández. Montevideo, 2015, en *Estudios de Derecho Administrativo. LA LEY* Uruguay. Montevideo, 2016, N° 13, p. 884.

(20) PRAT, Julio A. *Derecho administrativo*. Acali Editorial. Montevideo, 1978, T. 3, Vol. 2, p. 45.

(21) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «La concesión...», loc cit, pp. 14 y ss.

(22) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «La concesión...», loc cit. pp. 17 y ss.

(23) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «Prestación de servicios portuarios», en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (Coordinador). *Actividad portuaria (ley N° 16.246)*. Universidad Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga/ *Revista uruguaya de derecho constitucional y político* – Serie Congresos y Conferencias N° 9. Montevideo, 1993, p. 79; ÁLVAREZ MAZZA, Eduardo, «Aspectos operativos de la reforma portuaria», en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (Coordinador). *Actividad portuaria...*, p. 98.

En efecto, esta ley supuso el tránsito de un modelo de puerto operador a un modelo de puerto propietario. La Administración Nacional de Puertos (ANP) pasa a ser más un organismo de asesoramiento, administración y conservación de bienes y de desarrollo portuario que prestador de servicios. La ANP solo eventualmente será prestadora de servicios portuarios. Solo podrá prestar los servicios que expresamente determine el Poder Ejecutivo (24).

En el mismo sentido, comentando esta ley se pronunció AMOZA cuando escribió: «la regla es la prestación de los servicios portuarios por parte de los particulares y la excepción consiste en la prestación estatal de los servicios. Se trata pues de un verdadero cambio en su comparación con el anterior régimen que establecía como solución el principio contrario» (25). En términos similares emitieron opinión GOROSITO ZULUAGA (26) y ESTEVA GALLICCHIO (27).

El artículo 10 de la ley N° 16.246 sustituyó el artículo 9 de la ley N° 5.495, de 21 de julio de 1916, el que quedó redactado de la siguiente manera:

«Artículo 9. Son cometidos de la Administración Nacional de Puertos:

A) La administración, conservación y desarrollo del puerto de Montevideo y de aquellos otros puertos que le encomiende el Poder Ejecutivo.

B) Asesorar al Poder Ejecutivo, en materia portuaria, pudiendo presentar iniciativa al respecto.

C) Prestar servicios portuarios en forma directa o indirecta cuando así lo determine el Poder Ejecutivo».

La Administración Nacional de Puertos pasa a ser más un organismo de asesoramiento, administración y conservación de bienes y desarrollo portuario que prestador de servicios. La Administración Nacional de Puertos solo eventualmente será prestadora de servicios portuarios. Solo podrá prestar los servicios que expresamente determine el Poder Ejecutivo (28).

Como bien ha observado FRUGONE SCHIAVONE, en materia de prestación de servicios la ley le reconoce vocación competencial, es decir, esa asignación de

(24) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «Prestación de...». loc. cit., p. 73; en sentido coincidente DELPIAZZO, Carlos E. *Derecho administrativo especial*. Tercera edición actualizada y ampliada. Amalio M. Fernández. Montevideo, 2017, vol. 2, pp. 440 y ss.

(25) AMOZA, Edgardo, «Reforma del Estado en el ámbito portuario», en *Anuario de Derecho Administrativo*. F.C.U. Montevideo, 2000, t. VIII, p. 18.

(26) GOROSITO ZULUAGA, Ricardo, «El proceso de elaboración de la ley N° 16.246. Análisis del espíritu de la ley en la historia fidedigna de su sanción», en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (Coordinador). *Actividad portuaria...*, p. 43.

(27) ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo, «Aspectos generales de la ley 16.246 y su reglamentación», en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (Coordinador). *Actividad portuaria...*, p. 54.

(28) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «Prestación de...», loc. cit., p. 73.

competencia es solo en potencia ya que, en definitiva, depende de la voluntad del Poder Ejecutivo (29).

2. Con anterioridad a la ley N° 16.246, se discutió acerca de la naturaleza de los servicios portuarios. En efecto, mientras unos entendían que se trataba, por lo menos algunos de ellos, de servicios públicos, otros entendían que configuraban actividad privada, algunas monopolizadas y otras no. Con la ley N° 16.246 todo cambió. No hay duda de que todos ellos configuran actividad privada pero por su importancia de interés público (30), en el sentido de interés público primario o interés general (31).

3. El artículo 7 de la ley N° 16.246 comete al Poder Ejecutivo:

- a) el establecimiento de la política portuaria y el control de su ejecución;
- b) fomentar la descentralización de los diferentes puertos de la República y asegurar la coordinación de las actividades que se efectúen en ellos;
- c) velar para que aquellos servicios que se presten en régimen de libre concurrencia se efectúen en condiciones tales que efectivamente la garanticen reservándose en todo caso el derecho de fijar tarifas máximas para tales servicios.

4. Con relación a la Administración Nacional de Puertos el artículo 11 de la ley N° 16.246, fija los poderes jurídicos del Directorio. En tal sentido establece:

«El Directorio de la Administración Nacional de Puertos tendrá los poderes jurídicos necesarios para el cumplimiento de sus cometidos y, en particular, podrá:

- A) Construir las obras y adquirir los elementos que sean necesarios;
- B) Con la aprobación del Poder Ejecutivo:
 - 1) Otorgar concesiones, permisos o autorizaciones a personas físicas o jurídicas, de derecho público o privado, a los fines de que:
 - i) Realicen servicios portuarios tanto marítimos como terrestres;
 - ii) Utilicen determinados espacios abiertos o cerrados dentro del recinto portuario, para almacenar en ellos productos o mercaderías, revisarlas, clasificarlas, agruparlas o fraccionarlas;
 - iii) Construyan las obras necesarias para el cumplimiento de sus actividades;
 - 2) Contratar la prestación de servicios portuarios con terceros.
 - 3) Asociarse con capitales privados para la prestación de servicios portuarios. La asociación se hará a través de la participación en sociedades comerciales, con integración de la Administración Nacional de Puertos en la dirección y capital,

(29) FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, «El rol de los distintos órganos públicos en el nuevo régimen portuario», DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (Coordinador). *Actividad portuaria...*, p. 64.

(30) FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, «El rol de los distintos...», loc. cit., p. 60; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «Prestación de...», loc. cit., pp. 71 y ss.; DELPIAZZO, Carlos E. *Derecho administrativo...*, vol. 2, pp. 415 y ss.

(31) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «Límites a la concesión de ...», loc. cit., pp. 778 y ss.

pudiendo ésta, aportar al efecto aquella parte de su patrimonio necesaria o conveniente a los fines de la empresa».

5. De lo expuesto se desprende que la ley efectúa un cambio radical en el régimen jurídico de la actividad portuaria que exige una nueva regulación y concibe al respecto una suerte de «autoridad reguladora disgregada» enclavada en el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, con algunas potestades, mínimas, que se asignan a la ANP

III. LAS CONCESIONES EN GENERAL EN EL ÁMBITO PORTUARIO

1. Como se ha visto, la ley de puertos prevé concesiones para el ejercicio de actividades, para el uso de bienes y para la construcción de obras. Esto último es el caso de la concesión de obra pública.

2. Como ya se ha dicho, la actividad portuaria es actividad privada que se ejerce por los particulares. La prestación de los servicios portuarios por parte de la ANP es excepcional; procede cuando así la dispone el Poder Ejecutivo, tanto en su modalidad directa como indirecta.

3. La concesión para el ejercicio de actividades solo se requiere cuando la ANP presta servicios en forma indirecta. Cuando la actividad es prestada por particulares no se requiere concesión alguna puesto que actúan ejerciendo un derecho propio.

4. Pero, esa prestación de servicios portuarios por particulares está fuertemente regulada por ser una actividad de interés público por lo que, conforme a lo establecido en el artículo 9 de la ley N° 16.246, debe sujetarse a lo que disponga el Poder Ejecutivo.

Para eso se requiere la habilitación dispuesta por la ANP, con aprobación del Poder Ejecutivo, conforme a lo establecido por los artículos 14 y siguientes del decreto N° 413/992, de 1° de setiembre de 1992 y modificativos.

Esa habilitación, técnicamente configura una *autorización* en el sentido que a este término le asigna SAYAGUÉS LASO. Es decir, es «el acto de la Administración que habilita a una persona física o jurídica, privada o pública, para ejercer un poder jurídico o un derecho preexistente» (32).

Esta autorización nada tiene que ver con la autorización prevista en el artículo 11, literal B), numeral 1) de la ley N° 16.246 que, como se ha dicho, está tomada en el sentido de MÉNDEZ, que la considera un tipo de concesión (33). Este numeral 1) prevé tres tipos de concesiones, la concesión

(32) SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de...*, T.I, pp. 414 y ss.

(33) MÉNDEZ, Aparicio, «La descentralización. Concepto y caracteres», en *VVAA Estudios de Derecho Administrativo*. Universidad de la República. Montevideo, 1979, t. I, pp. 273 y ss.

en sentido estricto, el permiso y la autorización, porque se trata de actos que se requieren para prestar un servicio de competencia de la ANP (se trata de una prestación de servicios por la ANP en forma indirecta) o para el uso de un bien portuario que pertenece a la ANP, o para construir en esos bienes (en caso de una concesión de obra pública).

Pero este no es el caso de la habilitación prevista en el artículo 14 del decreto N° 413/992, puesto que lo que esta habilitación hace es remover el obstáculo jurídico para el ejercicio de un derecho preexistente, ya que estamos en el ámbito de una actividad privada a ser ejercida por un particular.

Esa habilitación, autorización en el sentido de SAYAGUÉS LASO, se justifica porque la actividad en cuestión, si bien privada, es de interés público. Esa habilitación es un acto de control destinado a comprobar que la empresa que la solicitó está en condiciones de cumplir adecuadamente la actividad objeto de la autorización.

Pero no basta esa habilitación para poder ejercer la actividad. Se requiere además la inscripción en determinados registros y, si para prestar la actividad se requiere el uso de un bien estatal, se necesitará una concesión en sentido estricto, un permiso o una autorización, conforme a lo establecido por el numeral 1) del literal B) del artículo 11, de la ley N° 16.246, artículo 12 de esa ley y artículos 40 y siguientes del decreto N° 412/992 (34).

No se precisará esa concesión en sentido estricto, permiso o autorización para prestar el servicio, puesto que no se trata de la prestación de un servicio indirecto por parte de la ANP. Pero será necesario alguno de esos actos para el uso de los bienes portuarios que se utilizarán, cosa que se verá a continuación.

Los servicios portuarios, conforme al artículo 9 del decreto N° 412/992, puede ser tanto al buque, como a la carga y al pasaje. El mismo artículo efectúa una enumeración de ellos (35).

El decreto N° 57/994, de 8 de febrero de 1994 fija el régimen general de los servicios portuarios. Este decreto determina qué servicios se prestan por la ANP en forma directa o indirecta, en este último caso requiere algún tipo de concesión, y así lo especifica, y cuáles son los servicios que quedan en el ámbito de los particulares.

No analizo este tema porque el objeto de este estudio es la concesión de uso de bienes, no de actividades.

5. El artículo 43 del decreto N° 412/992, prevé un régimen especial para las concesiones, permisos o autorizaciones para uso de bienes portuarios

(34) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «Prestación de...», loc. cit., p. 77.

(35) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «Prestación de...», loc. cit., pp. 69 y ss.

o prestación de servicios portuarios en favor de personas jurídicas de derecho público (36).

Al no distinguirlo la norma, este artículo se aplica tanto con relación a personas jurídicas de derecho público estatales, como no estatales.

IV. CONCESIÓN PARA EL USO DE BIENES PORTUARIOS

1. La concesión para el uso de bienes portuarios está regulada fundamentalmente en la ley N° 16.246, como se ha visto, y en el decreto N° 412/992, de 1° de setiembre de 1992, reglamento de ejecución de ella. En efecto, el capítulo IV de este decreto se destina a la regulación del dominio público y fiscal portuario. Digo fundamentalmente porque, también pueden ser de aplicación, en lo pertinente, los artículos 162 y siguientes del Código de Aguas (37).

2. Conforme al artículo 476 del Código Civil, «los bienes son de propiedad nacional o particular».

Comentando este artículo MARIÑO LÓPEZ dice que este texto «categoriza a los bienes de acuerdo con el sujeto a quien pertenece. Entre éstos se diferencia al Estado, por una parte, de los particulares, por otra» (38).

Por su parte el artículo 477 del mismo Código establece:

«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.

Los bienes de propiedad nacional cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman *bienes privados del Estado o bienes fiscales*».

(36) *Otorgamiento de concesiones, permisos o autorizaciones a personas de derecho público*. De acuerdo a lo dispuesto en el numeral 1) del literal B) del artículo 11 de la Ley 16.246, se podrán otorgar a personas de derecho público, concesiones, permisos o autorizaciones de uso del dominio portuario, así como para la prestación de servicios portuarios, en su caso, inherentes al objeto de dichas concesiones, permisos o autorizaciones.

Las concesiones, autorizaciones o permisos a las personas de derecho público, podrán no generar canon por aquellos bienes del dominio portuario en los que la Administración Portuaria no haya hecho inversiones, debiendo, por el contrario, resarcir mediante el pago de cánones por aquellas infraestructuras que se pongan a su disposición.

Por los servicios portuarios que efectivamente se les prestaren, se les cargará el valor general de la tarifa portuaria o precio que corresponda, de acuerdo con lo que se dispone en el régimen económico del dominio portuario, contenido en este reglamento.

En todo caso, se estará sujeto a las condiciones del artículo 39 y las restricciones al uso e instalaciones del artículo 42, ambos de este reglamento.

(37) Ver SOLER MALLO, Graciela, «Eficiencia administrativa en el sector portuario», en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay, Montevideo, 2020, N° 22, pp. 250 y ss.

(38) MARIÑO LÓPEZ, Andrés. *Código Civil de la República Oriental del Uruguay*. Comentado, anotado y concordado. 3° edición actualizada y ampliada. LA LEY. Uruguay, Montevideo, 2016, T.I, p. 430.

Como se percibe el criterio de distinción entre los bienes dominiales y los privados del Estado o bienes fiscales es el de la destinación del bien: si está destinado al uso de todos los habitantes es un bien dominial, si su uso no pertenece generalmente a las habitantes, será un bien fiscal (39). Los bienes que pertenecen a entidades estatales que no son dominiales, son bienes fiscales (40).

3. El artículo 478 del Código Civil, en lo que a nuestro tema interesa, considera bienes nacionales de uso público «...2) Los puertos, abras, ensenadas y costas del territorio oriental, en la extensión que determinen las leyes especiales. 3) los ríos o arroyos navegables o flotables en todo o parte de su curso. Se entenderán por ríos y arroyos navegables o flotables aquellos cuya navegación o flote sea posible natural o artificialmente. 4) Las riberas de esos ríos o arroyos, en cuanto al uso que fuere indispensable para su navegación... »

4. El artículo 38 del decreto N° 412/992 cuando refiere al Dominio Portuario comprende tanto a bienes del dominio público como del dominio fiscal portuario y establece que su uso se ajustará a lo dispuesto por la ley N° 16.246, su reglamentación y normas complementarias, sin perjuicio de lo dispuesto por la legislación nacional respectiva.

Por su parte, el artículo 37, cuyo *nomen iuris* es «Dominio Público y Fiscal Portuario del Estado», establece:

«Pertencen al dominio público y fiscal portuario del Estado:

- a) Los terrenos, obras o instalaciones fijas portuarias existentes de titularidad del Estado o de sus Organismos, afectadas al servicio de los puertos, así como las aguas, marítimas o fluviales, contenidas en los límites de los respectivos recintos portuarios.
- b) Los terrenos, obras e instalaciones fijas que el Estado por sí mismo o a través de los Organismos portuarios, en el uso de sus atribuciones, adquieran mediante cualquier acto traslativo de dominio, para el cumplimiento de sus fines, cuando queden asignados a los órganos u organismos pertinentes.
- c) Las obras e instalaciones fijas que el Estado o sus Organismos portuarios realicen sobre dicho dominio.
- d) Los terrenos, obras e instalaciones fijas de señalización marítima, asignados a los Organismos portuarios para esta finalidad.
- e) Las obras construidas por los titulares de una concesión de dominio público o fiscal portuario o una concesión de servicio portuario, en su caso».

(39) LANZIANO, Washington. *Estudios de Derecho Administrativo*. Universidad de la República. Facultad de Derecho, Montevideo, 1996, pp. 79 y ss; MARIÑO LÓPEZ, Andrés. *Código Civil...*, T. I, p. 430; DELPIAZZO, Carlos E. *Derecho Administrativo General*. Tercera edición actualizada y ampliada, Montevideo, 2020, vol. 2, pp. 119 y ss; ROTONDO TORNARÍA, Felipe. *Manual de derecho administrativo*. 11ª edición ampliada y actualizada a junio de 2021, F.C.U., Montevideo, 2021, pp. 208 y ss.

(40) DELPIAZZO, Carlos E. *Derecho administrativo...*, Vol. 2, p. 122.

Las referencias de este reglamento al «dominio portuario», deben entenderse hechas al «dominio público y fiscal portuario estatal».

5. El artículo 39 del decreto N° 412/992 al regular las condiciones de utilización de los bienes del Dominio Portuario, es decir, tanto los dominiales como los fiscales, en su primer inciso establece:

«Las concesiones, permisos o autorizaciones de uso del dominio público o fiscal portuario estatal, se otorgarán de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 11, 12 y 13 de la Ley 16.246 y en el presente reglamento.

El otorgamiento de estos derechos se entenderá siempre sin perjuicio del derecho de terceros».

O sea, los institutos de la concesión, permiso o autorización, en el sentido que corresponde tomar este último término en el ámbito de este artículo 39, proceden para el uso tanto de bienes dominiales como de bienes fiscales.

En el caso de concesiones de obras públicas, como, según se ha visto, conlleva la concesión de uso de un bien también se rigen por este marco normativo. No obstante, la concesión de la terminal de contenedores del Puerto de Montevideo, además, tiene un marco jurídico específico, configurado por el artículo 20 de la ley N° 17.243, de 29 de junio de 2020, su reglamentación y demás normas concordantes (41).

6. El primer inciso del artículo 12 de la ley N° 16.246 establece:

«El otorgamiento de concesiones, permisos o autorizaciones, se hará por plazo determinado, reservándose la Administración los más amplios poderes de control y verificación».

Vemos así que, desde el punto de vista del plazo, la concesión, presenta una de las características de la concesión en sentido estricto, pero no el permiso o autorización, que ya vimos en general son por plazo indeterminado. En la legislación portuaria pues, estos tres institutos lo son por plazo determinado.

El segundo inciso de este artículo 12 establece:

«Los permisos o autorizaciones que se otorguen de acuerdo con las disposiciones de la presente ley, no podrán implicar, en ningún caso, la atribución exclusiva a una o varias empresas de la explotación de los muelles comerciales de la Administración Nacional de Puertos».

Esta exigencia no rige para las concesiones que admiten, así, el uso del bien en exclusividad.

El último inciso del artículo 12 en análisis establece:

(41) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «La terminal de contenedores del Puerto de Montevideo. Aspectos del régimen jurídico», en *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 23, LA LEY Uruguay, 2021, pp. 584 y ss y p. 599.

«Las concesiones que afecten un espacio territorial dentro del recinto portuario (muelles, explanadas, depósitos, rada, etc.), sólo podrán otorgarse si el concesionario realiza a su costo, nuevas obras que impliquen la prestación de nuevos servicios o la ampliación de los ya existentes. La reglamentación a dictarse y los pliegos de condiciones, especificarán la razonable relación entre el espacio asignado y las nuevas inversiones».

El recinto portuario es definido por el artículo 8, literal A) del decreto N° 412/992, como el «conjunto de espacios terrestres, infraestructuras e instalaciones que, situados en la ribera del mar o de los ríos, reúnan condiciones físicas, naturales o artificiales y de organización, que permitan la realización de operaciones de tráfico portuario, así como el interior de las aguas portuarias, que abarcará los espacios incluidos dentro de la línea exterior de los diques de abrigo y las zonas necesarias para la maniobra de acceso, atraque y virada, donde no existan éstos».

Debemos tener en cuenta también el artículo 39, inciso cuarto del decreto N° 412/992 de 1° de setiembre de 1992, en cuanto establece:

«La utilización del dominio público o fiscal portuario estatal, cuando no requiera la realización de inversiones para el uso a que se destine, salvo las relativas a instalaciones móviles o desmontables o a mejoras de carácter tal que no afecten en forma directa a la actividad a la que se destina o a su administración, exigirá en todo caso el otorgamiento de un permiso o, eventualmente una concesión atendiendo a las circunstancias del caso».

En suma, las concesiones para el uso de bienes portuarios proceden:

a) en casos que requieran la construcción de obras o instalaciones fijas o la realización de inversiones para su mejoramiento que incrementen su valoración cuantitativa (artículo 12 de la ley);

b) cuando esos bienes se encuentren en las zonas de expansión, influencia o interés portuario así definidas por la planificación (art.39 del D. N° 412/992). En esta hipótesis se podrá acudir a la concesión o al permiso según las circunstancias del caso; (42) no se menciona a la autorización.

Conforme a lo expuesto, las concesiones requieren que se realicen nuevas obras que impliquen la prestación de nuevos servicios o la ampliación de los existentes. Si esto no ocurre no se podrá otorgar una concesión, se deberá acudir a alguna de las otras dos figuras. Es en la hipótesis del artículo 39 en que la opción está entre la concesión o el permiso.

(42) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «Prestación de servicios portuarios» en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (Coordinador). *Actividad portuaria (Ley N° 16.246)*. Universidad Católica del Uruguay «Dámaso Antonio Larrañaga». Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político – Serie Congresos y Conferencias número 9. Montevideo, 1993, p.77.

Las concesiones son otorgadas previo procedimiento promovido de oficio o por iniciativa privada (artículo 44 y siguientes del decreto N° 412/992). Si es de oficio el procedimiento se rige por el Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF), es decir, en principio por licitación pública u otro procedimiento expresamente previsto, salvo que proceda alguna causal de excepción (artículo 33). La licitación por iniciativa privada tienen distintas regulaciones (43) pero, en definitiva, terminan con un procedimiento competitivo regulado por el TOCAF.

La ley N° 16.246 no prevé plazo para las concesiones. Pero su decreto reglamentario, el decreto N° 412/992, de 1° de setiembre de 1992, por su artículo 49 literal B) estableció: «El plazo de concesión, que no podrá exceder de treinta años y que podrá prorrogarse por decisión del Poder Ejecutivo y en las nuevas condiciones que imponga, previo asesoramiento de la Administración Portuaria».

Este literal B) tuvo una nueva redacción en virtud del decreto N° 314/017, de 6 de noviembre de 2017. En su nueva redacción, que es la vigente, este literal B) dice: «El plazo de concesión que no podrá exceder de cincuenta años y que podrá prorrogarse por decisión del Poder Ejecutivo y en las nuevas condiciones que imponga, previo asesoramiento de la Administración Portuaria».

Debemos tener en cuenta, además, el artículo 377 de la ley N° 19.355, de 19 de diciembre de 2015.

Este artículo establece:

«Artículo 377. Las concesiones que afecten un espacio territorial del recinto portuario (muelles, explanadas, depósitos, radas, etcétera) otorgadas al amparo de la Ley N° 16.246, de 8 de abril de 1992, podrán prorrogarse por Resolución del Poder Ejecutivo con el asesoramiento de la Administración Nacional de Puertos, exigiéndose para ello:

1) La realización de nuevas inversiones, que impliquen la prestación de nuevos servicios, ampliación de los ya existentes o realización de obras, aun cuando no estén vinculadas a la concesión originaria, pero impliquen un mayor provecho económico y estratégico de los medios técnicos e inversiones destinados al desarrollo portuario y que guarden razonable equivalencia con las exigidas en el contrato original.

2) Asegurar una dotación de personal nacional en relación laboral estable para mantener y dar continuidad a los servicios derivados de su actividad, mientras dure la misma».

(43) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «Contratación administrativa por iniciativa privada. Especial referencia al ámbito portuario. El promotor de la iniciativa, en caso de no recibir la mejor puntuación ¿puede ser el adjudicatario igualando la propuesta del mejor oferente?», en. *Estudios de Derecho Administrativo*, LA LEY Uruguay, Montevideo, 2019, N° 20, pp. 737 y ss.

Como se percibe, este artículo faculta la prórroga de las concesiones que afectan un espacio territorial del recinto portuario otorgadas al amparo de la ley N° 16.246 por resolución del Poder Ejecutivo, con el asesoramiento de la ANP y dando cumplimiento a los requisitos previstos en los numerales 1 y 2 de ese artículo.

A mayor abundamiento, por si alguna duda hubiese con relación a la aplicación del artículo 377 a la concesión de uso de bienes, se ve despejada con el artículo 332 de la ley N° 19.924, que constituye una ley interpretativa; es una interpretación auténtica que, como tal, resulta generalmente obligatoria.

Dicho artículo establece:

«Art. 332.

Interprétese que todas las habilitaciones de concesión o de administración, construcción, mantenimiento y explotación de actividades portuarias en recintos o espacios administrados por la Administración Nacional de Puertos o para el uso de bienes situados en el espacio territorial de dichos recintos, se rigen por la ley N° 16.246, de 8 de abril de 1992, sus decretos reglamentarios y el artículo 377 de la ley N° 19.355, de 19 de diciembre de 2015, sin perjuicio de sus regulaciones específicas, debiendo cumplir plenamente con los requisitos y obligaciones que dicha normativa dispone».

La concesión de la terminal de contenedores del Puerto de Montevideo, se rige por este marco normativo, pero además, como se ha dicho, cuenta con normas específicas que también refieren al plazo. Conforme a ellas, el plazo inicial es de 30 años, pero de acuerdo al decreto reglamentario, que forma parte del contrato según una previsión expresa del mismo, se admite la renovación del plazo a solicitud del Contratista y dispuesta por resolución de la ANP con aprobación del Poder Ejecutivo [Numeral 4.34 del régimen de gestión aprobado por el decreto N° 137/001, de 25 de abril de 2001 (44)].

Precisamente, en dicho marco, por el Acuerdo de 25 de febrero de 2021, celebrado entre el Gobierno Nacional y el concesionario se decidió prorrogar el plazo de la concesión por 50 años más, (45) cuya legitimidad se reconoció por el Tribunal de Cuentas de la República por Resolución 0910/2020 adoptada en sesión de 30 de marzo de 2020 (E.E. N° 2021-17-1-0004433, Ent. N° 0166/2022).

7. Los permisos se otorgan cuando no sea necesaria una concesión (artículo 39 del decreto N° 412/992).

(44) Este decreto fue sustituido por el decreto N° 114/021, de 21 de abril de 2021 que, en materia de plazo conserva la misma solución.

(45) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «La terminal...», loc cit, pp. 602 y ss.

Los artículos 51 y siguientes del decreto N° 412/992 regulan el régimen de los permisos.

Conforme al artículo 51 estos se otorgan a solicitud del interesado pero, cuando medien razones de interés general se otorgarán de oficio.

El artículo 51 y 52 regulan las condiciones para el otorgamiento de los permisos. Al respecto, cabe destacar que en todo caso se deberá dar publicidad a la solicitud y se elevará el expediente instruido a consideración del Poder Ejecutivo, previo al otorgamiento.

Conforme al artículo 50 del Decreto N° 412/992, los permisos «se otorgan por acto unilateral de la Administración, por tiempo limitado y precariamente, siendo revocable en todo momento por razones de interés público, sin derecho a indemnización alguna».

El artículo 52, literal B del decreto N° 412/992, con relación al plazo estableció:

«B) Las condiciones de plazo, revocación y caducidad, de acuerdo a lo contemplado en el artículo 49 de este reglamento.

La Administración Portuaria determinará, mediante resolución fundada y con audiencia del beneficiario, las causas de revocación o caducidad y emitirá la resolución correspondiente, en la que concederá al beneficiario un plazo para la devolución de las cosas a su estado primitivo. En el supuesto de que el beneficiario no actuara en consecuencia, la Administración Portuaria podrá proceder subsidiariamente, por sí o a través de terceros y a cargo del mismo.

El plazo de otorgamiento de los permisos no podrá exceder de tres (3) años y no podrá ser objeto de prórroga, salvo que se cumplan las dos condiciones siguientes:

a) Que la Administración Portuaria no necesite el bien objeto del mismo, para el cumplimiento inmediato de sus fines.

b) Que quede desierto un llamado público a interesados, en las nuevas condiciones que establezca la Administración Portuaria.

El trámite de prórroga se iniciará a petición del beneficiario, antes de expirar el plazo de su permiso y con el tiempo necesario para no tener que detener su actividad, en el caso de concederse la misma».

Este plazo fue extendido a cinco años por el Decreto N° 382/009, de 18 de agosto de 2009.

8. Véase que, aparte de que las condiciones para el otorgamiento son distintas en la concesión y el permiso, el plazo también difiere: el plazo de los permisos es mucho menor y existen mayores restricciones para su prórroga y, si bien, en ambos casos se otorgan por un plazo determinado como, pese a ello los permisos son precarios y revocables en cualquier momento y la concesión no, vemos que con la concesión se otorga un derecho subjetivo perfecto y con el permiso un derecho debilitado.

9. El artículo 53 del decreto N° 412/992 refiere a las autorizaciones para el cumplimiento de actividades o para la prestación de servicios portuarios; no refiere al uso de bienes. No obstante, en virtud de lo dispuesto con relación a las concesiones y permisos, cabe concluir que la autorización es una figura residual que corresponde cuando no procede la concesión o el permiso. Y, en virtud de lo establecido por el literal B del artículo 11 de la ley N° 16.246, al igual que la concesión y el permiso, requiere la aprobación del Poder Ejecutivo.

10. El artículo 41 del decreto N° 412/992 también prevé un régimen especial para las concesiones, permisos o autorizaciones para el uso del dominio público o fiscal portuario, fuera del ámbito portuario (46).

Este artículo prevé el otorgamiento de concesiones, permisos o autorizaciones para el uso de bienes portuarios a emplearse en actividades amparadas por otras concesiones otorgadas por el Estado u otras entidades para actividades extractivas, energéticas o industriales.

11. En suma, concesión, permiso o autorización, son los únicos títulos previstos en el marco jurídico portuario habilitantes, para el uso de bienes portuarios, sean bienes del dominio público o dominios fiscales.

(46) Artículo 41: «*Concesiones previas, fuera del dominio portuario.*

El otorgamiento de concesiones, permisos o autorizaciones para el uso del dominio público o fiscal portuario estatal en actividades amparadas por otra concesión administrativa, otorgada por el Estado o entidades estatales competentes para actividades extractivas, energéticas o industriales, se podrá hacer de forma directa y por un plazo igual al que reste para la caducidad de la anteriormente otorgada, siempre que existan, a juicio de la Administración Portuaria razones de interés público y sin perjuicio de que se deba cumplir con los requisitos necesarios para la solicitada y de dar al procedimiento la obligatoria publicidad.

Cuando el objeto de una concesión, permiso o autorización de uso del dominio público o fiscal portuario, extinguida por el transcurso del plazo previsto para ella, fuese una actividad amparada por otra concesión otorgada por el Estado o entidades estatales competentes para las actividades antes referidas y por un plazo superior, su titular tendrá el derecho a que se le otorgue una nueva concesión, permiso o autorización para el uso de las instalaciones y bienes portuarios objeto de la que haya expirado, por un período de tiempo igual al que reste de vigencia para la otra. En el caso de producirse la prórroga de esta última, será facultativo de la Administración Portuaria el otorgamiento de prórroga, en las nuevas condiciones que establezca.

En todo caso será condición necesaria para el otorgamiento o ampliación del plazo de vigencia de concesiones, permisos o autorizaciones de uso del dominio público y fiscal portuario, en los supuestos contemplados en este artículo, que se mantenga la misma actividad y el fin de interés público para los que el Estado o entidades estatales concedieron la suya y que el titular mantenga el cumplimiento de las condiciones que se le impusieron en su otorgamiento.

La pérdida de la concesión otorgada por el Estado o entidades estatales por causas de incumplimiento del titular, significará a su vez la pérdida de la concesión del uso del dominio público o fiscal portuario, sin derecho a indemnización alguna, al desaparecer la causa que la motivó en sus especiales condiciones.

En caso de que la Administración Portuaria efectúe un llamado público para otorgar nueva concesión de esos bienes, el anterior titular podrá optar a ella en libre concurrencia».

V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ MAZZA, Eduardo, «Aspectos operativos de la reforma portuaria», en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (Coordinador). *Actividad portuaria (Ley N° 16.246)*. Universidad Católica del Uruguay «Dámaso Antonio Larrañaga». Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político – Serie Congresos y Conferencias número 9. Montevideo, 1993.
- AMOZA, Edgardo, «Reforma del Estado en el ámbito portuario», en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. VIII F.C.U. Montevideo, 2000.
- BARDALLO, Julio R. «Por el sur el Río de la Plata». Estudio sobre las riberas marítimas y fluviales. Ingranusi Ltda., Montevideo, 1994.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., «Sobre la tipificación por su contenido de los actos administrativos», en CAJARVILLE PELUFFO, Juan P. *Sobre Derecho Administrativo*. t. II. Tercera edición actualizada y ampliada. F.C.U. Montevideo, 2012.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. *Derecho Público*, F.C.U. Montevideo, 1999.
- DELPIAZZO, Carlos E. *Contratación administrativa*. Universidad de Montevideo. Montevideo, 1999.
- *Derecho administrativo especial*, vol. 2. Tercera edición actualizada y ampliada. Amalio M. Fernández. Montevideo, 2017.
 - *Derecho Administrativo General*, vol. 2. Tercera edición actualizada y ampliada, Montevideo, 2020.
- DROMI, José R. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Editorial Astrea de Rodolfo DEPALMA y Hnos. Buenos Aires, 1973.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. «Ejecución de los contratos administrativos. Eficacia vinculante. El contrato como regla de Derecho. Mutabilidad del contrato,» en *Contratación administrativa*. Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, F.C.U., Montevideo, 1989.
- «Prestación de servicios portuarios», en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (Coordinador). *Actividad portuaria (Ley N° 16.246)*. Universidad Católica del Uruguay «Dámaso Antonio Larrañaga». Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político – Serie Congresos y Conferencias número 9. Montevideo, 1993.
 - «Nuevo Servicio Descentralizado: CORREOS», en *Cuadernos de Derecho Público* N° 4. Editorial Universidad. Montevideo, 1996.
 - «Cosa juzgada administrativa», en BARRIOS DE ANGELIS D. – DURÁN MARTÍNEZ, A. *Cosa juzgada y cosa juzgada administrativa*. UCUDAL Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político (Serie Congresos y Conferencias N° 18). Montevideo, 1998.
 - «La concesión. Concepto. Tipos y perspectivas», en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Estudios de Derecho Público*, Vol. I. Montevideo, 2004.

- «La autorización en la pesca», en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Casos de Derecho Administrativo*, vol. VI. Montevideo, 2010.
 - «Límites a la concesión de actividades públicas», en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Derecho Administrativo. Otra forma de verlo*. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2017.
 - «Contratación administrativa por iniciativa privada. Especial referencia al ámbito portuario. El promotor de la iniciativa, en caso de no recibir la mejor puntuación ¿puede ser el adjudicatario igualando la propuesta del mejor oferente?», en *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 20. LA LEY Uruguay, Montevideo, 2019.
 - «La terminal de contenedores del Puerto de Montevideo. Aspectos del régimen jurídico», en *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 23, LA LEY Uruguay, 2021.
 - Recensión del libro DELPIAZZO, Carlos E. – CELORRIO, Hernán (Directores) Amalio M. Fernández. Montevideo, 2015, en *Estudios de Derecho Administrativo*. N° 13. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2016.
- ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo, «Aspectos generales de la ley 16.246 y su reglamentación», en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (Coordinador). *Actividad portuaria (Ley N° 16.246)*. Universidad Católica del Uruguay «Dámaso Antonio Larrañaga». Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político— Serie Congresos y Conferencias número 9. Montevideo, 1993.
- FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, «El rol de los distintos órganos públicos en el nuevo régimen portuario», DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (Coordinador). *Actividad portuaria (Ley N° 16.246)*. Universidad Católica del Uruguay «Dámaso Antonio Larrañaga». Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político – Serie Congresos y Conferencias número 9. Montevideo, 1993.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, 5ª edición. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998.
- *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, 3ª edición. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998.
 - *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 3, 4ª edición. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998.
- GOROSITO ZULUAGA, Ricardo, «El proceso de elaboración de la ley N° 16.246. Análisis del espíritu de la ley en la historia fidedigna de su sanción,» en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (Coordinador). *Actividad portuaria (Ley N° 16.246)*. Universidad Católica del Uruguay «Dámaso Antonio Larrañaga». Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político – Serie Congresos y Conferencias número 9. Montevideo, 1993.
- LANZIANO, Washington. *Estudios de Derecho Administrativo*. Universidad de la República. Facultad de Derecho, Montevideo, 1196.

- MARIÑO LÓPEZ, Andrés. *Código Civil de la República Oriental del Uruguay*. T.I. Comentado, anotado y concordado. 3ª edición actualizada y ampliada. LA LEY. Uruguay, Montevideo, 2016.
- MÉNDEZ, Aparicio *La Teoría del Órgano*. (Edición definitiva), Amalio M. Fernández, Montevideo, 1971.
- «La descentralización. Concepto y caracteres», en VV.AA., *Estudios de Derecho Administrativo*, t. I, Universidad de la República. Montevideo, 1979.
- PRAT, Julio A. *Derecho administrativo*. T. 3, Vol. 2, Acali Editorial. Montevideo, 1978.
- ROTONDO TORNARÍA, Felipe. *Manual de derecho administrativo*. 11ª edición ampliada y actualizada a junio de 2021, F.C.U., Montevideo, 2021.
- SALOMONI, Jorge L. *Teoría General de los Servicios Públicos*. AD-HOC S.R.L., Buenos Aires, 1999.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I. Montevideo, 1953.
- SOLER MALLO, Graciela, «Eficiencia administrativa en el sector portuario», en *Estudios de Derecho Administrativo*. N° 22. LA LEY Uruguay, Montevideo, 2020.

CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA EN EL ÁMBITO DE LOS GOBIERNOS DEPARTAMENTALES EN EL URUGUAY

PABLO SCHIAVI

Profesor Adjunto Grado 3 (I) de Derecho Administrativo y de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República

SUMARIO: I. LA CONCESIÓN. CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN.– II. TIPOS. CONCESIÓN SEGÚN SU ÁMBITO TERRITORIAL. GOBIERNOS DEPARTAMENTALES: 1. La concesión según su forma. 2. La concesión según la estabilidad de los derechos concedidos. 3. La concesión según su objeto. 4. La concesión según su ámbito territorial.– III. REGULACIÓN LEGISLATIVA DE LA CONCESIÓN DE LA OBRA PÚBLICA EN URUGUAY: DECRETO-LEY N° 15.637 (1984).– IV. LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA EN BIENES PÚBLICOS DEPARTAMENTALES. SU REGULACIÓN EN EL DIGESTO DEPARTAMENTAL DE MONTEVIDEO.– V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: En el presente trabajo abordamos el régimen de los contratos de concesión de obra pública, en el ámbito de los gobiernos departamentales en el Uruguay. Desde el punto de vista del ámbito territorial conforme al artículo 51 de la Constitución Nacional, podemos encontrar concesiones en el ámbito del Estado así como en el ámbito de los Gobiernos Departamentales. Y dentro de estos últimos, conforme al numeral 8° del artículo 273 de la Constitución, pueden ser departamentales o locales. De manera que desde este punto de vista las concesiones pueden ser nacionales, departamentales y locales o municipales. Con relación a la concesión de uso de bienes, por lo menos desde el punto de vista de nuestra Constitución no hay particularidades que merecen destacarse en cuanto al ámbito territorial.

Palabras clave: concesión; contrato; obra pública; Gobierno nacional; Gobierno departamental; Gobierno local.

Abstract: In this paper we address the regime of public works concession contracts, in the field of departmental governments in Uruguay. From the point of view of the territorial scope in accordance with article 51 of the National Constitution, we can find concessions in the scope of the State as well as in the scope of the Departmental Governments. And within the latter, according to numeral 8 of article 273 of the Constitution, they can be departmental or local. So from this point of view the concessions can be national, departmental and local or municipal. In relation to the concession of use of goods, at least from the point of view of our Constitution, there are no particularities that deserve to be highlighted in terms of the territorial scope.

Key words: concession; contract; public work; national Government; departmental Government; local Government.

I. LA CONCESIÓN. CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN

Si analizamos el Derecho Comparado (1) advertimos que el término concesión ha tenido diversas acepciones en el ámbito del Derecho Público (2).

Incluso en el Derecho Indiano se llamaba concesión de tierras a los «repartimientos» que efectuaban los Gobernadores a los primitivos pobladores, que constituían título hábil para transmitir el dominio (3).

Por otro lado algunos autores emplean como sinónimos los términos «concesión» y «licencia» y por ende «concesionario» y «licenciatario (4)».

Pero con el tiempo se advierte una tendencia a la coincidencia en los aspectos sustanciales y, al menos en Uruguay, Augusto DURÁN MARTÍNEZ subraya que debemos admitir que se ha ido afirmando el concepto de MÉNDEZ y SAYAGUÉS LASO.

De ahí que debamos partir necesariamente de las enseñanzas de nuestros grandes maestros (5).

DURÁN MARTÍNEZ toma la definición de SAYAGUÉS LASO porque es pacíficamente aceptada en Uruguay (6).

SAYAGUÉS LASO, definía la concesión «como el acto de derecho público que confiere a una persona (física o jurídica, privada o pública) un derecho o un poder que antes no tenía, mediante la trasmisión de un derecho o del ejercicio de un poder propio de la administración» (7).

(1) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas* en *Estudios de Derecho Público*. Montevideo, 2004. pp. 7-23. Congreso Internacional de Derecho Administrativo (Montevideo: 10-12 nov. 1999).

(2) DELPIAZZO, C. *Contratación Administrativa*. Universidad de Montevideo, Montevideo, 1999, pp. 381 y ss.; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(3) BARDALLO, J.R. «Por el sur el Río de la Plata». Estudio sobre las riberas marítimas y fluviales. Ingranusi Ltda., Montevideo, 1994, pp. 12 y ss.; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(4) GORDILLO, A. *Tratado de Derecho Administrativo*. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, t. 1, 5ª edición, pp. XI-29 y ss.; *Tratado...*, t. 2, 3ª edición, pp. VI-26 y ss.; *Tratado...*, t. 3, 4ª edición, pp. I-23 y ss.; SALOMONI, J.L. *Teoría General de los Servicios Públicos*. AD-HOC S.R.L., Buenos Aires, 1999, pp. 362 y ss. Aunque a decir verdad los conceptos de GORDILLO y SALOMONI no coinciden exactamente; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(5) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(6) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Límites a la concesión de actividades públicas. *Estudios de Derecho Administrativo*, 2014, Número 9, pp. 71-107.

(7) SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo, 1953, t. I, p. 421; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Límites a la concesión de actividades públicas, op. cit., pp. 71-107.

Aclara que, si bien es frecuente en doctrina en algunos países como en Brasil y Argentina que con relación a la concesión se hable de una delegación, en Uruguay no empleamos ese término. No lo hacemos porque entre nosotros, cuando existe delegación, el acto del delegatario se imputa al delegante (8), cosa que no ocurre en la concesión. En Uruguay, pues, usamos el término delegación en un distinto sentido del que se usa en esa doctrina brasileña y argentina aludida.

Por eso, podemos evocar a ambos y expresar que compartimos las nociones que en definitiva ellos han formulado.

Otra precisión refiere al concepto de lo público.

Los términos *público* y *estatal* ya no se confunden en el Derecho uruguayo. La nota de *público* se opone a la de *privado* y la de *estatal* a la de *no estatal*. En orden lógico, se pueden dar las siguientes categorías de personas en base a la combinación de estos cuatro conceptos: a) personas públicas estatales; b) personas públicas no estatales; c) personas privadas no estatales; d) personas privadas estatales (9).

En el *Manual de Contratación Pública* de la Agencia Reguladora de Compras Estatales en Uruguay, se subraya que *la concesión como contrato es aquella en que la prestación esencial está a cargo de la Administración, obligándose esta a permitir el uso de un bien del dominio público o la gestión de un servicio público, mientras que el concesionario (persona física o jurídica) se obliga a utilizarlo en su beneficio, en un plazo determinado y bajo ciertas condiciones, de acuerdo al interés público* (10).

La Administración *confiere a un tercero (persona física o jurídica) la construcción y explotación de una obra pública y lo faculta temporalmente a cobrar determinadas sumas a quienes utilizan la obra pública* (Decreto-Ley N° 15.637).

(8) MÉNDEZ, A., *Sistemas Orgánicos*. Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández. Montevideo, 1973, p. 123; CAJARVILLE PELUFFO, J.P., «Delegación de atribuciones», en *Cajarville Peluffo, J.P., Dos estudios de Derecho Administrativo*. Montevideo, 1988, pp. 39 y ss.; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Límites a la concesión de actividades públicas, *op. cit.*, pp. 71-107.

(9) DURÁN MARTÍNEZ, A., «Naturaleza jurídica de CONAPROLE», en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Casos de Derecho Administrativo*. Montevideo, 2003, vol. III, pp. 246 y ss.; DELPIAZZO, C.E., *Derecho Administrativo Uruguayo*. Editorial Porrúa. México/ Universidad Autónoma de México, México, 2005, p. 124; DURÁN MARTÍNEZ, A., «Las empresas pública y las empresas mixtas con capital público ¿pueden someterse a la regulación para la competencia del mismo modo que los operadores privados?», en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Público*. Montevideo, 2008, vol. II, p. 212; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Límites a la concesión de actividades públicas, *op. cit.*, pp. 71-107.

(10) MANUAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – AGENCIA REGULADORA DE COMPRAS ESTATALES. Link: <https://www.comprasestatales.gub.uy/ManualesDeUsuarios/manual-procedimiento-compras/Concesiones.html>. Fecha de consulta: 16/5/22.

La *concesión de obra pública* es una modalidad de ejecución de las obras públicas en la cual la Administración comete a una persona la realización de una obra pública facultándola para que durante un cierto tiempo, cobre determinadas sumas a quienes la utilicen, como medio de financiar su costo (11).

De acuerdo al artículo 1 del *Decreto ley N° 15.637*, el Poder Ejecutivo puede otorgar concesiones para la construcción, conservación y explotación de obras públicas a personas físicas o jurídicas, privadas o públicas, a sociedades de economía mixta, habilitando al concesionario a percibir tarifas de los usuarios de la obra, de conformidad con las disposiciones de la presente ley.

II. TIPOS. CONCESIÓN SEGÚN EL ÁMBITO TERRITORIAL. GOBIERNOS DEPARTAMENTALES

Muchos son los tipos de concesión (12).

Podemos clasificar las concesiones en función de: a) su forma; b) la estabilidad de los derechos concedidos; c) su objeto; d) su ámbito territorial (13).

En consecuencia, los límites a las concesiones también varían según sus distintos tipos.

1. La concesión según su forma

Según su forma, señala DURÁN MARTÍNEZ, la concesión —que es sin duda un acto jurídico— puede ser unilateral o bilateral.

Si es bilateral, es un contrato, más precisamente un contrato administrativo puesto que, por lo menos una de sus partes es la Administración o, mejor dicho, una persona jurídica pública estatal actuando en ejercicio de función administrativa (14).

(11) MANUAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – AGENCIA REGULADORA DE COMPRAS ESTATALES. Link: <https://www.comprasestatales.gub.uy/ManualesDeUsuarios/manual-procedimiento-compras/Concesiones.html>. Fecha de consulta: 16/5/22.

(12) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(13) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(14) DURÁN MARTÍNEZ, A., «Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos», en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012, p. 458; DURÁN MARTÍNEZ, A., «Principios de la Contratación administrativa», en *Derecho Administrativo*. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica. Abeledo Perrot. Buenos Aires, febrero 2013, N° 85, p. 133; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Límites a la concesión de actividades públicas, op. cit., pp. 71-107.

Rigen entonces los límites procedimentales que existen para todo contrato administrativo (15).

El primer inciso del artículo 33 del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera vigente (TOCAF-2012) establece: «Las contrataciones se realizarán mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo expresamente previsto, de acuerdo a lo que mejor se adecue a su objeto, a los principios generales de la contratación administrativa y de acuerdo a lo previsto en la normativa vigente (16)».

Si la concesión se otorga por un acto unilateral, lo es por un acto administrativo.

Conforme a la definición dada por el artículo 120 del decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991, ese acto constituye una resolución. En efecto, el inciso tercero de dicho artículo 120 dice: «Llámase Resolución, a las normas particulares y concretas creadas por acto administrativo». En consecuencia, no se aplica el artículo 33 del TOCAF-2012 previsto para los contratos administrativos pero no para los actos unilaterales. Rigen, sí, todos los límites generales existentes para el dictado de los actos administrativos. Su perfeccionamiento dependerá de la existencia de sus elementos constitutivos y su validez dependerá de la existencia de sus presupuestos y de la legitimidad de sus presupuestos y elementos (17).

De manera que, se puede decir que para las concesiones otorgadas por acto administrativo no hay en principio previsto un procedimiento especial.

Pero a veces, según la materia se impone procedimientos específicos; así por ejemplo, en las concesiones portuarias, el artículo 44 del decreto N° 412/992 de 1° de setiembre de 1992, para todas ellas, sin distinguir si son contractuales o unilaterales impone la aplicación del TOCAF.

Es cierto que se refería al TOCAF vigente en la época, pero ese fue sustituido por el TOCAF-2012, por lo que, para estas concesiones, se aplica *in totum* el actual artículo 33 ya aludido, lo que nos lleva en este caso a la licitación pública como principio (18).

Claro está que es de los actos convencionales a que refiere el artículo 23 literal a) del Decreto-Ley N° 15.524, de 9 de enero de 1984.

(15) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Límites a la concesión de actividades públicas. *Estudios de Derecho Administrativo*, 2014, Número 9, pp. 71-107.

(16) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Límites a la concesión de actividades públicas. *Estudios de Derecho Administrativo*, 2014, Número 9, pp. 71-107.

(17) DURÁN MARTÍNEZ, A., «Elementos del acto administrativo», en *Revista de Derecho Público*. F.C.U. Montevideo, año 2012, N° 41, pp. 31 y ss.; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Límites a la concesión de actividades públicas, *op. cit.*, pp. 71-107.

(18) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Límites a la concesión de actividades públicas. *Estudios de Derecho Administrativo*, 2014, Número 9, pp. 71-107.

Pero esto no quiere decir que sea un contrato.

En estos actos convencionales, como enseñaba GIORGI (19), citado por DURÁN MARTÍNEZ, *la manifestación de voluntad en sentido de aceptación de la otra parte no perfecciona el acto, sino que es un requisito para el surgimiento de sus efectos, lo que no es lo mismo.*

La ley de turismo, Decreto-Ley N° 14.335 de 23 de diciembre de 1974, por sus artículos 6 literal G) y 20 prevé ambos tipos de concesiones, unilaterales y contractuales respectivamente. Y así en su momento lo hemos señalado (20).

La importancia de la distinción de la concesión contrato administrativo y de la concesión acto administrativo (aunque sea convencional) radica en que en el primer caso corresponde la aplicación del T.O.C.A.F. y en el segundo no, a menos que el Derecho positivo lo establezca expresamente (21).

Esto último es lo que ocurre por ejemplo con las concesiones de uso del dominio público o fiscal portuarios.

Y ante esto entendimos que la remisión al T.O.C.A.F. era innecesaria para las concesiones contractuales, pero para las unilaterales resulta importante pues les torna aplicables las normas existentes sobre contratación administrativa que en principio no les eran de aplicación (22).

En reciente obra DELPIAZZO, citado por DURÁN MARTÍNEZ, adhirió a esta concepción al expresar:

«En nuestra opinión, partiendo de la doble base de que la concesión crea un derecho en beneficio del concesionario del que éste carecía antes y de que los actos administrativos pueden ser unilaterales o plurilaterales y estos últimos a su vez convencionales o contractuales, pensamos que la expresión ‘concesión’ engloba actos y contratos. Así, son actos de concesión los de usos privativos de bienes del dominio público, los de uso de aguas y álveos (artículo 165 y siguientes del Código de Aguas), y los de explotación de yacimientos

(19) GIORGI, H. La competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y su potestad de suspender la ejecución de los actos administrativos, en *Escritos Jurídicos*, F.C.U., Montevideo, 1976, pp. 155 y ss.; La jurisprudencia sobre la acción de nulidad, en *Escritos...*, p. 113; Vicios del consentimiento en los contratos administrativos, en *Escritos...*, pp. 380 y ss.; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(20) DURÁN MARTÍNEZ, A. Turismo. Aspectos del régimen jurídico, en *Estudios de Derecho Administrativo*, Segundo Curso/5, Acali Editorial, Montevideo, 1979, pp. 30 y 44; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(21) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(22) DURÁN MARTÍNEZ, A. Prestación de servicios portuarios. Actividad Portuaria (Ley 16.246), en *UCUDAL – Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político* (Serie Congresos y Conferencias N° 9), Montevideo, 1993, p. 78; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

III (artículos 100 y siguientes del Código de Minería). Todos estos son actos de concesión porque en ellos hay una manifestación unilateral de voluntad administrativa que ubica al concesionario en el ejercicio de un derecho del que carecía hasta ese momento. En cambio, son contratos de concesión el de obra pública, y los de servicios en general y de servicios públicos en particular. Significa que la palabra "concesión" en nuestro Derecho positivo refiere a veces a actos unilaterales y otras veces a contratos (23)».

2. La concesión según la estabilidad de los derechos concedidos

En función de la estabilidad de los derechos concedidos nuestro instituto ha recibido en nuestro medio diversas denominaciones (24).

En efecto, por un lado tenemos la concesión propiamente dicha y por otro los permisos o autorizaciones.

Todos estos términos han sido empleados en nuestro Derecho Positivo y todos ellos han sido empleados en doctrina por juristas de primer nivel.

Las concesiones en sentido estricto, sean bilaterales o unilaterales, confieren al concesionario un derecho subjetivo perfecto (25). O sea, mientras esté vigente la concesión el concesionario tiene derecho al uso del bien o ejercicio de la actividad objeto de la misma (26).

Dicho de otra forma, tratándose de una concesión-contrato la Administración no la puede rescindir o modificar unilateralmente (27). Y si es unilateral, en virtud de su estabilidad, si no es firme, solo la puede revocar o modificar por razones de legitimidad y en el ámbito y en el sentido del recurso; si no es firme, no lo puede hacer ni por razones de mérito ni por razones de legitimidad (28).

(23) DELPIAZZO, C.E., ob. cit., p. 382; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(24) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(25) DROMI, J.R. *Instituciones de Derecho Administrativo*, Editorial Astrea de Rodolfo DEPALMA y Hnos., Buenos Aires, 1973, p. 277; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(26) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(27) DURÁN MARTÍNEZ, A. Ejecución de los contratos administrativos. Eficacia vinculante. El contrato como regla de Derecho. Mutabilidad del contrato. En *Contratación administrativa*. Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, F.C.U., Montevideo, 1989, pp. 59 y ss., en especial pp. 69 y ss.; CAJARVILLE PELUFFO, J.P. Extinción de los contratos de la administración. En *Contratación administrativa*. Instituto..., pp. 124 y ss.; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(28) DURÁN MARTÍNEZ, A. Cosa juzgada administrativa. En BARRIOS DE ANGELIS D. – DURÁN MARTÍNEZ, A. Cosa juzgada y cosa juzgada administrativa, *UCUDAL – Revista Uruguaya de*

Eso no quiere decir que la Administración quede desprotegida ante este derecho subjetivo perfecto. Como todo derecho puede ser objeto de expropiación conforme a la Constitución y a la ley.

El término «permisario» aparece en la Constitución de 1967 en el artículo 275 numeral 4°.

CASSINELLI MUÑOZ, interpretando esta disposición, consideró a los permisarios «*como una especie dentro del género de los concesionarios: como los concesionarios sin plazo* (29)». Se refería a las concesiones de servicios públicos pero estimo que sus conceptos pueden extenderse a las demás concesiones.

El hecho de que carezca de plazo no quiere decir que sean a perpetuidad.

Al menos en materia de servicios públicos la perpetuidad sería incompatible con el artículo 51 de nuestra Constitución. Esta concesión sin plazo, como dice CASSINELLI MUÑOZ, es en realidad una concesión con plazo indeterminado. Es decir, es una concesión en principio precaria y revocable en cualquier momento. Por tanto, ella no confiere un derecho subjetivo perfecto sino uno debilitado o «*affievolito*», como dicen los italianos (30).

En esa línea hemos expresado: «*El permiso es una especie de concesión. No es sino una concesión menos estable* (31)».

Pero no todos los permisos tienen la misma regulación jurídica y por tanto las mismas características.

Así, en materia del servicio público de transporte colectivo de pasajeros por líneas regulares por rutas nacionales, se suele acudir a los permisos hasta que se efectúe la adjudicación luego de la licitación correspondiente. Esto se efectúa en ejercicio de la potestad conferida a la Dirección Nacional de Transporte —aunque la norma emplea el término «*autorizar*»— por el artículo 7.8. del «*Reglamento para la autorización de servicios regulares de transporte por carretera*», aprobado por el artículo 2 del Decreto N° 228/991, de 24 de abril de 1991.

Aquí nos encontramos ante un permiso típico según lo hemos definido.

Derecho Constitucional y Político (Serie Congresos y Conferencias N° 18), Montevideo, 1998, pp. 30 y ss.; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(29) CASSINELLI MUÑOZ, H. *Derecho Público*, F.C.U., Montevideo, 1999, p. 341; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(30) DROMI, J.R. ob. cit., p. 278; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(31) DURÁN MARTÍNEZ, A. *Nuevo Servicio Descentralizado: CORREOS*, en *Cuadernos de Derecho Público* N° 4, Editorial Universidad, Montevideo, 1996, p. 9; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

En efecto, es por un plazo indeterminado y precario y revocable en cualquier momento.

Pero la ley N° 16.246 de 8 de abril de 1992 (la ley de la reforma portuaria) acude a ambas figuras —concesión y permiso— (art. 11, literal B, numeral 1°) y para ambos casos estipula que es por plazo determinado (art. 12).

Pero según el reglamento de ejecución de esta ley, Decreto N° 412/92, de 1° de setiembre de 1992, más allá de que establece ciertas diferencias sustantivas (art. 39) y diferente procedimiento (art. 51), por su artículo 50 con relación a los permisos prescribe: ... «Se otorgarán por acto unilateral de la Administración, por tiempo limitado y precariamente, siendo revocables en todo momento por razones de interés público, sin derecho a indemnización alguna». Y a mayor abundamiento, el inciso final de este artículo estipula ... «Lo expresado es sin perjuicio de la facultad de la Administración de declarar en todo momento la caducidad del permiso, por incumplimiento del permisario».

En este caso vemos que el permiso tiene un plazo determinado, pero es revocable en cualquier momento. De manera que aquí también advertimos que estamos en presencia de derechos debilitados.

En materia de casinos nos enfrentamos a una situación similar pero con una terminología diferente.

Bueno recordar que el artículo 20 del Decreto-Ley N° 14.335, de 23 de diciembre de 1974 (Ley de Turismo), alude a las concesiones y a las autorizaciones.

El casino es una actividad privada monopolizada a favor del Estado (en sentido estricto y a favor del Gobierno Departamental de Montevideo). Conforme a esta ley, pese al monopolio estatal el principio es que esta actividad debe ser ejercida por los particulares en régimen de concesión (32). Pero hay dos excepciones: a) la explotación directa del Estado mientras no se otorguen las concesiones, la que continúa en los hechos hoy como principio en clara patología legal; y b) el régimen de autorización, cosa inexistente en los hechos hasta el momento (33).

Me interesa retener esta última expresión pues en la redacción de este texto legislativo tuvo una activa participación MÉNDEZ siendo Consejero de Estado. Y para éste la autorización «habilita ... para la edición de un acto,

(32) DURÁN MARTÍNEZ, A. Turismo..., p. 43; DURÁN MARTÍNEZ, A. Instalación de un casino en Portezuelo, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Casos de Derecho Administrativo*, vol. I, INGRANUSI LTDA., Montevideo, 1999; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(33) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

ejercicio de una actividad o aprovechamiento de un bien, que están fuera del uso o goce del solicitante (34)».

O sea, armonizando la opinión de MÉNDEZ con el Derecho Positivo en la materia podemos concluir que la autorización en materia de casinos pertenece al género concesión y se asimila al permiso en los conceptos antedichos, es decir, confiere derechos debilitados (35).

Hay con todo un caso difícil de encasillar: los permisos de correos.

La actividad postal en nuestro país se encuentra monopolizada a favor del Estado pero puede ser ejercida por particulares en calidad de permisarios (36).

La ley N° 5.356 de 16 de diciembre de 1915, al referirse al tema por el artículo 3, numeral 7°, califica a los permisos postales de precarios. La misma terminología es empleada por el artículo 6° del Decreto N° 197/992 de 12 de mayo de 1992 pese a establecer para estos permisos una duración de tres años en principio que pueden ser renovados; incluso, en este caso la Administración se ha autolimitado estableciendo las causales de la cancelación del permiso (artículo 7 de este Decreto).

De modo que estos permisos confieren derechos más estables que los otros y en cierto sentido se acercan a la concesión pero sin llegar a la estabilidad de los derechos conferidos por ésta.

Esta distinción entre concesionarios y permisarios tiene, además de lo expresado, un par de consecuencias importantes.

Por lo pronto los permisos departamentales o locales no entran en la competencia de la Junta Departamental al no estar incluidos en el numeral 8° del artículo 273 de la Constitución. Por lo tanto, como acertadamente lo ha indicado CASSINELLI MUÑOZ, entran en la competencia genérica del Intendente conforme al artículo 274 (37). No obstante, con relación a los servicios

(34) MÉNDEZ, A. La descentralización. Concepto y caracteres, en *Estudios de Derecho Administrativo*, Universidad de la República, Montevideo, 1979, t. I, pp. 273 y ss.; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(35) De más está decir que este concepto de autorización diverge radicalmente del empleado en nuestro medio por SAYAGUÉS LASO que la define «como el acto de la administración que habilita a una persona física o jurídica, privada o pública, para ejercer un poder jurídico o un derecho preexistente» (ob. cit., loc. cit., pp. 414 y ss.). En cambio se acerca al de DROMI, aunque éste advierte algunas diferencias menores entre el permiso y autorización (*Instituciones...*, p. 278); en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(36) DURÁN MARTÍNEZ, A. Nuevo Servicio Descentralizado..., pp. 8 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A. CORREO: multas a los permisarios, en *Casos de Derecho Administrativo*, vol. I, INGRANUSI LTDA., Montevideo, 1999; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(37) CASSINELLI MUÑOZ, H., ob. cit., p. 342; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

locales, a mi juicio el Derecho positivo puede asignarle competencia para su otorgamiento a las autoridades locales, dado la nueva redacción del artículo 262 de nuestra norma constitucional.

En efecto, su tercer inciso establece: «*La ley establecerá la materia departamental y la municipal, de modo de delimitar los cometidos respectivos de las autoridades departamentales y locales, así como los poderes jurídicos de sus órganos, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 273 y 275*».

Al hacerlo, la ley podrá asignar competencia a las autoridades locales para el otorgamiento de permisos en materia de servicios públicos locales.

La ley no podrá asignarle a las autoridades locales competencia para otorgar concesiones, pues ello continúa en la órbita de la Junta Departamental según el numeral 8° del artículo 273 (38) ; pero sí, como se ha visto, puede asignarle competencia en materia de permisos.

Esa parece también la posición de MARTINS. En efecto, en reciente obra expresó: «Respecto de los poderes jurídicos de los órganos de la autoridad local, la Constitución establece que la ley las determinará, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 273 y 275. Ellos son los que corresponden, por mandato constitucional, a las Juntas Departamentales y a los Intendentes. De ello se deriva ... (que a los órganos locales)... no les corresponde ... otorgar concesiones para servicios públicos locales, menos aún departamentales, porque ello está reservado a la Junta Departamental a propuesta del Intendente. ... Es importante destacar que la Constitución no prohíbe otorgarle a los órganos locales, los poderes jurídicos establecidos en los artículos 274 y 276.

El artículo 274, atribuye al Intendente las funciones ejecutivas y administrativas en el Gobierno Departamental, por lo cual, la ley puede otorgarle a las autoridades locales, la función administrativa y ejecutiva en lo local (39).

Por eso es que hemos sostenido que los permisos locales pueden ser asignados si así lo dispuso la ley por las autoridades locales, pues entran como se ha visto en la competencia genérica del Intendente conforme al artículo 274.

La otra consecuencia importante es que los permisos no están comprendidos en el artículo 51 de la Constitución como sí lo están las concesiones.

(38) CASSINELLI MUÑOZ, H. Las materias departamental y municipal (Art. 262, incisos respectivos), en *Reforma Constitucional 1997*, Universidad Católica del Uruguay – Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político (Serie Congresos y Conferencias N° 16), Montevideo, 1997, pp. 124 y ss.; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(39) MARTINS, D.H. El Gobierno y la Administración de los Departamentos, Ingranasi Ltda., 1999, Montevideo, p. 100; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

Ante esto CASSINELLI MUÑOZ sostuvo que los precios de los servicios públicos a cargo de las empresas concesionarias requieren la homologación del Estado o del Gobierno Departamental respecto según corresponda pero ello no es necesario con relación a los precios de los permisarios. Claro está que nada impide que el Derecho positivo o al otorgarse el permiso se imponga tal homologación (40).

Estima además que esa interpretación no es incoherente, pues al tener los permisarios derechos debilitados posee el Estado potestades de control más intensas que le habilitan en principio a la revocación del permiso (41) (42).

Tal interpretación resulta plenamente compartible respecto a los permisos nacionales. Pero no lo es con relación a los departamentales pues el numeral 4° del artículo 275 asigna competencia a los Intendentes para homologar las tarifas de los servicios públicos a cargo no solamente de concesionarios sino también de permisarios.

En virtud de esta última disposición, estimo que en caso de servicios públicos departamentales a cargo de permisarios, aunque no comprendidos en el artículo 51 como bien lo ha advertido CASSINELLI MUÑOZ, corresponde también la homologación por parte del Intendente.

3. La concesión según su objeto

Según su objeto, la concesión puede conferir el derecho al uso de un bien o al ejercicio de una determinada actividad.

La concesión de uso de un bien del dominio público es la más conocida. Basta pensar en las concesiones de uso de un espacio de una plaza para instalar un quiosco de venta de diarios o revistas o de una playa para alquilar sombrillas (43).

Pero también la advertimos en bienes privados del Estado de la más variada importancia, que puede abarcar desde la concesión de uso de un

(40) CASSINELLI MUÑOZ, H. *Derecho Público...*, pp. 341 y ss.; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(41) CASSINELLI MUÑOZ, H. *Derecho Público...*, pp. 341 y ss.; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(42) Cosa distinta es lo que sucede con el artículo 65 de la Constitución. Como bien lo ha estimado CASSINELLI MUÑOZ, si bien allí se habla de concesionarios y no de permisarios, nada impide que la ley los incluya pues allí lo que interesa es la actividad en sí más que la posición de la empresa en cuanto a la estabilidad de sus derechos. CASSINELLI MUÑOZ, H. *Derecho Público...*, pp. 342; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(43) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

espacio de una oficina pública para instalar una cantina a la concesión de un espacio de un bien portuario para instalar una terminal de contenedores (44).

Esas concesiones de uso pueden ser, como se ha visto, de un bien dominial o de uno privado del Estado, pueden estar condicionadas a un uso específico o no, y si bien generalmente versan sobre bienes inmuebles nada impide que puedan recaer sobre bienes muebles o incluso inmateriales (45).

Con relación a las actividades, las concesiones más conocidas son las de servicio público. Pero con esto no decimos mucho con la diversidad de criterios existentes respecto al servicio público en el Derecho Comparado (46).

SAYAGUÉS LASO distinguía respecto a la actividad prestacional que es lo que ahora interesa: a) cometidos esenciales; b) servicios públicos; c) servicios sociales; d) actuación estatal en el campo de la actividad privada (47).

Con relación a los cometidos esenciales expresa: «*son aquellos cometidos del estado inherentes a su calidad de tal, que no se conciben sino ejercidos directamente por el mismo: las relaciones exteriores, la defensa nacional, la seguridad en lo interior, la actividad financiera, etc. En los estados modernos no cabe imaginar que tales cometidos puedan estar a cargo de particulares, ni aun en carácter de concesionarios (48)*».

Con este concepto, es obvio que la concesión no resulta posible respecto a los cometidos esenciales. A la misma conclusión llega DELPIAZZO (49).

Respecto a los servicios públicos, SAYAGUÉS LASO los define «*como el conjunto de actividades desarrolladas por entidades estatales o por su mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos, bajo un régimen de derecho público*» (50).

Por tanto, la concesión de servicio público tendría por objeto únicamente esta actividad.

(44) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(45) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(46) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(47) SAYAGUÉS LASO, E. *Tratado de Derecho Administrativo*. 7ª edición puesta al día por Daniel Hugo MARTINS, Clásicos Jurídicos Uruguayos, F.C.U., Montevideo, 1998, t. I, pp. 48 y ss., 66 y ss. Cito en esta oportunidad esta edición en lugar de la primera que he citado anteriormente porque en ésta aparece un cambio terminológico a mi juicio acertado. En efecto, en la primera habla de «servicios esenciales» y en esta de «cometidos esenciales»; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(48) SAYAGUÉS LASO, E. *Tratado...*, 7ª edición..., t. I, p. 49; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(49) DELPIAZZO, C.E., ob. cit., p. 374; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(50) SAYAGUÉS LASO, *Tratado...*, 7ª edición, t. I, pp. 56 y ss.; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

BRITO define la concesión de servicio público como «*un negocio jurídico complejo, regulado predominantemente por el Derecho público, y por el cual una administración pública encarga a una persona (física o jurídica, pública o privada) la prestación temporal de s.p., transmitiéndole ciertos poderes jurídicos, cumpliéndose la prestación del servicio por cuenta y riesgo del concesionario, y mediante una remuneración a éste normalmente resultante de prestaciones a cargo de los usuarios, y bajo el contralor de la administración concedente*» (51).

Su visión parece ser coincidente con la de SAYAGUÉS LASO, dado su concepto de servicio público (52).

En el servicio público asistimos a un cambio de naturaleza de la actividad.

Las otras actividades, tanto las que SAYAGUÉS LASO denomina servicios sociales y actuación estatal en el campo de la actividad privada, son de naturaleza privada, que el Derecho ha cometido al Estado para ser ejercidas, algunas necesariamente en régimen de libre competencia con los particulares como la enseñanza por ejemplo y otras el legislador puede optar entre la libre competencia o el monopolio.

En todos estos casos la concesión es posible.

En virtud de que todas estas últimas actividades tienen en común el hecho de ser de naturaleza privada es que DELPIAZZO las ha clasificado conjuntamente bajo el nombre de servicios de libre prestación (53).

Todas estas concesiones de actividades, sea las de servicio público, de servicios sociales o de actividades privadas a cargo del Estado pueden admitir diversas modalidades (54).

Algunas, como el correo se efectúan en libre concurrencia total, entre la Administración Nacional de Correos y los permisarios privados.

Otros excluyen la concurrencia en la zona. Es lo que ocurre en materia de energía eléctrica. Efectuada una concesión, ni la U.T.E. puede actuar.

En casinos se admite la concurrencia entre los casinos del Estado y los concedidos y de éstos entre sí. No obstante, en el caso del CONRAD el Estado

(51) BRITO, M. Concesión de servicio público, en Estudios de Derecho Administrativo, Cuadernos N° 22, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República, Montevideo, 1968, p. 37; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(52) BRITO, M. Concesión..., loc. cit., pp. 11 y ss.; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(53) DELPIAZZO, C.E., ob. cit., pp. 376 y ss.; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(54) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

se comprometió a no otorgar nuevas concesiones en esa zona, a menos que el nuevo concesionario efectúe una inversión por lo menos igual a la de este casino y pague un canon por lo menos igual. Mientras tanto, el Casino del Hotel CONRAD en su región sólo compite con los del Estado.

En el caso del servicio público de transporte de pasajeros por líneas regulares por rutas nacionales, los concesionarios compiten entre sí pero no con el Estado que no presta directamente este servicio.

La concesión de obra pública es más difícil de encasillar. En nuestro medio SAYAGUÉS LASO la ha definido como «el acto por el cual la administración comete a una persona la construcción de una obra pública y la facultad temporalmente para cobrar determinadas sumas a quienes la utilicen, como medio de financiar el costo de aquélla (55)».

En esta línea se encuentra PRAT (56), VÁZQUEZ (57), DELPIAZZO (58) y DROMI (59).

En esta concepción este contrato conllevaría una concesión de uso de un bien, sobre el cual se efectuará la obra a fin de posibilitarle al concesionario su explotación. En este caso, finalizada la obra la actitud del concesionario será básicamente pasiva, en esencia: a) permitirá el uso de la obra; b) cobrará por ese uso; c) la mantendrá en estado de que pueda ser utilizada.

Pero existe una importantísima corriente doctrinaria que admite que la concesión de obra pública puede conllevar también una concesión de una actividad de la Administración (60).

En esta concepción esta concesión sería mixta ya que tendría por objeto, no solo el uso de un bien sino también el ejercicio de una actividad.

(55) SAYAGUÉS LASO, E. Tratado..., t. II (edición 1959), p. 119; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(56) PRAT, J.A. Derecho Administrativo. Acali Editorial, Montevideo, 1978, t. 3, vol. 2, p. 288; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(57) VÁZQUEZ, C. Modalidad de ejecución de la obra pública, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República, Editorial Universidad LTDA., Montevideo, 1992, p. 95; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(58) DELPIAZZO, C.E., op. cit., pp. 298 y ss.; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(59) DROMI, J.R. Instituciones..., p. 413; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(60) WALINE, M. Précis de Droit Administratif. Édition Montchrestien, París, 1969, vol. I, pp. 395 y ss.; BERTHELEMY, H. Traité Élémentaire de Droit Administratif. Rousseau et Cie. Editeurs, París, 1920, Neuvième édition, pp. 664 y ss.; HAURIUO, M. Précis de Droit Administratif et de Droit Public, Sirey, París, 1921, Dixième édition, pp. 753 y ss.; DE LAUBADÈRE, A. Traité Élémentaire de Droit Administratif, L.G.D.J., París, 1970, vol. III, pp. 280 y ss.; RIVERO, J. Droit Administratif. Dalloz, París, 1974, Sixième édition, p. 107; VEDEL, G., ob. cit., p. 835; BARRA, R.E. *Contrato de Obra Pública*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1984, t. I, pp. 307 y ss.; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

En nuestro Derecho positivo no hay duda que este último criterio es el de recibo ya que el Decreto-Ley N° 15.637, de 28 de setiembre de 1984, por su artículo 3, literal b) admite que un servicio pueda ser objeto de la concesión de obra pública (61).

Como ejemplo de este tipo de concesiones mixtas citamos la terminal de autobuses de Tres Cruces y la licitación para el saneamiento y suministro de agua potable para el Departamento de Maldonado en régimen de concesión de obra pública.

O sea, en nuestro país, la concesión de obra pública puede ser una modalidad de una concesión de uso de un bien o una concesión mixta que puede tener por objeto el uso de un bien así como el ejercicio de una actividad. Y esta actividad, puede ser un servicio público, un servicio social o de las llamadas actividades privadas a cargo de la Administración (62).

Como se ha dicho, la concesión según su objeto puede ser de uso de un bien, de actividades o incluso mixtas, comprendiendo el uso de un bien y el ejercicio de una actividad.

Las concesiones de obras públicas pueden ser ejemplo de concesiones mixtas ya que pueden conceder el uso de un bien, así como la explotación de ese bien, lo que puede implicar la prestación de un servicio (63). También como se ha dicho referiré únicamente a la concesión de actividades, lo que puede incluir las mixtas en lo que refiere a la actividad, pero omitiré toda consideración a lo relativo al uso de bienes (64).

Existen límites impuestos por el derecho positivo y otros que derivan de la naturaleza de la actividad, sin que exista una referencia explícita del derecho positivo (65).

Referiré en primer término a los límites impuestos por el derecho positivo y luego a los que derivan de la naturaleza de la actividad (66).

(61) DURÁN MARTÍNEZ, A. «Concesión de obra pública: potestades del concesionario con relación a los usuarios», en DURÁN MARTÍNEZ, A. *Casos de Derecho Administrativo*, vol. I, INGRANUSI LTDA., Montevideo, 1999; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(62) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(63) DURÁN MARTÍNEZ, A., *Casos de Derecho Administrativo*. Universidad Católica del Uruguay. Ingranusi Ltda. Montevideo, 1999, vol. I, pp. 18 y ss.

(64) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Límites a la concesión de actividades públicas*, op. cit., pp. 71-107.

(65) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Límites a la concesión de actividades públicas*, op. cit., pp. 71-107.

(66) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Límites a la concesión de actividades públicas*, op. cit., pp. 71-107.

El primer límite de derecho positivo que deseo comentar es el impuesto por el artículo 47 de la Constitución, en la redacción dada por la reforma constitucional de 2004 (67).

La parte agregada en esta enmienda configura una de las peores de nuestra Constitución. Está mal redactada desde el punto de vista gramatical y desde el punto de vista técnico jurídico, lo que provoca serias dificultades interpretativas. Contiene además soluciones muy negativas; tan negativas que no se ha consumado el perjuicio en toda su magnitud porque nadie, hasta ahora, se ha animado a aplicar este artículo hasta sus últimas consecuencias (68).

Los aspectos positivos del nuevo texto son irrelevantes puesto que, ni aun en ese momento, se dudaba que el derecho al acceso al agua potable, al saneamiento y al desarrollo sostenible en materia de agua fuesen derechos humanos. No se necesita que lo diga la Constitución pues sin agua no hay vida, por lo que el derecho al acceso al agua potable forma parte del derecho a la vida. No se necesita que lo diga una Constitución para considerar al derecho al saneamiento como un derecho humano, porque el derecho al saneamiento forma parte del derecho a vivir, que, integra el derecho a la vida. No se necesita que lo diga la Constitución para considerar el derecho al desarrollo sostenible en materia hídrica, y no solo en materia hídrica, sino en toda materia, que es un derecho humano, porque la actual generación tiene el derecho y el deber de conservar y crear las condiciones para que las generaciones futuras se desarrollen adecuadamente.

Esos aspectos positivos, aunque innecesarios, se incorporaron para suavizar el verdadero objetivo de la reforma: impedir las concesiones en los servicios públicos de suministro de agua potable y saneamiento.

Con relación a nuestro tema, de la reforma constitucional de 2004 interesa el numeral 3 agregado al artículo 47 y el inciso final agregado al artículo 188.

Luego de considerar por el numeral 2, todas las aguas superficiales, así como las subterráneas, con excepción de las pluviales, integradas en el ciclo hidrológico, como parte del dominio público estatal (69), por el numeral 3, sin mencionarlos, trata el tema de las concesiones.

(67) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Límites a la concesión de actividades públicas*, op. cit., pp. 71-107.

(68) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Límites a la concesión de actividades públicas*, op. cit., pp. 71-107.

(69) Con acierto GUERRA DANERI observó que la defensa del agua «es la cantidad y calidad y por tanto refiere a su uso y manejo y no a su dominio». GUERRA DANERI, E., *Los derechos al agua en la actividad agraria*. F.C.U. Montevideo, 2004, p. 258; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Límites a la concesión de actividades públicas*, op. cit., pp. 71-107.

Este numeral 3 establece: «El servicio público de saneamiento y el servicio público de abastecimiento de agua para consumo humano serán prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales».

La Constitución no define el servicio público de saneamiento. No obstante, se ha entendido que refiere al efectuado a través de la red cloacal pública. Tampoco define al servicio público de abastecimiento de agua para consumo humano. Se ha entendido que refiere al abastecimiento de agua potable por redes, sin comprender la venta de agua embotellada (70).

El giro empleado por la Carta, en cuanto a que estos servicios públicos son prestados en forma exclusiva por personas jurídicas estatales, veda toda posibilidad de que se efectúe una concesión a favor de personas públicas no estatales y en personas privadas no estatales; pero no impide que se efectúe una concesión a favor de personas privadas estatales. Pero la inclusión del término *directamente* veda todo tipo de concesión, ya que la concesión implica una prestación indirecta del servicio por parte de su titular. De manera que nuestra Constitución ahora impide todo tipo de concesión respecto a los servicios públicos de saneamiento y abastecimiento de agua para consumo humano. Ni siquiera es posible a favor de otra persona pública estatal, con lo que se desperdicia una de las posibilidades más interesantes previstas en el inciso quinto del artículo 262 en la redacción dada por la reforma constitucional de 1997 (71).

Esto se refuerza con el inciso agregado al artículo 188.

El artículo 188 de la Constitución refiere a las sociedades de economía mixta. Sus dos primeros incisos regulan las sociedades de economía mixta de derecho público, son personas jurídicas públicas estatales que reciben capital privado. Los incisos tercero y cuarto refieren a las sociedades de economía mixta de derecho privado. Regulan la hipótesis inversa, es decir, sociedades privadas, no estatales, que reciben capital estatal (72).

El inciso final añadido en la enmienda de 2004 dice así: «Las disposiciones de este artículo no serán aplicables a los servicios públicos de agua potable y saneamiento».

De manera que, ni siquiera una persona pública estatal que reciba aporte de capitales privados, puede prestar esos servicios públicos.

(70) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Límites a la concesión de actividades públicas*, op. cit., pp. 71-107.

(71) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Límites a la concesión de actividades públicas*, op. cit., pp. 71-107.

(72) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Límites a la concesión de actividades públicas*, op. cit., pp. 71-107.

Queda claro que esta enmienda solo sirve para satisfacer los intereses corporativos de sus impulsores en desmedro del interés general. Fue una reforma impulsada por el sindicato de funcionarios de OSE y hecha a su medida.

Esta reforma sirvió para que no se otorguen nuevas concesiones, para facilitar la rescisión de una concesión existentes en el Departamento de Maldonado, que era lo que quería el concesionario, y para extinguir un emprendimiento privado de abastecimiento de agua potable en una localidad del Departamento de Canelones que, con éxito, se venía efectuando desde hacía varios años, sin que el Estado lo haya sustituido con la misma eficacia. En este último caso, la reforma solo sirvió para perjudicar, no solo al emprendimiento indicado, sino a los usuarios del servicio.

Las consecuencias de esta enmienda nefasta ya la estamos viviendo. Algunos de nuestros balnearios de renombre internacional, han visto sus playas convertidas en una verdadera cloaca y Montevideo está teniendo problemas con la calidad del agua potable que circula por la red pública, cosa que no ocurría antes (73).

Por cierto que estos problemas no son ocasionados por la enmienda constitucional, pero ella dificulta sensiblemente su solución al impedir el empleo de un instrumento jurídico tradicional que, bien utilizado, sería muy útil (74).

Si estos problemas no se pueden solucionar a través de la prestación directa del Estado, como impone la Constitución, teniendo en cuenta que en tiempos del neoconstitucionalismo, como en el que vivimos, en que todo el derecho se concibe en clave de derechos humanos, es decir, desde la perspectiva del bloque de derechos humanos, se debe cuestionar la legitimidad de este aspecto de la enmienda constitucional de 2004. Es que esos problemas afectan el derecho al desarrollo sostenible por lo que, desde esa perspectiva, esta enmienda no resistiría el llamado control de convencionalidad (75).

4. La concesión según su ámbito territorial

Desde el punto de vista del ámbito territorial conforme al artículo 51 de la Constitución, podemos encontrar concesiones en el ámbito del Estado así como en el ámbito de los Gobiernos Departamentales (76):

(73) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Límites a la concesión de actividades públicas*, op. cit., pp. 71-107.

(74) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Límites a la concesión de actividades públicas*, op. cit., pp. 71-107.

(75) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Límites a la concesión de actividades públicas*, op. cit., pp. 71-107.

(76) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

«Artículo 51

El Estado o los Gobiernos Departamentales, en su caso, condicionarán a su homologación, el establecimiento y la vigencia de las tarifas de servicios públicos a cargo de empresas concesionarias.

Las concesiones a que se refiere este artículo no podrán darse a perpetuidad en ningún caso».

Y dentro de estos últimos, conforme al numeral 8° del artículo 273 de la Constitución, pueden ser departamentales o locales.

Al respecto dispone:

«Artículo 273

La Junta Departamental ejercerá las funciones legislativas y de contralor en el Gobierno Departamental.

Su jurisdicción se extenderá a todo el territorio del departamento.

Además de las que la ley determine, serán atribuciones de las Juntas Departamentales:

8°) Otorgar concesiones para servicios públicos, locales o departamentales, a propuesta del Intendente, y por mayoría absoluta de votos del total de sus componentes».

Esta última distinción se acentúa con la enmienda constitucional de 1997 que con especial énfasis distinguió en la actual redacción del artículo 262 de la Constitución, la materia departamental de la municipal o local (77).

De manera que desde este punto de vista las concesiones pueden ser nacionales, departamentales y locales o municipales.

Con relación a la concesión de uso de bienes, por lo menos desde el punto de vista de nuestra Constitución no hay particularidades que merecen destacarse en cuanto al ámbito territorial.

Pero la cosa cambia respecto a la concesión de servicios públicos.

En efecto, el artículo 273 numeral 8° de la Constitución otorga competencia a la Junta Departamental respectiva —a propuesta del Intendente— para el otorgamiento de concesiones de servicios públicos departamentales o locales; pero no existe ninguna disposición similar a nivel nacional. Por tal razón en su momento entendimos que en estas concesiones, cuando son departamentales o locales es preciso un Decreto de la Junta Departamental a propuesta del Intendente que en cada caso las disponga.

Pero en caso de concesiones nacionales, no es preciso un acto legislativo habilitante.

(77) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

Por tanto, en el ámbito nacional si no existe una ley que expresamente lo prohíba, o implícitamente lo impida la Administración de principio puede otorgarlas siguiendo los procedimientos previstos por las normas generales o especiales si las hubiere (78).

Pero el numeral 8° del artículo 273 aludido plantea una interrogante. La expresión servicio público ¿en que sentido está empleado? ¿En el sentido restringido de SAYAGUÉS LASO o en alguno de los sentidos amplios de la doctrina francesa?

Nuestra Constitución ha empleado la expresión servicio público en diversos sentidos.

Pero a mi juicio en el artículo 6 la expresión servicio público está tomada en el sentido restringido de SAYAGUÉS LASO, pues de lo contrario obstaculizaría los procesos de integración que el propio artículo impone (79).

Por lo tanto, por ejemplo, si el Gobierno Departamental de Montevideo desea conceder el servicio público de transporte colectivo de pasajeros por líneas regulares en vías urbanas, o la explotación del Teatro Solís o el Casino del Parque Hotel o el Hotel Carrasco requiere Decreto de la Junta Departamental a iniciativa del Intendente.

También a mi juicio resulta aplicable este numeral 8° del artículo 273 para las concesiones de obras públicas departamentales o locales y por ende es preciso en cada una de ellas un Decreto Departamental (80).

En las concesiones cuyo objeto principal es la prestación de un servicio además de la construcción de una obra, por lo anteriormente dicho.

Pero también en las demás, pues aún en la definición de SAYAGUÉS LASO, debe admitirse que la construcción de la obra es una actividad o sea un servicio acotado en el tiempo en cuanto a su terminación, pero prolongado luego de ella por lo menos en lo referente a su mantenimiento para su correcta utilización. Esto es distinto al simple uso de un bien aunque conlleve un uso de un bien.

Como no existe una norma similar a nivel nacional la solución no es la misma en este ámbito.

No es preciso así aquí una ley habilitante. El principio entonces es el inverso.

(78) DURÁN MARTÍNEZ, A. ¿Y después qué? A propósito del referéndum contra la ley de empresas públicas, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. X, agosto-septiembre 1993, N° 58, pp. 142 y ss.; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(79) DURÁN MARTÍNEZ, A. Tratado de Asunción y monopolios estatales, en *Revista Uruguaya...*, t. IX, junio-julio 1992, N° 49, p. 12, en especial llamada 12; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(80) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

Existiendo poderes jurídicos amplios para el cumplimiento de los cometidos, mientras no haya una ley que expresamente lo prohíba o implícitamente lo impida, las concesiones en materia de servicios sociales o de actividades privadas a cargo de la Administración o concesiones de obras públicas son de principio posibles (81).

Y esto sin que exista la limitación que estipula el artículo 3 de la ley N° 16.211 pues fue derogado por un referéndum.

A nivel nacional pues, no se puede dar una respuesta general sino que en definitiva en cada caso hay que analizar la competencia orgánica. Pero repito, de existir poderes jurídicos amplios para el cumplimiento de los cometidos, si la concesión no está expresa o implícitamente prohibida, ella es posible.

Las concesiones de servicios públicos departamentales o locales no pueden ser otorgadas por la sola voluntad del Intendente o del Municipio respectivo. Conforme al artículo 273, numeral 8 de la Constitución, su otorgamiento es de competencia de la Junta Departamental. Por tanto, es preciso al respecto un decreto de la Junta Departamental, a propuesta del Intendente, que las otorgue (82).

La Constitución aquí limita las potestades de la Administración departamental o municipal al exigir intervención del órgano legislativo departamental (83).

Este límite no es requerido para los permisos, ya que ellos no están mencionados en el numeral 8° del citado artículo 273. Por tanto, el otorgamiento de los permisos departamentales o locales entra en la competencia genérica del Intendente atribuida por el artículo 274 de la Constitución (84). La autoridad administrativa competente podrá otorgar estos permisos sin intervención legislativa (85).

Tampoco la Constitución exige intervención legislativa para el otorgamiento de concesiones o permisos nacionales. No existe, pues, este límite impuesto por la Constitución, pero nada impide que pueda ser impuesto por ley (86).

(81) DURÁN MARTÍNEZ, A. ¿Y después qué?... loc. cit., pp. 145 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(82) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Límites a la concesión de actividades públicas*, op. cit., pp. 71-107.

(83) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Límites a la concesión de actividades públicas*, op. cit., pp. 71-107.

(84) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Límites a la concesión de actividades públicas*, op. cit., pp. 71-107.

(85) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Límites a la concesión de actividades públicas*, op. cit., pp. 71-107.

(86) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Límites a la concesión de actividades públicas*, op. cit., pp. 71-107.

III. REGULACIÓN LEGISLATIVA DE LA CONCESIÓN DE LA OBRA PÚBLICA EN URUGUAY: DECRETO-LEY N° 15.637 (1984)

Por el Decreto-Ley N° 15.637, de 28 de setiembre de 1984, se aprueban las normas relativas al régimen jurídico de la concesión de la obra pública en Uruguay.

El Poder Ejecutivo *podrá otorgar concesiones para la construcción, conservación y explotación de obras públicas a personas físicas o jurídicas, privadas o públicas, a sociedades de economía mixta, habilitando al concesionario a percibir tarifas de los usuarios de la obra, de conformidad con las disposiciones de la presente ley, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1°.*

Mediando razones de interés público debidamente fundadas, la Autoridad Concedente podrá subvencionar la concesión de obras públicas. En estos casos, las condiciones de otorgamiento de la subvención podrán ser ajustadas cuando la rentabilidad de la concesión resulte superior a la prevista (Artículo 2°).

El artículo 3° dispone que la concesión de obras públicas deberá ajustarse a las siguientes bases:

- A) Se acordará por un plazo determinado.
- B) Los servicios se cumplirán con continuidad, regularidad y eficiencia.
- C) La fijación de las tarifas quedará reservada exclusivamente a la Autoridad Concedente, que podrá hacerlo por iniciativa propia o a propuesta del concesionario si ésta se considerara fundada.
- D) La concesión estará sujeta, en todos los casos, al contralor y fiscalización de la Autoridad Concedente.
- E) Los servicios anexos o complementarios cuya explotación corresponda al concesionario serán establecidos, en cada caso, en forma expresa.
- F) El acto administrativo que otorga la concesión será publicado en el Diario Oficial, así como el contrato respectivo.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 4°, se declara de utilidad pública la expropiación de todos los bienes requeridos para la realización y explotación de las obras comprendidas en la presente ley, incluyendo los accesos y las áreas de servicio necesarias a tales fines.

Dichos bienes también estarán sujetos a servidumbre, en su caso.

El artículo 5° dispone que el concesionario deberá cumplir y hacer cumplir las normas y reglamentaciones sobre conservación, uso y policía de las obras concedidas, en la forma que establezcan las disposiciones aplicables.

El Poder Ejecutivo, de acuerdo al artículo 6°, podrá otorgar a los concesionarios de obras públicas, total o parcialmente, las siguientes franquicias fiscales en la forma, condiciones y plazos que en cada caso se establezca:

A) Exoneración de todo tributo que grave las rentas de la empresa, siempre que provengan de la parte de giro afectada a la concesión.

B) Exoneración del Impuesto al Valor Agregado y de todo impuesto a la circulación de bienes que grave las operaciones, incluidas las importaciones que tengan aplicación directa a la obra o servicio objeto de la concesión.

C) Exoneración de tributos a las importaciones, recargos, Impuesto Aduanero Unico, Tasas Consulares y Tasa de Movilización de Bultos, relacionados con la parte de bienes a incorporar o a utilizar en la obra pública o destinados al cumplimiento del servicio.

D) Exoneración de contribuciones patronales de Seguridad Social, en la parte correspondiente a la mano de obra utilizada en la construcción de la obra o prestación de los servicios.

E) Exoneración del Impuesto al Patrimonio que grave la parte de bienes afectados a la concesión de la obra.

F) Exoneración de tasas y precios portuarios relacionados con la parte de los bienes destinados a ser incorporados o utilizados en la obra pública o en el cumplimiento del servicio.

G) Exoneración de todo tributo, ya sean tasas, impuestos o contribuciones, no enunciados precedentemente.

Finalmente, de acuerdo al artículo 7º, las disposiciones de la presente ley regirán, en lo pertinente, para las concesiones de obras públicas municipales.

IV. LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA EN BIENES PÚBLICOS DEPARTAMENTALES. SU REGULACIÓN EN EL DIGESTO DEPARTAMENTAL DE MONTEVIDEO

La regulación de los contratos de concesión de obra pública y servicios en bienes públicos departamentales está contemplada en el Libro VIII «*De los contratos de la Administración*», del Digesto Departamental de Montevideo.

Por Decreto de la Junta Departamental de Montevideo, de fecha 13 de diciembre de 1993, se faculta a la Intendencia de Montevideo a celebrar contratos de concesión de obra pública departamental (Art. 7º del Decreto-Ley N° 15.637 de 28 de setiembre de 1984) para la realización de obras de construcción, refacción, reacondicionamiento, embellecimiento y mantenimiento de espacios públicos y edificios departamentales, con financiamiento a cargo de particulares y contrapartidas en favor de los mismos. Dichas contrapartidas podrán consistir en la explotación de parte de la obra realizada, según los requisitos que se establecen en el presente Capítulo.

La Intendencia de Montevideo para la celebración de estos contratos procederá a realizar los correspondientes llamados, especificando en las bases cuales son los espacios librados al uso público en los que se propone aplicar este régimen, y estableciendo los lineamientos generales de las obras a realizar y de las contrapartidas a otorgarse.

La Intendencia de Montevideo especificará las cláusulas contractuales que aseguren la adecuada protección del interés público y los mecanismos a utilizar para la supervisión del cumplimiento de lo pactado. La rentabilidad del concesionario deberá guardar relación con las inversiones que realice y asegurar el menor costo para el usuario.

Después de transcurrido el plazo de contrato o en caso de rescisión de éste, la Intendencia pasará a ser titular de pleno derecho sin compensación alguna, de todas las mejoras e instalaciones muebles e inmuebles que haya efectuado el contratista para la explotación y/o conservación de las obras o servicios contratados.

Para la selección de la propuesta más conveniente se tomarán en cuenta:

- a) las características constructivas y urbanísticas de la obra propuesta así como su relevancia para el mejoramiento del espacio librado al uso público o edificio de que se trata;
- b) el monto de la inversión a realizarse y su rentabilidad;
- c) las características, valor estimado y duración de las contrapartidas solicitadas por el proponente, así como su compatibilidad con el destino público del espacio de que se trata;
- d) las garantías ofrecidas por el proponente para el cumplimiento exacto de sus prestaciones, en aquellas obras o actividades de ejecución continuada. A los efectos de la selección, las propuestas deberán ser analizadas previo informe del órgano local respectivo o quien haga sus veces, por una Comisión Interdisciplinaria que informe detalladamente de los extremos anteriores;
- e) el plazo no podrá exceder los veinte años.

Los pliegos preverán explícitamente la facultad para la Administración de usar los institutos de mejora de ofertas y de negociaciones, cuando ello se considere conveniente para los intereses de la misma según en las normas vigentes al respecto.

La celebración del contrato, así como las excepciones a disposiciones vigentes de naturaleza legislativa de la Intendencia, que sean necesarias para el otorgamiento de las contrapartidas, se requerirá previa anuencia del Legislativo Comunal.

El control y la fiscalización de las obligaciones contraídas por el concesionario, será de cargo del Departamento respectivo y de la Junta Local correspondiente.

V. CONCLUSIONES

La concesión como contrato es aquella en que la prestación esencial está a cargo de la Administración, obligándose esta a permitir el uso de un bien del dominio público o la gestión de un servicio público, mientras que el concesionario (persona física o jurídica) se obliga a utilizarlo en su beneficio, en un plazo determinado y bajo ciertas condiciones, de acuerdo al interés público (87).

La Administración confiere a un tercero (persona física o jurídica) la construcción y explotación de una obra pública y lo faculta temporalmente a cobrar determinadas sumas a quienes utilizan la obra pública (Decreto-Ley N° 15.637).

La concesión de obra pública es una modalidad de ejecución de las obras públicas en la cual la Administración comete a una persona la realización de una obra pública facultándola para que durante un cierto tiempo, cobre determinadas sumas a quienes la utilicen, como medio de financiar su costo (88).

De acuerdo al artículo 1 del *Decreto ley N° 15.637*, el Poder Ejecutivo puede otorgar concesiones para la construcción, conservación y explotación de obras públicas a personas físicas o jurídicas, privadas o públicas, a sociedades de economía mixta, habilitando al concesionario a percibir tarifas de los usuarios de la obra, de conformidad con las disposiciones de la presente ley.

Podemos clasificar las concesiones en función de: a) su forma; b) la estabilidad de los derechos concedidos; c) su objeto; d) su ámbito territorial (89). En consecuencia, los límites a las concesiones también varían según sus distintos tipos.

La concesión de obra pública fue definida por SAYAGUÉS LASO como «*el acto por el cual la administración comete a una persona la construcción de una obra pública y la faculta temporalmente para cobrar determinadas sumas a*

(87) MANUAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – AGENCIA REGULADORA DE COMPRAS ESTATALES. Link: <https://www.comprasestatales.gub.uy/ManualesDeUsuarios/manual-procedimiento-compras/Concesiones.html>. Fecha de consulta: 16/5/22.

(88) MANUAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – AGENCIA REGULADORA DE COMPRAS ESTATALES. Link: <https://www.comprasestatales.gub.uy/ManualesDeUsuarios/manual-procedimiento-compras/Concesiones.html>. Fecha de consulta: 16/5/22.

(89) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

quienes la utilicen, como medio de financiar el costo de aquélla (90), línea en la cual, también se encuentran PRAT (91), VÁZQUEZ (92), DELPIAZZO (93) y DROMI (94).

En esta concepción este contrato conllevaría una concesión de uso de un bien, sobre el cual se efectuará la obra a fin de posibilitarle al concesionario su explotación. En este caso, finalizada la obra la actitud del concesionario será básicamente pasiva, en esencia: a) permitirá el uso de la obra; b) cobrará por ese uso; c) la mantendrá en estado de que pueda ser utilizada.

Pero existe una importantísima corriente doctrinaria que admite que la concesión de obra pública puede conllevar también una concesión de una actividad de la Administración (95). En esta concepción esta concesión sería mixta ya que tendría por objeto, no solo el uso de un bien sino también el ejercicio de una actividad.

En nuestro Derecho positivo no hay duda que este último criterio es el de recibo ya que el Decreto-Ley N° 15.637, de 28 de setiembre de 1984, por su artículo 3, literal b) admite que un servicio pueda ser objeto de la concesión de obra pública (96).

Como ejemplo de este tipo de concesiones mixtas citamos la terminal de autobuses de Tres Cruces y la licitación para el saneamiento y suministro de

(90) SAYAGUÉS LASO, E. *Tratado...*, t. II (edición 1959), p. 119; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(91) PRAT, J.A. *Derecho Administrativo*. Acali Editorial, Montevideo, 1978, t. 3, vol. 2, p. 288; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(92) VÁZQUEZ, C. *Modalidad de ejecución de la obra pública*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República, Editorial Universidad LTDA., Montevideo, 1992, p. 95; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(93) DELPIAZZO, C.E., op. cit., pp. 298 y ss.; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(94) DROMI, J.R. «Instituciones...», p. 413; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(95) WALINE, M. *Précis de Droit Administratif*. Édition Montchrestien, París, 1969, vol. I, pp. 395 y ss.; BERTHELEMY, H. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Rousseau et Cie. Editeurs, París, 1920, Neuvième édition, pp. 664 y ss.; HAURIUO, M. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Sirey, París, 1921, Dixième édition, pp. 753 y ss.; DE LAUBADÈRE, A. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, L.G.D.J., París, 1970, vol. III, pp. 280 y ss.; RIVERO, J. *Droit Administratif*. Dalloz, París, 1974, Sixième édition, p. 107; VEDEL, G., op. cit., p. 835; BARRA, R.E. *Contrato de Obra Pública*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1984, t. I, pp. 307 y ss.; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(96) DURÁN MARTÍNEZ, A. *Concesión de obra pública: potestades del concesionario con relación a los usuarios*, en DURÁN MARTÍNEZ, A. *Casos de Derecho Administrativo*, vol. I, INGRANUSI LTDA., Montevideo, 1999; en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

agua potable para el Departamento de Maldonado en régimen de concesión de obra pública.

O sea, en nuestro país, la concesión de obra pública puede ser una modalidad de una concesión de uso de un bien o una concesión mixta que puede tener por objeto el uso de un bien así como el ejercicio de una actividad. Y esta actividad, puede ser un servicio público, un servicio social o de las llamadas actividades privadas a cargo de la Administración (97).

Como se ha dicho, la concesión según su objeto puede ser de uso de un bien, de actividades o incluso mixtas, comprendiendo el uso de un bien y el ejercicio de una actividad.

Desde el punto de vista del ámbito territorial conforme al artículo 51 de la Constitución, podemos encontrar concesiones en el ámbito del Estado así como en el ámbito de los Gobiernos Departamentales (98):

«Artículo 51

El Estado o los Gobiernos Departamentales, en su caso, condicionarán a su homologación, el establecimiento y la vigencia de las tarifas de servicios públicos a cargo de empresas concesionarias.

Las concesiones a que se refiere este artículo no podrán darse a perpetuidad en ningún caso».

Y dentro de estos últimos, conforme al numeral 8° del artículo 273 de la Constitución, pueden ser departamentales o locales.

Al respecto dispone:

«Artículo 273

La Junta Departamental ejercerá las funciones legislativas y de contralor en el Gobierno Departamental.

Su jurisdicción se extenderá a todo el territorio del departamento.

Además de las que la ley determine, serán atribuciones de las Juntas Departamentales:

8°) Otorgar concesiones para servicios públicos, locales o departamentales, a propuesta del Intendente, y por mayoría absoluta de votos del total de sus componentes».

Esta última distinción se acentúa con la enmienda constitucional de 1997 que con especial énfasis distinguió en la actual redacción del artículo 262 de la Constitución, la materia departamental de la municipal o local (99).

(97) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(98) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

(99) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La concesión: concepto, tipos y perspectivas*, op. cit., pp. 7-23.

De manera que desde este punto de vista las concesiones pueden ser nacionales, departamentales y locales o municipales.

Con relación a la concesión de uso de bienes, por lo menos desde el punto de vista de nuestra Constitución no hay particularidades que merecen destacarse en cuanto al ámbito territorial.

Pero la cosa cambia respecto a la concesión de servicios públicos.

Por el Decreto-Ley N° 15.637, de 28 de setiembre de 1984, se aprueban las normas relativas al régimen jurídico de la concesión de la obra pública en Uruguay.

El Poder Ejecutivo podrá otorgar concesiones para la construcción, conservación y explotación de obras públicas a personas físicas o jurídicas, privadas o públicas, a sociedades de economía mixta, habilitando al concesionario a percibir tarifas de los usuarios de la obra, de conformidad con las disposiciones de la presente ley, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1°.

La regulación de los contratos de concesión de obra pública y servicios en bienes públicos departamentales está contemplada en el Libro VIII «*De los contratos de la Administración*», del Digesto Departamental de Montevideo.

LAS CONCESIONES DEL DOMINIO PÚBLICO MINERO EN VENEZUELA

VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE

Director del Centro de Estudios de Regulación Económica en la
Universidad Monteávila (CERECO-UMA)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LAS CONCESIONES EN LA LEY DE MINAS DE 1945: 1. La actividad de exploración: A) La habilitación legal. B) La habilitación administrativa de permiso. C) La habilitación administrativa de concesión. 2. El permiso de exploración. 3. La actividad de explotación: A) La explotación por el dueño del suelo. B) La explotación por terceros. 4. La naturaleza jurídica de la concesión. 5. La concesión de la explotación. 6. El principio de unidad de la concesión. 7. Las personas que pueden obtener concesiones: A) El denunciante. B) El descubridor. 8. La negociación de la concesión. 9. La oposición a la concesión. 10. El régimen de la concesión. 11. El libre aprovechamiento de los minerales. 12. La reserva al Estado de la actividad minera y la concesión de zonas reservadas.– III. LAS CONCESIONES EN LA LEY DE MINAS DE 1999: 1. El marco general de los derechos mineros. 2. La reserva al Estado de la actividad minera. 3. Las concesiones de exploración y explotación mineras. 4. El procedimiento administrativo para las concesiones. 5. Los derechos otorgados por la concesión de exploración. 6. La realización de otras actividades durante la exploración. 7. La concesión de la explotación. 8. La pequeña minería. 9. Las mancomunidades mineras. 10 La minería artesanal. 11. Las actividades conexas o auxiliares de la minería: A) El uso de sustancias explosivas. B) La circulación y transporte de minerales. C) El comercio de minerales. D) El almacenamiento de minerales. E) El transporte y uso de combustibles. 12. La extinción de los derechos mineros. 13. Los bienes utilizados en la actividad minera. 14. Las zonas libres.– IV. LA REGULACIÓN DE LAS ACTIVIDADES MINERO AURÍFERAS: 1. Las auténticas razones de la reforma del régimen de exploración y explotación de la actividad minera del oro. 2. La regulación de las actividades minero auríferas: A) La gestión directa o preeminente por el Estado. B) La extinción anticipada de los títulos jurídicos habilitantes y la obligación de transferencia forzosa de bienes. C) La obligación de asociarse con el Estado en una empresa mixta. D) Los principios que rigen la gestión de las empresas mixtas. 3. El régimen transitorio en la actividad minera aurífera.– V. LOS ASPECTOS DE LA REGULACIÓN AURÍFERA QUE INTRODUCE LA REFORMA DE 2014: 1. Las alianzas estratégicas. 2. Las brigadas mineras. 3. Los aspectos colaterales de la reforma de 2014.– VI. LA REGULACIÓN DEL SECTOR CARBONÍFERO QUE SURGE DE LA APLICACIÓN DEL DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA QUE RESERVA AL ESTADO LAS ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL ORO Y DEMÁS MINERALES ESTRATÉGICOS: 1. La nueva calificación del mineral del carbón. 2. La reserva en las actividades primarias de exploración y explotación del carbón. 3. Los actores en la exploración y explotación del carbón. 4. La prohibición de garantizar la existencia de recursos mineros. 5. El régimen de las empresas mixtas para el aprovechamiento del carbón. 6. La transferencia de derechos y aportes al capital

social de la empresa mixta. 7. Las restricciones a las personas jurídicas que constituyen empresas mixtas para el aprovechamiento del carbón. 8. La intervención estatal en la regulación y planificación del aprovechamiento del carbón. 9. El cumplimiento de la regulación ambiental y de participación de comunidades indígenas. 10. El área asignada y el tiempo para el desarrollo de la actividad carbonífera. 11. La situación de los operadores mineros frente a minerales distintos al carbón. 12. El impacto del nuevo régimen del carbón sobre los derechos mineros creados bajo el régimen anterior.– VII. CONSIDERACIONES FINALES.– VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El presente trabajo constituye un estudio sobre el tránsito del régimen jurídico tradicional de las concesiones del dominio público minero, que constituyeron un estímulo a la inversión privada (fomento de participación privada), hacía una reforma del régimen jurídico del sector, derivaba de los recientes decretos del Ejecutivo Nacional que declararon al oro y al carbón como minerales estratégicos (reducción de la participación privada) y de las posibles consecuencias que se pueden deducir tanto para el Estado como para los operadores mineros, por este nuevo régimen jurídico sobre los derechos mineros adquiridos, con anterioridad a su entrada en vigor.

Palabras claves: concesiones; minerales; estratégicos; regulación; derechos adquiridos.

ABSTRACT: *This paper studies the change from the traditional legal regulations of the mining public domain concessions, that constituted a stimulus to the private investment (promotion of private participation), to the reform of its juridical dispositions, derived from the recent decrees from the National Executive that declared the gold and coal a strategic mineral (reduction of private participation) and the possible consequences that can be deduced as much for the State as for the mining operators, in case it is decided to apply this new legal regime over the already acquired mining rights, prior to its entry into force.*

Key words: concession; strategic; minerals; regulation; acquired rights.

I. INTRODUCCIÓN (1)

Los recursos naturales renovables o no y en especial los recursos minerales son propiedad del Estado, razón por la que su intervención resulta necesaria en la medida que se ha entendido que tales recursos no pueden ser explotados por una sola persona o grupo de personas, de manera exclusiva y para su único beneficio, sino que tal actividad debe realizarse con fines de utilidad pública, permitiendo así el aprovechamiento y satisfacción de los intereses generales, lo que ha llevado al Estado a establecer los títulos de intervención tanto sobre la titularidad de las minas, como sobre la actividad minera.

(1) Abreviaturas utilizadas: Art., artículo; DL, Decreto-Ley; DT, Disposición Transitoria; GO, Gaceta Oficial.

En la actualidad, la regulación de la actividad minera se encuentra conformada por el conjunto de principios y reglas jurídicas, económicas, técnicas y ambientales propias de dicha actividad, que rigen la titularidad de las minas, las relaciones que se establecen entre el Estado y los propietarios de los inmuebles donde se encuentran las minas, cuando este no es tal propietario, las modalidades de exploración y explotación, tanto directamente por el Estado como por terceros, así como las relaciones que pueden surgir entre estos, con sujeción a las condiciones que permitan el aprovechamiento económico eficiente y el desarrollo sostenible de la actividad.

Es así como se puede afirmar sin duda alguna, que el régimen de las minas se encuentra integrado por un componente jurídico, uno económico, el técnico y otro ambiental que se complementan para originar una regulación capaz de garantizar la eficiencia económica, la satisfacción del interés general y la sostenibilidad de la actividad empresarial.

Dichas circunstancias justificaron la modificación de un ordenamiento jurídico que estuvo sin mayores cambios desde la primera mitad del siglo XX y que ha sido objeto de una importante reforma hacia comienzos del siglo XXI, a la que la doctrina científica no le ha dedicado el tiempo de reflexión necesario.

Es por ello que se va a analizar cuál ha sido el desarrollo de la actividad minera en los tiempos recientes, que ha transitado de un régimen jurídico cuya construcción se inició hace más de siglo y medio, contando con un nivel de evolución que quedó plasmado en la Ley de Minas y el Reglamento de la Ley de Minas (GO N° 121, 18/1/1945), así como en la expedición del Decreto N° 2039, mediante el cual se estableció la denominada «reserva residual», de las actividades de exploración y explotación de todos los minerales en el territorio nacional, que no hubieren sido reservados previamente (GO N° 31.175, 15/2/1977).

Ese modelo de regulación fue sustituido por el Decreto con rango y fuerza de Ley de Minas (GO N° 5.382, 28/9/1999), dictado de manera concomitante al debate llevado a cabo en el proceso constituyente, que condujo a la expedición de la Constitución de 1999 (GO N° 5.453, 24/3/2000) y al posterior Reglamento de la Ley de Minas (GO N° 37.155, 9/3/2001), que han venido a transformar el régimen de propiedad de las minas, de su administración, así como de los títulos habilitantes para la exploración, la explotación y la comercialización.

Esto llevará a efectuar un análisis de la transformación de la regulación minera, con la finalidad de estudiar cuál es su grado de incidencia en la posibilidad de otorgar concesiones a los particulares en este sector económico, así como de las limitaciones que se pueden establecer al ejercicio de la iniciativa privada.

Para una mayor claridad en la exposición, se dividirá el presente estudio en los siguientes aspectos a saber: las concesiones en la Ley de Minas de

1945 (II); las concesiones en la Ley de Minas de 1999 (III); la regulación de las actividades minero auríferas (IV); los aspectos de la regulación aurífera que introduce la reforma de 2014 (V); la regulación del sector carbonífero que surge de la aplicación del Decreto con rango, valor y fuerza de ley orgánica que reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del oro y demás minerales estratégicos (VI); y, las consideraciones finales (VII).

II. LAS CONCESIONES EN LA LEY DE MINAS DE 1945 (2)

La Ley comenzaba por establecer que todas las minas, criaderos, depósitos y yacimientos minerales ubicados en el territorio de la República se consideraban de utilidad pública (art. 1), declaración que va a ser la causa justificante para la constitución de los derechos de servidumbres, las ocupaciones temporales, para la imposición y exigencia de obligaciones o incluso para la expropiación de cualquier clase de bienes. Las actividades que comprendían la minería eran la exploración y la explotación, que serán analizadas por separado.

1. La actividad de exploración

La exploración consiste en la actividad de investigación, examen, reconocimiento y estudio técnico que realizaban las personas nacionales o extranjeras, para descubrir la existencia de minerales en la superficie de la tierra (suelo) o debajo de ella (subsuelo), con independencia que se tratase de terrenos privados, baldíos o ejidos, no arrendados u ocupados con plantaciones, construcciones o fundaciones.

En virtud del predominio del sistema regalista, esta actividad de exploración es previa y necesaria a la explotación y aprovechamiento de los minerales.

La exploración que ha sido clasificada como la «exploración libre», que tenía como fundamento directo la ley y la «exploración exclusiva» que se podía realizar a partir de la obtención de una habilitación administrativa, como un permiso o una concesión. Esto hace necesario analizarlos por separado.

A) La habilitación legal

La actividad de exploración ha sido calificada en la doctrina científica como una actividad de «exploración libre», cuando se producía en determinadas circunstancias previstas en la ley.

(2) Salvo que expresamente se señale de otro modo, todas las referencias normativas de este epígrafe se refieren a la Ley de Minas de 1945.

Respecto a la realización de la actividad de exploración como una actividad libre, se había sostenido que su justificación se encontraba en el derecho inherente de toda persona a la libertad, este derecho «según nuestra legislación es libre, lo único libre que existen en punto a minería» (3), pero se advierte que debe tener restricciones, para que pueda ser ejercitado, pues de lo contrario desaparecería, si se reconociese a una sola persona la libertad de explorar por tiempo ilimitado y en todo el territorio nacional (4).

No obstante, se ha considerado que siendo esta tesis válida en otros ordenamientos jurídicos, resultaba discutible en el nacional, pues existiendo aquí el sistema regalista, no se podía hablar de un derecho que sería patrimonio de todas las personas (5).

En este orden de ideas, se sostenía que «el Estado tiene máximo interés en el descubrimiento de sus minas, lo que unido a la declaratoria de utilidad pública que afecta a todas las fases de la industria minera, compele al Estado a proclamar la libertad de explorar. Pero esta libertad no puede considerarse como un derecho inherente a las personas: lejos de encontrar su fundamento en la personalidad humana, hay que basarlo en dos conceptos objetivos: la utilidad pública de la industria minera y el paso inicial que para ella representa la exploración. Y no se crea que se trata de una mera especulación teórica; las consecuencias prácticas de una y otra tesis divergen por completo, llegando al punto de hacerse inconciliables» (6).

Sin duda que establecido el régimen de la titularidad estatal de las minas, no cabía duda alguna que siempre se requeriría una habilitación jurídica del Estado, para realizar cualquier actividad respecto a ellas.

Lo que subyacía bajo el epígrafe de «exploración libre» o «libertad de exploración» era una habilitación del Estado por vía legal, para que las personas que se encontrasen en el supuesto contemplado en la norma pudiesen realizar la actividad de exploración para buscar y descubrir minerales en terrenos baldíos o ejidos, que no se encontrasen arrendados u ocupados con plantaciones, construcciones o fundaciones y de haberse encontrado pudiesen efectuar el denuncia, que constituye una condición indispensable para efectuar la explotación.

Dado que las minas son propiedad del Estado, lo que hizo el legislador fue reconocer que el ejercicio de la libertad de empresa reconocido en la Constitución, para realizar la actividad de exploración respecto a tales bienes, se podía ejercer con las restricciones inherentes a la misma establecidas en las leyes.

(3) J. R. AYALA (1945: p. 217).

(4) J. R. AYALA (1945: pp. 224-225).

(5) L. GONZÁLEZ BERTI (1962: p. 277).

(6) G. GONZÁLEZ (1947: p. 44).

El Estado tenía interés en el desarrollo de la actividad de exploración, por lo que fomentaba la iniciativa privada y creaba las condiciones jurídicas para su ejercicio, con sujeción a las restricciones que imponía la ley.

Es así que mientras la actividad de exploración minera, por regla general no se encontraba sujeta a control previo, sino posterior, no sucedía lo mismo con la actividad de explotación, que pasaba por el denuncia previo y el otorgamiento obligatorio de la concesión.

Para realizar la actividad de exploración, en principio, no se requería otra formalidad que dar aviso escrito de manera simultánea, al Ministerio de Minas e Hidrocarburos y a la Primera Autoridad Civil del municipio, para que ésta ejerciese el control de policía de seguridad que le correspondía (art. 119).

La exploración la podía realizar cualquier persona sobre terrenos baldíos o ejidos no arrendados u ocupados por plantaciones, construcciones o fundaciones (art. 119) y tanto por las personas propietarias u ocupantes del suelo, como por los terceros que obtuvieron los permisos escritos de estos, en el caso de terrenos de propiedad particular y en los terrenos baldíos o ejidos arrendados u ocupados por plantaciones, construcciones o fundaciones (art. 120).

B) La habilitación administrativa de permiso

La actividad de exploración que se calificaba como «exclusiva» era aquella que conforme a la ley, atribuía a través de un acto administrativo un derecho concreto, individual a explorar en terrenos determinados y durante un tiempo preestablecido, en favor de la persona solicitante (7).

Al analizar las razones que justifican el permiso de exploración exclusiva, la doctrina científica había sostenido que «como de la libertad de explorar se sigue que quienes quisieran podrían hacerlo, aún en una misma zona; y aquél tendría derecho al descubrimiento que primero denunciara, lo que produciría la natural competencia entre los diversos exploradores, y es proclive a la multiplicidad de los litigios y aún a las vías de hecho, por lo que la ley provee el modo de asegurar el derecho a uno solo, mediante el procedimiento de los *permisos exclusivos de exploración*. Así el interesado en la exploración de una zona, puede ocurrir a la obtención del permiso, para hallarse libre de la competencia de otros exploradores y de las zozobras consiguientes al libre ejercicio de explorar» (8).

Es así como se considera que al otorgarse «a un particular la autorización exclusiva para la exploración, se está estableciendo una excepción a la proclamada libertad de exploración; pero en último término, es una limitación

(7) L. GONZÁLEZ BERTI (1962: p. 302).

(8) J. R. AYALA (1945: p. 224).

necesaria y que va a beneficiar precisamente a los particulares, porque asegura efectivamente la actuación del derecho a explotar, mediante el lleno de determinados requisitos establecidos por la ley» (9).

La Ley reconocía la posibilidad de que realizasen la exploración los terceros, que sin tener permisos escritos de los propietarios privados de los terrenos, hubiesen obtenido permiso administrativo de exploración exclusiva, siempre que se hubiese llevado a cabo el procedimiento de ocupación temporal, conforme a la Ley de expropiación por causa de utilidad pública o social, en cuyo caso, el beneficiario debía otorgar fianza suficiente, para responder a las indemnizaciones que fueren procedentes (arts. 120 y 122).

En este caso, la autoridad administrativa competente para otorgar el permiso de exploración exclusiva era el Ministerio de Minas e Hidrocarburos y tal habilitación administrativa la podían solicitar las personas que tuviesen capacidad para adquirir concesiones, en virtud que una vez obtenido el permiso, luego se podía efectuar el denuncia con el objeto de lograr una concesión de explotación (art. 116).

C) La habilitación administrativa de concesión

Los otros supuestos que requerían de habilitación administrativa para realizar la exploración, eran el caso de la preexistencia de una concesión otorgada en virtud de denuncia, pues sólo podían hacer exploración los concesionarios o denunciados o quienes hubiesen obtenido el permiso escrito de estos; y en el caso de la exploración en las zonas reservadas, debía obtenerse una concesión de exploración (art. 174, párrafo 1).

2. El permiso de exploración

El legislador establecía que las personas que tuviesen capacidad para adquirir concesiones podían obtener permisos, para la exploración exclusiva de los minerales mencionados en la ley, siempre que concurriesen los siguientes presupuestos (art. 116):

1. El permiso no vulnerase derechos adquiridos con anterioridad.
2. Las zonas no comprendiesen una extensión mayor de dos mil hectáreas.
3. La solicitud determinase con toda claridad la situación, linderos y extensión de terreno, objeto del permiso y la duración de éste.
4. Los permisos de exploración exclusiva no se otorgasen por más de dos años y más de cinco permisos por solicitante.

(9) L. GONZÁLEZ BERTI (1962: p. 304).

La persona que hubiese obtenido el permiso de exploración exclusiva era la única que podía, con exclusión de otras, hacer denuncios en la zona otorgada en exclusividad y durante el lapso del permiso (art. 118).

3. La actividad de explotación

La explotación, consistía en la actividad técnica de extracción que podían realizar las personas nacionales o extranjeras para obtener provecho, beneficio o disposición económica, de los recursos minerales que se encontrasen en un yacimiento.

Esta actividad de explotación minera en unos casos no se encontraba sujeta a control previo, como sucedía con el libre aprovechamiento, la explotación por barrancos, el derecho acordado al descubridor que no requería necesariamente transformarse en concesión y el derecho de explotación al propietario del suelo, de ciertas sustancias; y en otros casos, se halla condicionada en su ejercicio, al control previo de la autoridad que debía otorgar la habilitación administrativa de concesión, que conforme a las disposiciones legales, transfería un derecho real inmobiliario, de carácter pleno durante su vigencia y en el espacio determinado, que además puede ser objeto de negocios jurídicos (10).

A) La explotación por el dueño del suelo

El legislador admitía la posibilidad que las piedras de construcción y de adorno o de cualquiera otra especie, que no fuesen preciosas, el mármol, el pórfido, el caolín, la magnesita, las arenas, las pizarras, las arcillas, las calizas, el yeso, las puzolanas, las turbas, las sustancias terrosas y el guano, que pertenecían al propietario del suelo podían ser explotadas por él, sin más formalidades especiales (art. 7), aunque siempre existía la posibilidad de supervisión de las autoridades competentes.

B) La explotación por terceros

En caso de encontrarse en terrenos baldíos los minerales enumerados en el subepígrafe precedente, el Ejecutivo Nacional podía otorgar contratos de concesión para su explotación, por un período no superior a 20 años, que podían ser prorrogados por un período igual (art. 8). El título de concesión minera otorgada sobre minerales ubicados en terrenos baldíos, daba al con-

(10) L. GONZÁLEZ BERTI (1962: pp. 318-319).

cesionario el uso del suelo que le correspondía, sin perjuicio de los derechos de terceros durante el tiempo que dure la concesión (art. 19).

La explotación podía ser efectuada directamente por el Ejecutivo Nacional, sin perjuicio que se admitiese que todos los minerales podían ser objeto de denuncia y dados en concesión (art. 2, párrafo 1), lo implica otorgar el derecho a la explotación, mediante concesión obligatoria o facultativa (art. 2, párrafos 2 y 13).

Conforme a la Ley, las concesiones obligatorias, también denominadas forzosas, eran aquellas en que los particulares que efectuaban el denuncia y cumplían los requisitos previstos en la misma tenían derecho a obtener la concesión, para la explotación de las minas y el Estado tenía la obligación de otorgarlas; en tanto que las concesiones facultativas o discrecionales eran aquellas que se producían respecto a la explotación de minerales que el Estado no se encontraba obligado a otorgar, por no estar sometidas al régimen de denuncia.

4. La naturaleza jurídica de la concesión

Históricamente ha existido el debate sobre la naturaleza jurídica de la concesión y como no podía ser de otra manera, ello se ha trasladado a las concesiones mineras, de allí el interés en precisar cuál es la situación que estas ostentaban en el derecho venezolano.

Lo primero que se debe decir, es que la concesión es una especie del género habilitaciones administrativas y las concesiones mineras son una subespecie de la especie concesión.

Sin embargo, este aserto no permite determinar su auténtica naturaleza jurídica, más si se tiene en cuenta que ni la doctrina científica, ni los ordenamientos jurídicos brindan un trato uniforme a esta institución.

Aunque en ordenamientos jurídicos distinto del venezolano se reconoce la naturaleza unilateral de la concesión, en la realidad local, la doctrina científica es conteste en aceptar que el ordenamiento jurídico le atribuye carácter contractual a las concesiones mineras, en concreto, de los tradicionalmente denominados contratos administrativos y que en la actualidad, se consideran como una especie de los contratos públicos.

Entre quienes le han concedido naturaleza administrativa al contrato minero de concesión se pronuncia Ayala, en virtud de lo que concluye que debe ser solemne (11).

(11) J. R. AYALA (1945: p. 310).

Por su parte, GONZÁLEZ MIRANDA cuando analizaba los arts. 26 y 204 de la legislación, al referirse a las concesiones mineras sostenía que «... estas disposiciones son las que, aunque no de manera expresa como era de desearse, establecen el carácter contractual de la concesión, lo que vale decir, que esta no puede ser modificada ni administrativamente por el Ejecutivo ni legislativamente por el Congreso, este carácter contractual de las concesiones de minas es, sin duda alguna, una de las mejores características de nuestra legislación minera» (12).

En este mismo orden de ideas, GONZÁLEZ sostiene que «... entre las diversas teorías expuestas nos pronunciamos decididamente por la última (o sea considerar la concesión como contrato administrativo) que es también, como lo veremos al estudiar el sistema legal venezolano, la tesis sustentada por el legislador venezolano» y agrega al respecto que «somos partidarios de considerar a las concesiones mineras como contratos de tal especie, por estimar que este concepto se compadece mejor con el sistema de la explotación por particulares y la clasificación de utilidad pública de que se halla investida» (13).

Por su parte, MONSALVE CASADO al definir la concesión minera no duda en calificarla de contrato administrativo, mediante el cual el Ejecutivo Federal le otorga a un particular, previo cumplimiento de los requisitos legales, los derechos temporales de explotación sobre una mina, conforme a la ley (14).

Cabe destacar que GONZÁLEZ Berti sostiene que la concesión minera es un verdadero contrato, un acto bilateral y aunque el Estado tiene una posición privilegiada, no puede incurrir en arbitrariedad para violar las normas pre-establecidas en la Ley que generan en el concesionario verdaderos derechos frente a aquel, por lo que además rechaza categóricamente su consideración como acto administrativo unilateral (15).

En razón de ello advierte que se trata de contratos administrativos que gozan de las siguientes características: Es un contrato sinalagmático, solemne, aleatorio, a título oneroso, de adhesión y de derecho público.

5. La concesión de la explotación

Las concesiones se adquirirían por el otorgamiento obligatorio del Ejecutivo Nacional, en los casos que se había producido denuncia efectuado por el interesado conforme a la ley (arts. 2, 21, 33, 43 y 134) o por el otorgamiento potestativo del Ejecutivo Nacional (arts. 3, 4, 7, 8 y 174).

(12) R. GONZÁLEZ MIRANDA (1938: p. 42).

(13) G. GONZÁLEZ (1947: p. 35).

(14) E. MONSALVE CASADO (1947: p. 175).

(15) L. GONZÁLEZ BERTI (1962: pp. 182-185).

El derecho que se derivaba del título administrativo de la concesión, durante toda su vigencia tenía la plenitud que le otorgaba la ley y el concesionario podía disponerla, enajenarla o traspasarla a cualquier persona, de conformidad con la misma ley (arts. 14 y 15). Se trataba de un derecho real inmueble, que podía ser arrendado, subarrendado o hipotecado (arts. 105-107).

En el caso que existiesen minerales en terrenos de propiedad privada, este derecho de concesión comprendía sólo el subsuelo de dicha propiedad (art. 17).

El título de la concesión sobre terrenos baldíos daba al concesionario el uso del suelo que le correspondía, sin perjuicio de los derechos de terceros, durante el tiempo de vigencia de la concesión (art. 19).

El título de la concesión que se otorgaba como consecuencia de un denuncia daba derecho a explotar todos los minerales denunciados que se encontrasen en ella, sin otro requisito que la participación de la nueva explotación al Ministerio de Minas e Hidrocarburos (art. 21).

Se consideraba implícita en todo título minero, la condición de que las dudas y controversias de cualquier naturaleza que pudiesen suscitarse con motivo de la concesión y que no pudiesen ser resueltas amigablemente por las partes, serían decididas por los tribunales de la República, sin que en ningún caso pudiesen dar origen a reclamaciones extranjeras (art. 26).

La concesión debía ponerse en explotación una vez publicado el título habilitante en la GO, dentro de los cinco años siguientes cuando se hubiese otorgado para la explotación de veta o manto y dentro de los tres años cuando se hubiese otorgado para la explotación de aluvión y una vez iniciada la explotación no podía suspenderse por más de dos años en el primer supuesto y por más de un año en el segundo supuesto, salvo caso de fuerza mayor comprobada.

La concesión se consideraba en explotación, cuando se estaban extrayendo de los yacimientos los minerales a los que se refiere la Ley o realizándose los trabajos necesarios para lograr su extracción, mediante las obras que fueren apropiadas para ello, siempre que trabajasen por lo menos cinco obreros por día (art. 24) (16).

(16) La Corte Suprema de Justicia en Sala Política Administrativa, en sentencia de 7 de noviembre de 1962, al pronunciarse sobre la resolución del Ministerio de Minas e Hidrocarburos que declaró la caducidad de las concesiones mineras, expresó lo siguiente: «Con base en los principios que anteceden, estima la Corte que el concepto de *explotación* en derecho minero no debe apartarse, en forma alguna, de la doble acepción en que dicho concepto ha de comprenderse, esto es, la de acción o efecto de explotar en el sentido de extraer racionalmente de las minas, la riqueza que contienen, y la de sacar de ellas la mayor

6. El principio de unidad de la concesión

La persona que obtenía una concesión tenía derecho a explotar no sólo el mineral para el cual fue otorgada la concesión, sino todos aquellos otros minerales que se encontrasen dentro del ámbito geográfico donde se explotaba la concesión.

La doctrina científica deduce el principio de la unidad de la concesión, de la interpretación conjunta de los arts. 21 y 22 de la Ley de Minas, cuya aplicación exige la concurrencia de los siguientes supuestos (17):

1. Que se tratase de una concesión obtenida por denuncia.
2. Que el yacimiento se presentase bajo la forma de veta o manto.

utilidad o provecho. De esta manera, no puede admitirse incondicionalmente la interpretación que a la norma analizada da la actora cuando señala, que los límites que establece la Ley de Minas, tanto para la extracción de mineral como para los trabajos tendientes a ella, se reducen a una inalterable unidad de medida: la actividad que puedan desarrollar por lo menos cinco obreros por día».

En efecto esta medida determinada en la citada norma legal no puede, en ningún caso, ser de aplicación taxativa a toda concesión independientemente del volumen de mineral que en ella exista. Porque el objetivo económico perseguido por el legislador al regular la explotación minera, no pudo ser otro que el de procurar a la Nación el mayor beneficio a través del mayor volumen de explotación, sin dar base para que las minas concedidas permanezcan inactivas o con una extracción de mineral tan insignificante, en proporción a su reserva, que mantenga improductiva una riqueza necesaria para la evolución económica del Estado.

A este respecto, acoge la Corte el criterio sostenido por el Procurador cuando afirma, que el concepto de explotación que se contiene en el Art. 24 de la Ley de Minas, se encuentra desarrollado en el Art. 120 del Reglamento de dicha Ley, que establece: «Las concesiones deben trabajarse en conformidad con los principios económicos, de suerte que la explotación minera se efectúe eficientemente, con el mayor rendimiento y hasta la total extracción del mineral, si fuere posible».

Concordando esta disposición con la citada del Art. 24 de la Ley de Minas, fácil es deducir que esta última viene a constituir un *minimum* en la explotación minera, aplicable a una concesión de características tales que, la sola actividad que puedan desarrollar cinco obreros por día, sean suficientes para lograr que la explotación de esa mina sea conforme con los principios económicos, sea eficiente, produzca el mayor rendimiento y logre la total extracción del mineral, si fuere posible, tal como lo prevé el Art. 120 del Reglamento.

Más es claro que, en el caso de una concesión en la que por su volumen ese mínimo de obreros por día no logre las condiciones de efectividad y rendimiento a que aspira la citada norma reglamentaria, no puede aplicarse como medida definitivamente fija y determinada, aquella disposición legal. Los principios económicos que deben regir la explotación para lograr una mayor eficiencia y rendimiento hasta lograr la total extracción del mineral, no pueden estar sometidos a una medida mínima uniforme para todas las concesiones; ellos tienen que estar necesariamente proporcionados al volumen de riqueza susceptible de ser explotada. Tal es, en síntesis, lo que se desprende del análisis conjunto de las citadas disposiciones de la Ley y del Reglamento que rigen la explotación minera».

(17) J. R. DUQUE SÁNCHEZ (1967: p. 104).

3. Que se tratase de minerales distintos de los concesionados, pero también denunciabiles.
4. Que se notificase de la nueva explotación que se realizaría, al Ministerio de Minas e Hidrocarburos.

Es importante destacar que el principio de unidad de la concesión tenía su justificación en la necesidad de evitar conflictos entre distintos concesionarios que tienen intereses distintos y que podían afectar el racional y eficiente aprovechamiento de los minerales.

Este principio presentaba dos excepciones: La primera, si la concesión versaba sobre minerales de aluvión (superficiales), el derecho de explotación que otorgaba la concesión no se proyectaba sobre los yacimientos que se encontrasen en la veta o manto (subterráneas). El concesionario únicamente tenía un derecho preferente a que se le otorgase la nueva concesión, conforme a lo establecido en el Art. 139 de la Ley de Minas.

La segunda, se producía en los casos de concesión en zonas reservadas, en virtud de que en estas el Ejecutivo Nacional no tenía obligación de otorgar la concesión, por lo que el otorgamiento previo de una concesión para la explotación de un mineral determinado, no suponía que existía interés del Estado en otorgarla para la explotación de otros (art. 199). En este caso, el concesionario igualmente poseía un derecho preferente a que se le otorgase la concesión, en caso que sea solicitada por un tercero y el Ejecutivo Nacional, considerase pertinente otorgarla.

7. Las personas que pueden obtener concesiones

Toda persona, nacional o extranjera tenía la posibilidad de obtener el otorgamiento de concesiones mineras en la República, salvo lo establecido en la Ley (art. 27).

Se encontraban temporalmente inhabilitados para adquirir concesiones mineras en todo o en parte, por denuncia o por contrato con el Ejecutivo Nacional, o por cesión o traspaso, los funcionarios públicos que ostentasen los cargos públicos mencionados en la ley (art. 28) y tampoco podían adquirir por ningún título, concesiones mineras en el territorio nacional, los gobiernos, estados extranjeros o empresas que dependiesen de ellos (art. 29).

La contravención de la prohibición del Art. 28 de la Ley, producía la nulidad de la concesión minera solamente o la de su traspaso de efectuarse a persona inhábil (art. 30); en tanto que la contravención a la prohibición del Art. 29 de la Ley (art. 29), producía de pleno derecho la nulidad del título, si el vicio se encontrare en el origen o su caducidad, si el hecho fuere posterior a su otorgamiento (art. 31).

A) El denunciante

El denunciante era aquella persona que cumpliendo con las formalidades legales, realizaba el denuncia que consistía en la notificación o comunicación a la autoridad competente, efectuada respecto al hecho de haber encontrado minerales en un yacimiento, con la intención de obtener el título habilitante de concesión para su explotación (art. 33) (18).

Además debe advertirse, que quien realizaba el denuncia inicialmente tenía la opción preferente para obtener la concesión, en virtud del tradicional principio, primero en el tiempo, primero en el derecho.

La doctrina científica había identificado como características del denuncia las siguientes (19):

- a) Constituía una declaración solemne de voluntad, conforme a las formalidades previstas en la Ley.
- b) Se debía efectuar ante la autoridad competente, es decir, el registrador.
- c) Debía realizarse sobre zonas determinadas y también sobre minerales determinados.
- d) Creaba el derecho en el denunciante que se le otorgase la concesión y la obligación del Estado de otorgarla.

B) El descubridor

El descubridor era la persona que encontraba un mineral no registrado, como consecuencia de la realización de una exploración previa o producto de la mera casualidad y tenía derecho a obtener el 1% del valor del mineral que se extrajese en ejecución de las concesiones, en un radio de quinientos metros medidos desde un punto indubitable y fijo, donde se hubiese practicado la excavación que permita identificar el sitio del hallazgo, por un período de 10 años (art. 32).

La doctrina científica ha caracterizado la figura del descubridor, con los siguientes elementos (art. 32):

- a) El descubrimiento se efectuaba sobre terrenos libres, en los cuales no estuviese vigente ningún permiso de exploración exclusiva y siempre

(18) La doctrina científica ha reconocido que una doble acepción del vocablo «denuncia», una como manifestación de voluntad del interesado en obtener una concesión para explotar un mineral que ha encontrado; y la otra, como el procedimiento administrativo que se inicia con tal manifestación y que finaliza con el título administrativo de concesión minera. J. R. AYALA (1945: pp. 261-262); L. GONZÁLEZ BERTI (1962: p. 341).

(19) L. GONZÁLEZ BERTI (1962: pp. 345-346).

que no se pretendiese obtener una concesión sobre ellos, por lo que debía efectuarse una declaración jurada ante el juez de la respectiva circunscripción (art. 132).

- b) El descubrimiento únicamente podía concretarse sobre los minerales a que se refería el Art. 2 de la Ley de Minas.
- c) El descubrimiento únicamente daba derecho a obtener la renta prede-terminada en la Ley.
- d) El descubridor tenía derecho a ser reconocido como tal por el Estado, que este le expidiese el título correspondiente; y por los terceros, que no podían desconocer dicho título.
- e) Este derecho era considerado como un derecho personalísimo.
- f) Se trataba de un derecho de reconocimiento obligatorio.
- g) Era necesario que existiese el mineral, para que el descubridor pudiese exigir su derecho.
- h) Constituía un derecho que tenía límites temporales, espaciales y de cantidad.

8. La negociación de la concesión

El derecho de explotación de los minerales se adquiría a través de la concesión, otorgada conforme a las disposiciones contenidas en los arts. 4, 8, 11, 13 y 33 de la Ley de Minas.

Se había establecido el principio de la disposición del título habilitante, con la advertencia que el reconocimiento de tal negocio jurídico quedaba sujeto al cumplimiento de la participación o notificación, que debía realizar tanto el cedente como adquirente de la concesión, al Ministerio de Minas e Hidrocarburos (art. 15).

No obstante, se requería la autorización previa del Ejecutivo Nacional para el traspaso, cuando se fuese a efectuar a una persona titular de concesiones anteriores.

En principio, los traspasos o cesiones debían realizarse sobre la totalidad de la concesión y no de manera parcial, en virtud de lo cual, los traspasos parciales no surtirían efectos respecto al Ejecutivo Nacional, salvo que versasen sobre el derecho proindiviso de los cotitulares.

Una vez autorizado el traspaso, el cesionario asumía los derechos y obligaciones del cedente y era solidariamente responsable del cumplimiento de las obligaciones que se derivaban de la concesión.

9. La oposición a la concesión

Se establecieron supuestos de oposición al otorgamiento de la concesión, en los siguientes casos (art. 10):

1. Cuando se alegase la propiedad particular sobre las tierras, respecto a las cuales se solicitaba la concesión.
2. Se tratase de ocupantes de terrenos baldíos, que pudiesen hacer valer la preferencia que les daba la ley.
3. Que fuesen personas que tenían legalmente otorgada la concesión, sobre los terrenos objeto de la solicitud.

10. El régimen de la concesión

Otorgada la concesión, la explotación debía iniciarse en los plazos legalmente establecidos, pues en caso contrario se podía incurrir en alguno de los supuestos de extinción.

Los denuncios caducaban en los casos taxativos previstos en la ley (art. 53) y los derechos derivados de la concesión se extinguían de pleno derecho por el vencimiento del término (art. 54) y esta también podía ser declarada caduca (arts. 55 y 56), mediante resolución del Ministerio de Minas e Hidrocarburos (art. 151). Igualmente podían extinguirse por renuncia del concesionario o por declaración de nulidad.

Tanto las concesiones que habían sido declaradas caducas (arts. 51 y 56), las que habían sido renunciadas (arts. 59, 60 y 159) y aquellas cuyo término de duración había expirado (art. 54), quedaban libres y podían concederse de nuevo (art. 58).

El concesionario que no debía impuestos y cuyo título fuese originado por denuncia tenía derecho a la renovación de la concesión por una vez y por un término igual al de la concesión primitiva (art. 43). No obstante, si requería de un plazo menor para la explotación total de los minerales, se podía acordar en lugar de la renovación, una prórroga, que en ningún caso sería inferior a la quinta parte del período por el cual se otorgó la concesión.

La renovación o prórroga debía efectuarla el concesionario, mediante solicitud escrita con seis meses de anticipación (art. 149).

11. El libre aprovechamiento de los minerales

Anteriormente se ha expresado que siendo las minas propiedad del Estado, el aprovechamiento de los minerales que yacen en ellas por personas distintas de sus titulares requería de una habilitación jurídica, que podía ser legal o administrativa.

Es el caso que en el doctrinalmente denominado «libre aprovechamiento» la habilitación jurídica la otorgaba la Ley, cuando permitía o más bien toleraba la explotación de los yacimientos de determinados minerales libremente, siempre que se realizase bajo las condiciones contempladas en la misma Ley.

Al respecto el legislador había establecido dos modalidades de libre aprovechamiento: Una, en los minerales de aluvión en cualquier clase de yacimientos, ubicados en terrenos baldíos o en los cauces de los ríos del dominio público, que no fuesen objeto de concesión, que podían ser explotados libremente, con la única condición que se hiciese por lavado de batea u otros procedimientos primitivos (art. 44); y la otra, donde también podía realizarse el libremente aprovechamiento era la explotación por barrancos, en un espacio de diez metros cuadrados de lado y de profundidad indefinida (art. 46), pero nunca se realizarían en zonas reservadas (art. 200).

Tal como se puede apreciar, debían concurrir varias circunstancias para el libre aprovechamiento de los minerales:

1. Que se tratase de minerales en aluvión, que son de escasa riqueza.
2. Que se encontrasen en terrenos baldíos o en el cauce de los ríos del dominio público, nunca sobre terrenos de propiedad privada.
3. Que no hubiesen sido dados en concesión.
4. Que la explotación se realizase a través de métodos artesanales o primitivos.
5. Que la explotación se realizase por barrancos.

El libre aprovechamiento se realizaría a título precario y siempre que el interés público no exigiese otra cosa (art. 51) y la persona que pretendía dedicarse al libre aprovechamiento debía inscribirse en la Inspectoría Fiscal (art. 24 Reglamento Ley de Minas).

12. La reserva al Estado de la actividad minera y la concesión de zonas reservadas

El Ejecutivo Nacional podía reservarse la exploración y la explotación de todos o algunos de los minerales mencionados en la ley, que se encontrasen en todo el territorio nacional o en determinadas zonas geográficas. Los minerales objeto de la reserva en los territorios o zonas determinadas no podían ser objeto de denuncia (art. 11) y por ende no existía la obligación de otorgar la concesión.

No obstante esta habilitación legal, en ejercicio de la Ley Orgánica que autorizaba al Presidente de la República para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, el Ejecutivo Nacional expidió el Decreto N° 580 (GO N° 30.577, 16/12/1974), por el cual el Estado se reservó por razones de conveniencia nacional, la industria de la explotación mineral a

partir del día 31 de diciembre de 1974, quedando extinguidas las concesiones otorgadas para la explotación de ese mineral (20).

Posteriormente, en ejecución del art. 11 de la Ley de Minas, se dictó el Decreto N° 2039 (GO N° 31.175, 15/2/1977), que reservó la exploración y explotación de todos los minerales regulados por la Ley, que no hubiesen sido reservados previamente (art. 1 Decreto).

Se admitió la posibilidad de otorgar concesiones facultativas por parte del Ejecutivo Nacional (art. 2 Decreto) y se dejaron sin efecto los denuncios que cursaban en el Ministerio de Minas e Hidrocarburos (art. 3 Decreto).

El otorgamiento de las concesiones mineras en zonas reservadas era potestativo del Ejecutivo Nacional y estas se podían clasificar de la siguiente manera (art. 174):

a) Para la exploración de lotes determinados por alinderamientos precisos y eventual explotación de las parcelas, que posteriormente escogiesen y demarcasen para tal efecto, dentro de dicho lote (arts. 175-183).

Esta concesión otorgaba al concesionario y a las personas que les transmitía dicho título por causa de su muerte, el derecho a explorarlas con carácter exclusivo durante un período de dos años y de obtener para la explotación los lotes que seleccionasen, que no podían extenderse a más de la mitad del inmueble, ni superar las quinientas hectáreas, debiendo la autoridad administrativa otorgarle el certificado de explotación, que constituía el medio probatorio del derecho a explotarlas. La superficie que no sea seleccionada por el concesionario pasaba a integrar las reservas nacionales (21).

b) Para la explotación de parcelas o lotes determinados por alinderamientos precisos, establecido en el propio título de concesión, en una superficie que no debía exceder de quinientas hectáreas cada una (arts. 184-187).

c) Para la explotación de las reservas nacionales que quedaba como consecuencia de la ejecución de las concesiones de exploración y subsiguiente explotación (art. 184-187).

El certificado o título que se expedía conferían a los concesionarios, sus herederos o causahabientes, el derecho exclusivo a extraer el mineral conce-

(20) H. BARRIOS DE ACOSTA (1981: pp. 392-405).

(21) J. R. DUQUE SÁNCHEZ (1967: p. 189), define las reservas nacionales, como aquellas que surgen cuando los titulares de una concesión de exploración y subsiguiente explotación, hace uso de su derecho a seleccionar dentro del lote de exploración un número de parcelas que no exceda de la mitad del lote y que se denominarán parcelas de exploración, dejando sin utilizar la otra mitad de las parcelas o lotes de exploración que no son seleccionados y demarcados, que se constituyen en las reservas nacionales. Luego de advertir que no debe confundirse zona reservada con reserva nacional, concluye que «...toda "reserva nacional" es "zona reservada", pero no toda "zona reservada" es "reserva nacional"».

dido, durante los 40 años siguientes a la publicación en la GO, dentro de los límites de la correspondiente parcela de explotación y con arreglo a las disposiciones legales (art. 188).

Las concesiones en zonas reservadas sólo se otorgaban para determinados minerales y por lo tanto, no podía pretenderse que el título de la concesión pudiese utilizarse para explotar otros minerales distintos. No obstante, ello no impedía que el titular de la concesión ejerciese el derecho de solicitar la concesión de otras sustancias diferentes, dentro del perímetro de explotación de su concesión original (art. 199). Tal como se destacó anteriormente, se trataba de una excepción al principio de la unidad de la concesión.

Las concesiones en zonas reservadas únicamente podían traspasarse, cuando mediase el permiso previo del Ejecutivo Nacional (art. 201).

La explotación de libre aprovechamiento quedaba prohibida en zonas reservadas (art. 200).

Las concesiones se extinguían por renuncia presunta (arts. 190 y 191), por caducidad (art. 192), por el vencimiento del término de duración (art. 193), por renuncia expresa (art. 194), lo que debía ser declarado formalmente por el Ministerio de Minas e Hidrocarburos (art. 196).

Una vez extinguidas las concesiones se revertían al Estado (art. 198) y se podían volver a otorgar conforme a la ley (art. 197).

III. LAS CONCESIONES EN LA LEY DE MINAS DE 1999 (22)

A mediados de la década de los ochenta del siglo XX, la Comisión Permanente de Energía y Minas de la Cámara de Diputados del Congreso de la República constituyó una subcomisión especial para elaborar un anteproyecto de reforma de la Ley de Minas (23).

Una década después se introdujo un proyecto de Ley Orgánica de Minas, el día 28 de noviembre de 1996 y luego se presentó un nuevo proyecto de reforma de la Ley de Minas, el día 25 de junio de 1997.

Estos constituyen los antecedentes del cambio del régimen jurídico en la Ley de Minas, que se produce de manera simultánea al debate constituyente que conduciría a la Constitución de 1999, lo que permite encontrar la coherencia entre ambos textos.

Es así como la Ley declaró que «las minas o yacimientos minerales de cualquier clase existentes en el territorio nacional pertenecen a la República, son

(22) Salvo que expresamente se señale de otro modo, todas las referencias normativas de este epígrafe se refieren a la Ley de Minas de 1999.

(23) E. AMORER (1998: pp. 74-75).

bienes del dominio público y, por tanto, inalienables e imprescriptibles» (art. 2) y seguidamente también declara de utilidad pública la materia minera (art. 3).

La intención expresa de la Ley es eliminar algunas de las tradicionales figuras del Derecho Minero en Venezuela, tal como se afirma en el texto de la exposición de motivos de la misma, al señalar que *«el proyecto adopta el sistema dominial que comprende las dos modalidades mencionadas anteriormente, es decir, la explotación directa o explotación mediante concesiones facultativas, en consecuencia, esto provoca la eliminación del sistema regalista y desaparecen por tanto las figuras del denuncia, la exploración libre, la explotación exclusiva y el libre aprovechamiento»*.

Las actividades de exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos minerales, sólo podrán hacerse mediante las siguientes modalidades (art. 7):

- a) Directamente por el Ejecutivo Nacional;
- b) Concesiones de exploración y subsiguiente explotación;
- c) Autorizaciones de explotación para el ejercicio de la pequeña minería;
- d) Mancomunidades mineras; y,
- e) Minería artesanal.

Las modalidades mencionadas serán analizadas inmediatamente, con la finalidad de precisar en cuáles de ellas se admite la participación privada.

1. El marco general de los derechos mineros

Todos los derechos mineros son temporales, se ejercen dentro de los límites geográficos determinados y conforme a los términos de la ley y demás disposiciones aplicables.

En principio, toda persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, domiciliada en el país podrá obtener derechos mineros, para realizar las actividades señaladas en la ley (art. 17).

No obstante, la ley establece dos categorías de inhabilitaciones: Las temporales y las permanentes: En la primera, es decir, de inhabilitados temporalmente para aspirar a obtener los derechos mineros, ni por sí, ni por interpuesta persona, salvo por herencia o legado, se encuentran los miembros del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal (arts. 20 y 21).

En la segunda, de inhabilitados permanentes estarían los gobiernos extranjeros, que no podrán ser titulares de derechos mineros dentro del territorio nacional (art. 22). Cuando se trate de entes que dependan de dichos gobiernos o de empresas en las cuales ellos tengan una participación tal, que en virtud del capital o estatutos, les confiera el control de la empresa, para el otorga-

miento del derecho minero, requerirán de la aprobación previa del Congreso de la República.

2. La reserva al Estado de la actividad minera

Cuando el Ejecutivo Nacional lo considere conveniente al interés público podrá reservarse mediante Decreto, determinadas sustancias minerales y áreas que las contengan, para explorarlas o explotarlas directamente por órgano del Ministerio de Industrias Básicas y Minería, o mediante empresas de la exclusiva propiedad de la República (art. 23).

Al analizar la reserva sobre la actividad minera, la doctrina científica ha señalado que esta implica el «ejercicio exclusivo por el Ejecutivo Nacional» (24), lo que también puede ocurrir con las actividades conexas respecto a determinados minerales, siempre que así convenga al interés público (art. 86).

3. Las concesiones de exploración y explotación mineras

La concesión minera es el acto jurídico unilateral expedido por el Ejecutivo Nacional, mediante el cual se otorgan a su titular los derechos exclusivos a la exploración y explotación y se le imponen obligaciones, para el aprovechamiento de los recursos o sustancias minerales, que se encuentren dentro del ámbito espacial concedido (art. 24).

Las concesiones que otorgue el Ejecutivo Nacional conforme a la ley, serán únicamente de exploración y subsiguiente explotación, su duración no debe exceder de 20 años (25), contados a partir de la fecha de la publicación del Certificado de Explotación en la GO, pudiendo prorrogarse su duración por períodos sucesivos no mayores de 10 años, si así lo solicitase el concesionario cuando se encontrare solvente, dentro de los 3 años anteriores al vencimiento del período inicial y el Ministerio de Industrias Básicas y Minería lo considerase pertinente, debiendo decidir dentro del lapso de 6 meses. En caso de no producirse la notificación oportunamente, se entenderá otorgada la prórroga (presunción de silencio positivo). Esta podrá exceder del período original otorgado (art. 25).

Si el Ejecutivo Nacional estuviese dispuesto a efectuar actividades mineras sobre minerales no otorgados en el ámbito de una concesión podrá hacerlo directamente o mediante las modalidades previstas en la ley (art. 7), sin perjuicio de las actividades del concesionario. De acogerse la modalidad de la

(24) A. R. BREWER-CARÍAS (2007a: pp. 516-517).

(25) El carácter temporal de las concesiones tiene anclaje en el Art. 113 de la Constitución.

concesión, el concesionario original tendrá derecho preferente para obtener la concesión en igualdad de condiciones (art. 27).

El derecho de exploración y de explotación que se deriva de la concesión es un derecho real inmueble y puede ser enajenado, gravado, arrendado, sub-arrendado, traspasado o ser objeto de sub-contrataciones para la explotación, siempre que medie permiso previo otorgado por el Ministerio de Industrias Básicas y Minería, y que se demuestre efectivamente que la negociación cuya autorización se solicita, se hará exclusivamente para el eficiente desarrollo del proyecto de explotación, previamente aprobado por este Ministerio, dentro de los lapsos autorizados para la ejecución del mismo (art. 29).

El Ministerio de Industrias Básicas y Minería no autorizará ninguna de las negociaciones previstas en la Ley, si el concesionario no ha realizado las actividades previas y las inversiones requeridas para la presentación del programa de desarrollo y explotación, el cual deberá consignarse 30 días antes de iniciar la explotación.

Dentro del lapso de 45 días continuos, contados a partir de la recepción de la solicitud, el Ministerio de Industrias Básicas y Minería deberá decidir sobre los permisos solicitados y en caso de no producirse la decisión expresa en el lapso indicado, se considera que opera una presunción de denegación (art. 30).

Todo acto jurídico que tenga por objeto la concesión o que de algún modo la afecte, respetará la indivisibilidad de la misma. Los traspasos parciales no surtirán efecto respecto del Ejecutivo Nacional, pero quedan a salvo de esa excepción, cuando versen sobre el derecho proindiviso de los cotitulares, en cuyo caso los cesionarios responderán solidariamente del pago de la totalidad de los impuestos y del cumplimiento de las demás obligaciones que apareja la concesión (art. 31).

El título de las concesiones de exploración y explotación deberá contener los siguientes señalamientos: duración del período de exploración y de explotación; ubicación, extensión y alinderamiento del área concedida, ventajas especiales convenidas y toda otra circunstancia que defina, de manera precisa, las condiciones de la concesión otorgada (art. 32).

En todo título minero se considera implícita la condición, de que las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la concesión y que no puedan ser resueltas amigablemente por ambas partes, incluido el arbitraje, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras (26).

(26) Arts. 151 de la Constitución y 33 de la Ley de Minas.

4. El procedimiento administrativo para las concesiones

Quien aspire al otorgamiento de una concesión minera debe dirigir una solicitud que cumpla los requisitos legales, al Ministerio de Industrias Básicas y Minería, para que la admita o la rechace. En caso de no haberse cumplido alguno de los requisitos, le notificará al interesado para que subsane la omisión en el plazo indicado y de no producirse la misma, procederá a inadmitir la solicitud (27).

El solicitante deberá acreditar ante el Ministerio de Industrias Básicas y Minería su capacidad técnica, económica y financiera, para explorar y explotar eficientemente el área solicitada en concesión (art. 13 Reglamento).

El Ministerio de Industrias Básicas y Minería admitirá o rechazará la solicitud de concesión y notificará al interesado su decisión dentro de un lapso de 40 días continuos, contados a partir de la obtención de la autorización de ocupación del territorio expedida por el Ministerio del Ambiente (arts. 10 y 12 Reglamento).

Una vez admitida una solicitud de concesión, no se admitirá otra para el mismo mineral y en el mismo lote, salvo que la anterior hubiere sido negada (arts. 40 y 41). Luego de efectuadas las publicaciones, el solicitante dispondrá de un lapso de 5 días continuos siguientes a la última de las publicaciones, para consignar ante el Ministerio de Industrias Básicas y Minería, sendos ejemplares de dichas publicaciones, en caso contrario, se paralizará el procedimiento y quedará sujeto a la perención conforme a la ley (art.14 Reglamento).

Podrán oponerse al otorgamiento de la concesión quienes tengan una concesión otorgada en la misma área; o pudieren resultar invadidos parcialmente en dicha área de otorgarse la concesión solicitada y cualquier otro titular de un derecho minero, que pueda resultar afectado en razón del área y del mineral solicitado (art. 42).

Otorgada la concesión si se han cumplido todos los requisitos establecidos, se expedirá el título de exploración mediante resolución que se publicará y que luego deberá ser protocolizada, en la Oficina Subalterna de Registro de circunscripción de ubicación de la concesión (art. 45).

5. Los derechos otorgados por la concesión de exploración

La concesión de exploración y subsiguiente explotación confiere al concesionario, sus herederos o causahabientes, durante el período exploratorio, el derecho exclusivo de explorar el área concedida y de elegir para su explotación la superficie que determine el estudio de factibilidad técnico, financiero

(27) Arts. 40 y 41 de la Ley de Minas, 10 y 11 del Reglamento.

y ambiental, pero en ningún caso dicha superficie será mayor de la mitad del área concedida para la exploración en parcelas que dentro de ellas seleccionar y no podrán exceder de 513 hectáreas cada una, según el plano general que deberá presentarse al Ministerio de Industrias Básicas y Minería (art. 48).

El período de la exploración tendrá una duración no mayor de 3 años, que se determinará en el Título Minero respectivo, de acuerdo con la naturaleza del mineral de que se trate, el cronograma de actividades y de inversión presentado por el solicitante de la concesión, así como de las demás circunstancias pertinentes pudiendo ser prorrogado por una sola vez y por un lapso no mayor de 1 año (28).

El concesionario debe presentar un estudio de factibilidad técnico, financiero y ambiental de la concesión y cualquier otra información sobre las actividades que para el aprovechamiento del mineral se proponga llevar a cabo, dentro del lapso de exploración contemplado en la Ley.

El estudio de factibilidad técnico, financiero y ambiental que deba presentar el concesionario será realizado de acuerdo con los instructivos elaborados por los Ministerios de Industrias Básicas y Minería; y del Ambiente y se le acompañará el plano de cada unidad parcelaria seleccionada, en coordenadas *Universal Transversal Mercator* (U.T.M.) (art. 24 Reglamento).

En caso que el estudio no sea conformado por el Ministerio de Industrias Básicas y Minería, lo notificará al concesionario por acto debidamente motivado y este dispondrá de hasta 90 días continuos para la presentación de un nuevo estudio (art. 52).

Cuando se admitan los planos y sea conformado el estudio de factibilidad técnico, financiero y ambiental, el Ministerio de Industrias Básicas y Minería otorgará el Certificado de Explotación correspondiente y la Dirección General de Minas expedirá al interesado la planilla de liquidación por concepto de tasa de Ley del Timbre Fiscal, para que se realice el pago y la consignación de la planilla, dentro de los diez 10 días continuos, del lapso de 30 días establecido para la expedición del Certificado de Explotación previsto en la Ley (art. 25 Reglamento).

Antes de iniciar la actividad exploratoria, el concesionario presentará ante el Ministerio de Industrias Básicas y Minería un programa de exploración del área de la concesión, con su respectivo cronograma de ejecución y el plan de inversión para el período a que se refiere la ley (29).

El concesionario puede solicitar la prórroga del período exploratorio, siempre que se haga dentro de los 180 días continuos anteriores al vencimiento

(28) Arts. 49 de la Ley de Minas y 20 del Reglamento.

(29) Arts. 49 de la Ley de Minas y 21 del Reglamento.

de dicho período. A los efectos del otorgamiento de la prórroga del período exploratorio, se oirá la opinión de la Inspectoría Fiscal competente (art. 23).

6. La realización de otras actividades durante la exploración

La autorización para la venta de minerales obtenidos como producto de la exploración deberá ser solicitada ante la máxima autoridad del Ministerio de Industrias Básicas y Minería en la zona respectiva, quien para otorgarla deberá inspeccionar previamente el área y de ello dejará constancia escrita. El mineral extraído para su circulación y comercialización se someterá a las disposiciones correspondientes (30).

Salvo lo dispuesto en la ley, el concesionario no podrá realizar labores de explotación en la fase exploratoria, so pena de las sanciones previstas en la Ley de Minas (31).

7. La concesión de la explotación

Una concesión se considera que está en explotación, cuando se está extrayendo de las minas las sustancias que la integran o haciéndose lo necesario para ello, con ánimo inequívoco de aprovechamiento económico de las mismas y en proporción a la naturaleza de la sustancia y la magnitud del yacimiento (art. 58).

Antes de iniciar la explotación, el concesionario debe acreditar ante el Ministerio de Industrias Básicas y Minería mediante copia certificada, el cumplimiento de las fianzas que garanticen la reparación de los daños ambientales, que puedan causarse con motivo de dicha explotación (art. 59).

El concesionario presentará a satisfacción del Ministerio de Industrias Básicas y Minería antes de iniciar la explotación, fianza de fiel cumplimiento del programa de desarrollo y explotación otorgada por bancos o empresas de seguro de reconocida solvencia, por un monto equivalente al cinco por ciento (5%) de los ingresos estimados de las ventas anuales. Esta fianza será renovada y actualizada cada año. El Ministerio ordenará la ejecución de la fianza en caso de paralización por más de 6 meses de las actividades, sin que haya existido causa justificada (art. 60).

Las parcelas objeto de los derechos mineros deben ponerse en explotación en un lapso máximo de 7 años contados a partir de la fecha de la publicación del respectivo certificado en la GO. La explotación de la concesión no podrá ser

(30) Arts. 57 de la Ley de Minas y 26 del Reglamento.

(31) Arts. 57 y 109 de la Ley de Minas y 27 del Reglamento.

paralizada sino por causa justificada y por un lapso no mayor de 1 año, excepto por caso fortuito o de fuerza mayor que deberán ser comunicados al Ministerio de Industrias Básicas y Minería, que se pronunciará al respecto. Sin embargo, durante el lapso de la paralización, el titular del derecho continuará aquellas actividades y trabajos necesarios para la preservación de los mismos (art. 61).

Si durante la explotación el titular del derecho minero encontrare minerales diferentes a los reconocidos en su título, él estará obligado a comunicarlo de inmediato al Ministerio de Industrias Básicas y Minería, que podrá disponer su explotación conforme a lo establecido en la ley teniendo el concesionario derecho preferente, en caso de que la misma no sea ejercida directamente por el Ejecutivo Nacional.

Cuando el titular de un derecho minero comunicare al Ministerio de Industrias Básicas y Minería el hallazgo de un mineral distinto al otorgado, deberá manifestar en el mismo acto su interés o no en ejercer el derecho de preferencia. El Ministerio de Industrias Básicas y Minería deberá en un lapso de 30 días continuos siguientes a la recepción de dicha comunicación, manifestarle al concesionario si el Ejecutivo Nacional tiene interés o no en la explotación del mineral. En caso de ser afirmativo se procederá conforme a lo establecido en la Ley (art. 28 Reglamento).

En el caso de que el ejercicio de la explotación le correspondiere al concesionario, en virtud de haber ejercido derecho preferencial para ello, bastará que este celebre Convenio con el Ministerio de Industrias Básicas y Minería (art. 62).

Cuando el nuevo mineral encontrado se encuentre asociado con el mineral concedido, de tal manera que el primero no pueda ser extraído sin explotar el segundo, el Ministerio de Industrias Básicas y Minería podrá celebrar con el concesionario un Convenio para el aprovechamiento del nuevo mineral extraído, sin afectar los derechos del concesionario a la explotación del mineral concedido originalmente, atendiendo a los costos que la operación pueda significar y el impacto que pueda tener el aprovechamiento del nuevo mineral en la economía del proyecto (art. 29 Reglamento).

El Convenio se sujetará a los requisitos exigidos para el otorgamiento de concesiones, en cuanto le fueren aplicables y se procurará establecer las condiciones que no deberán ser menos favorables a las establecidas en el título habilitante anterior (art. 30 Reglamento).

En aquellos casos de paralización de la explotación de una concesión por causa justificada —excepto en los supuestos de caso fortuito o de fuerza mayor—, el concesionario deberá continuar realizando los trabajos necesarios para la preservación de la concesión, de no actuar así, el Ministerio de Industrias Básicas y Minería ordenará la ejecución de los trabajos pertinentes y estos serán realizados a costa del concesionario (art. 31 Reglamento).

Cuando se encuentren indicios de que exploraciones iniciadas legalmente se han convertido en explotaciones, o que el concesionario, explote minerales distintos a los contemplados en el Certificado de Explotación, se procederá conforme al procedimiento de fiscalización y control, y si se comprueba la comisión de las irregularidades, se aplicarán las sanciones establecidas en la ley (32).

8. La pequeña minería

Se considera como pequeña minería a la actividad ejercida por personas naturales o jurídicas de nacionalidad venezolana para la explotación de oro y diamante, durante un período que no excederá de 10 años, en áreas geográficas previamente establecidas mediante resolución, por el Ministerio de Industrias Básicas y Minería, cuya superficie no sea mayor de 10 hectáreas y que será explotada por un número no mayor de 30 trabajadores individuales (art. 64).

El derecho de explotación que se deriva del ejercicio de la actividad de la pequeña minería es a título precario, se otorga *intuitu personae* y no confiere derechos reales inmuebles, por lo que no podrá ser enajenado, gravado, arrendado, traspasado ni cedido; salvo su aporte al fondo social constituido para la formación de mancomunidades mineras.

La resolución que autoriza el ejercicio de dicha actividad de explotación podrá ser revocada por el Ejecutivo Nacional, en caso de que se desnaturalice el objeto para el cual fue otorgada (art. 67) o cuando los beneficiarios incurran en actos que conlleven a la degradación del medio ambiente, quedando obligados a reparar íntegramente el daño causado (art. 52 Reglamento).

La pequeña minería sólo se ejercerá bajo la modalidad de autorización de explotación, otorgada por el Ministerio de Industrias Básicas y Minería mediante resolución que se publicará en la GO y que indicará el nombre o denominación social del titular del derecho, tipo de mineral a ser explotado, lapso de vigencia, extensión, ubicación del área y cualquier otro dato que permita la mejor precisión de la autorización otorgada (art. 68).

La autorización de explotación se otorgará sobre los depósitos de minerales que por su naturaleza, dimensión, ubicación y utilidad económica puedan ser explotados, independientemente de los trabajos previos de exploración (art. 69).

Las personas que estén explotando las minas que puedan ser sometidas al régimen de la pequeña minería tienen prioridad para obtener la autorización de

(32) Arts. 109 de la Ley de Minas y Art. 32 del Reglamento.

explotación en aquellas áreas donde se encuentren ejerciendo dichas labores, siempre que no contravengan la normativa ambiental y la de ordenación del territorio, previa constatación de tal circunstancia por el Ministerio de Industrias Básicas y Minería (art. 70).

La persona interesada en obtener la autorización debe efectuar una solicitud al Ministerio de Industrias Básicas y Minería, que debe llenar todos los requisitos legales y este deberá proceder a efectuar la solicitud de ocupación del territorio al Ministerio del Ambiente, para luego efectuar las publicaciones preceptivamente contempladas a los fines de garantizar la posibilidad de ejercer la oposición, a quienes se consideren con mejor derecho (33).

El Ministerio de Industrias Básicas y Minería deberá tomar en cuenta para otorgar la autorización de explotación para el ejercicio de la pequeña minería, los niveles de inversión requerida para el desarrollo de las actividades y la producción esperada de las mismas. Las inversiones se determinan en relación con las maquinarias y equipos; mientras la capacidad de producción estará íntimamente vinculada a lo establecido en el proyecto minero, que deberá ser presentado por los interesados conjuntamente con la solicitud correspondiente (art. 38 Reglamento).

Las personas naturales o jurídicas sólo podrán obtener la autorización de explotación para ejercer la actividad de pequeña minería (art. 39 Reglamento).

Los accionistas de las personas jurídicas titulares de autorizaciones de explotación, para el ejercicio de la actividad de pequeña minería, no podrán formar parte de otras personas jurídicas que aspiren al otorgamiento de las mismas, a menos que se constituyan en mancomunidades mineras (art. 40 Reglamento).

La superficie y duración de la autorización de explotación se adecuarán en función de la capacidad técnica y económica del solicitante (art. 41 Reglamento).

Los beneficiarios de una autorización de explotación deberán mantener identificados los equipos, depósitos de combustible y campamentos de los trabajadores, mediante numeración y siglas en situación y dimensiones que al efecto dicte el Ministerio de Industrias Básicas y Minería. Esta información deberá ser actualizada por el beneficiario de la autorización de explotación, por lo menos, una vez al año (art. 48 Reglamento). También deberán delimitar el área otorgada, con postes o botalones fijos y numerados, de material perdurable, ubicados en los vértices del área, la cual deberá coincidir y estar identificada con las respectivas coordenadas en la resolución de otorgamiento de la autorización (art. 50 Reglamento).

(33) Arts. 71 y 72 de la Ley de Minas.

Se encuentra expresamente prohibido dentro de las áreas sometidas al régimen de pequeña minería, el uso de mercurio como técnica de obtención del concentrado aurífero o de tratamiento del mineral en los frentes de extracción. El uso de mercurio en las plantas de procesamiento, para la separación del oro contenido en el concentrado, sólo se hará cuando se justifique como única técnica accesible a tales fines, siempre con sujeción a la normativa ambiental y sanitaria, relativa al uso y manejo de estas sustancias u otras similares (art. 51 Reglamento).

Las actividades de la pequeña minería se someterán a las normas que establezca el Ministerio de Industrias Básicas y Minería mediante resolución, todo ello con acatamiento a las regulaciones ambientales (art. 53 Reglamento), así como de las condiciones sanitarias y de seguridad industrial, requeridas para el normal desarrollo de las labores de explotación (art. 54 Reglamento).

9. Las mancomunidades mineras

La mancomunidad minera consiste en la agrupación de pequeños mineros en diversas zonas de un mismo yacimiento o de varios de estos, ubicados de tal manera que permita la utilización conjunta de todos o parte de los servicios necesarios para su aprovechamiento, en ejercicio de la actividad minera.

Con el fin de obtener un mejor aprovechamiento de los recursos mineros, facilitar las operaciones técnicas, de mejorar el rendimiento de las explotaciones y proteger los recursos naturales y el ambiente, el Estado propiciará la construcción de mancomunidades mineras (art. 77).

Los titulares de autorizaciones de explotación, interesados en la formación de una mancomunidad deberán hacer la solicitud ante el Ministerio de Industrias Básicas y Minería, así como acompañar el proyecto minero que justifique las ventajas que se deriven de la formación de la mancomunidad minera, con expresión de las condiciones técnicas, económicas y la repercusión social de la misma; proyecto del convenio entre los interesados, del acta constitutiva que regule la forma societaria adoptada y planos del área a desarrollar, quedando subrogada la mancomunidad en los derechos mineros de los integrantes de la misma (art. 78).

Los beneficiarios de autorizaciones de explotación que aspiren la constitución de una mancomunidad minera podrán presentar su solicitud, de conformidad con los requisitos exigidos en la ley y la identificación de la autorización de explotación y además deberán estar solventes con sus obligaciones tributarias y ambientales (34).

(34) Arts. 56 y 57 del Reglamento.

Constituye un requisito insoslayable para solicitar la constitución de una mancomunidad minera, que las autorizaciones de explotación deberán estar en producción comprobable, por lo menos en los últimos 3 meses, antes de la fecha de la solicitud de mancomunidad (art. 58 Reglamento).

Una vez recibida la solicitud de mancomunidad minera, el Ministerio de Industrias Básicas y Minería procederá a su análisis, a fin de comprobar si reúne todos los requisitos exigidos en la ley y de ser el caso procederá a dictar la resolución aprobatoria. En el supuesto de encontrar fallas en la solicitud de mancomunidad minera, se devolverá al interesado para que proceda a subsanarlas, dentro de un lapso de 30 días continuos. Si en este lapso no se hubieren subsanado las fallas o realizado las correcciones, el Ministerio de Industrias Básicas y Minería, mediante acto debidamente motivado declarará rechazada la solicitud y así se notificará al solicitante (arts. 60 y 61 Reglamento).

La resolución que apruebe o niegue la constitución de la mancomunidad minera será remitida para su publicación en la Gaceta Oficial, dentro de los 5 días continuos siguientes al vencimiento del lapso para su expedición. En la resolución aprobatoria se expresarán las particularidades a las cuales deberá sujetarse la mancomunidad minera, de acuerdo a lo establecido en la legislación (arts. 62 y 63 Reglamento).

10. La minería artesanal

La minería artesanal es aquella que se caracteriza por el trabajo personal y directo en la explotación de oro y diamante de aluvión, mediante equipos manuales, simples, portátiles, con técnicas de extracción y procesamiento rudimentarios y que sólo puede ser ejercida por personas naturales de nacionalidad venezolana (art. 82).

El Estado prestará asesoramiento técnico para el ejercicio de la minería artesanal y su desarrollo hacia niveles superiores de la actividad. El Ejecutivo Nacional mediante decreto, señalará las áreas especialmente destinadas para el ejercicio de esta actividad (art. 83).

Las personas que pretenden ejercer la minería artesanal deberán inscribirse en el Registro que a tal efecto deberá llevar la Inspectoría Fiscal competente, e informar a esta, el área donde desean explotar dicha actividad. La Inspectoría Fiscal expedirá al interesado la identificación que le acredite como minero artesanal (art. 65 Reglamento).

El material requerido para la identificación será suministrado por el Ministerio de Industrias Básicas y Minería a la Inspectoría Fiscal correspondiente. Al interesado, debidamente registrado se le abrirá un expediente, indicando: nombre, cédula de identidad, localidad y jurisdicción fiscal de minas que le

corresponda, todo ello, a los fines de controlar la producción y declaración fiscal del mineral producido (art. 66 Reglamento).

La minería artesanal únicamente podrá realizarse con los siguientes instrumentos: equipos manuales, simples, portátiles, no mecánicos y rudimentarios, tales como barras de hierro, picos, palas, palines, bateas, suruca, tobos y cualquier otro que cumpla con las especificaciones de carácter técnico, debidamente establecidas por el Ministerio de Industrias Básicas y Minería, todo ello con acatamiento a la normativa ambiental, sanitaria y demás disposiciones que le sean aplicables (art. 67 Reglamento).

11. Las actividades conexas o auxiliares de la minería

Se consideran actividades conexas o auxiliares de la actividad minera, el almacenamiento, la tenencia, el beneficio, el transporte, la circulación y el comercio de los minerales, que estarán sometidas a la vigilancia, inspección y reglamentación por parte del Ejecutivo Nacional.

Cuando así convenga al interés público, el Ejecutivo Nacional podrá reservarse mediante decreto, cualquiera de dichas actividades con respecto a determinados minerales (art. 86).

En el caso que las actividades conexas o auxiliares de la actividad minera sean prestadas a terceros como actividad lucrativa, estas revestirán el carácter de servicio público (art. 86) y estarán sujetas al pago de las tarifas que establezca el Ministerio de Industrias Básicas y Minería (art. 87).

A) El uso de sustancias explosivas

La persona que pretenda obtener una autorización para el uso de sustancias explosivas en las actividades mineras deberá acompañar a su solicitud, los elementos necesarios para que el Ministerio de Industrias Básicas y Minería pueda informar al organismo competente sobre la conveniencia de la utilización de dichas sustancias, así como de la calidad y cantidad de las mismas. Así mismo, la solicitud deberá acompañarse del plan de explotación anual y el patrón de voladura (art. 68 Reglamento).

En el manejo de sustancias explosivas y sus accesorios, los titulares de derechos mineros deberán cumplir con las Normas Mínimas de Seguridad Industrial, dictadas por la autoridad competente (art. 73 Reglamento).

En las minas subterráneas en que se observe polvo de carbón o en las cuales se sospeche con fundamento la existencia de grisú, sólo se usarán los explosivos de seguridad propios para estas explotaciones (art. 71 Reglamento).

B) La circulación y transporte de minerales

La circulación de los minerales obtenidos de la explotación realizada con sujeción a la Ley deberá llevarse a cabo de la manera siguiente (art. 74 Reglamento):

1. Los minerales deben ser retirados del lugar de explotación, cuando se encuentren acompañados de la Guía de circulación numerada y firmada por el titular del derecho minero o su representante legal, así como visada por el Inspector Fiscal, luego de verificar la existencia del mineral.
2. En los casos de oro, plata, platino y metales asociados a este último, diamante y demás piedras preciosas, se expedirá una Guía de circulación provisional, con el propósito de transportar el mineral hasta el lugar de ubicación de la oficina liquidadora de la región. Luego de pagado el impuesto de explotación y de emitida la solvencia, se expedirá la Guía de circulación definitiva, en el cual se indicarán los datos de la planilla de circulación.
3. La Guía de circulación suministrada por el Ministerio de Industrias Básicas y Minería debe cumplir todos los requisitos contemplados en el Reglamento de la Ley y debe elaborarse por triplicado, correspondiendo un ejemplar al portador o tenedor, uno al Inspector Fiscal y otro al titular del derecho minero.
4. La Guía deberá portarla el transportista y una vez que haga la entrega deberá conservarla el poseedor (art. 75 Reglamento).
5. Si el mineral va a ser objeto de exportación deberá cumplir con la normativa aduanera y tributaria (arts. 76, 81 y 82 Reglamento).
6. Si el mineral va a ser destinado para la manufacturación dentro del país, la Guía será recibida por el industrial y la firmará para remitirla al Ministerio de Industrias Básicas y Minería (art. 77 Reglamento).
7. El tenedor o poseedor de los minerales deberá contar con toda la documentación que acredite su procedencia, a los efectos de dar cumplimiento a lo establecido en la normativa minero ambiental (art. 83 Reglamento).
8. Las personas que circulen mineral en contravención a lo establecido en el Reglamento serán considerados como que han realizado una explotación ilegal y serán castigados conforme a lo establecido en la Ley (art. 84 Reglamento).

C) El comercio de minerales

Las personas que pretendan ejercer el comercio de oro, plata, platino y metales asociados a este último, diamantes y otras piedras preciosas; bien sea

que los compren para revenderlos o exportarlos; para purificarlos, ligarlos o transformarlos de cualquier manera, o para industrializarlos; o también por cuenta de otros, en cualquiera de las formas indicadas deberán cumplir con los requisitos indicados en la ley (art. 85 Reglamento).

En atención a ello, deben inscribirse en el Ministerio de Industrias Básicas y Minería, previa presentación de la solicitud respectiva y una vez inscritos, a los solicitantes se les otorgará un número, que deben colocar en el lugar más visible de la fachada del establecimiento que dé hacia la vía pública.

De la normativa que regula la comercialización de los minerales se puede inferir que las personas tienen un derecho preexistente a la misma, que pueden ejercer previa solicitud de inscripción legalmente formulada, que no les puede ser rechazada por el Ministerio de Industrias Básicas y Minería (35).

Este debe formar un registro de los comerciantes y debe publicar al menos una vez al año en la GO, la lista de quienes integran tal registro.

El ministro de Industrias Básicas y Minería podrá extender mediante resolución, el régimen de comercialización a otros minerales distintos de los mencionados en el Reglamento (art. 86 Reglamento).

D) El almacenamiento de minerales

El almacenamiento de los minerales provenientes de las explotaciones, en áreas despejadas o cubiertas deberán cumplir con las normas y procedimientos que establezca el Ministerio de Industrias Básicas y Minería a través de resolución y con las disposiciones ambientales que rigen la materia (art. 90 Reglamento).

En lo concerniente a los materiales de cola o relave de minas o de las plantas de procedimientos, cuando ello sea técnicamente posible deben ser depositados en áreas acondicionadas y localizadas en lugares especiales, con sujeción a las normas ambientales, a fin de ser procesados posteriormente, utilizando las técnicas más avanzadas que se encuentren disponibles (art. 91 Reglamento).

E) El transporte y uso de combustibles

Las personas que sean titulares de derechos mineros tienen la obligación de consignar en la Inspectoría Técnica Regional, el inventario de los equipos que utilice en las actividades mineras debiendo detallar la capacidad, modelo, cilindrada, serial, horas y número de días promedio de utilización, así como un estimado del consumo de combustible. El Ministerio le expedirá la guía de

(35) A.R. BREWER-CARIÁS (2007b: p. 523).

movilización de combustible, que las autorizará para la compra de combustible a los distribuidores habilitados para ello (arts. 92 y 93 Reglamento).

12. La extinción de los derechos mineros

Los derechos mineros adquiridos en contravención de las prohibiciones legales serán nulos de pleno derecho y si se producen traspasos a un Estado extranjero operará la caducidad del derecho (art. 96).

Son causales de caducidad de las concesiones las siguientes (art. 98):

1. Cuando no se efectúe la exploración dentro del lapso previsto en la ley;
2. Cuando no se presenten los planos dentro del lapso establecido o durante la prórroga que se hubiere otorgado;
3. Cuando no se inicie la explotación dentro del lapso legal;
4. Cuando se paralice la explotación por un lapso mayor al establecido en la ley;
5. Cuando se produzca el incumplimiento del pago durante 1 año, de cualesquiera de los impuestos o multas exigibles conforme a la ley. Mientras no se dicte la resolución de caducidad, a instancia del interesado se puede aceptar el pago de los impuestos adeudados y de sus intereses, así como declarar extinguida la causal de caducidad;
6. Cuando no se entregue el estudio de factibilidad técnico, financiero y ambiental en el lapso previsto;
7. Cuando se produzca el incumplimiento de cualesquiera de las ventajas especiales, ofrecidas por el solicitante a la República;
8. Cuando se incurra en más de 3 ocasiones, en un período de 6 meses, en infracciones legales que hayan originado la aplicación de las sanciones pecuniarias máximas establecidas en la ley; y
9. Cualquier otra causal expresamente prevista en el título minero respectivo.

Son causales de caducidad de las autorizaciones de explotación las siguientes (art. 99):

1. La paralización de la explotación por más de 1 año, sin causa justificada;
2. La falta de pago durante 1 año de cualquiera de los impuestos que les sean aplicables o multas exigibles conforme a la ley. Mientras no se hubiere dictado la resolución correspondiente, se puede aceptar el pago de los impuestos adeudados y de sus intereses, así como declarar extinguida la causal de caducidad;
3. Incurrir en más de 3 ocasiones, en un período de 6 meses en infracciones legales, que hayan originado la aplicación de las sanciones pecuniarias establecidas en la ley; y

4. Cualquier otra causal prevista en la Ley o en el título minero.

Los derechos mineros se extinguen por el vencimiento del término por el cual fueron otorgados, sin necesidad de pronunciamiento alguno (art. 97) y también se extinguen por renuncia que haga el titular mediante escrito auténtico y que deberá consignar ante el Ministerio de Industrias Básicas y Minería. Una vez recibido el mencionado escrito de renuncia, se hará constar en una resolución que se publicará en la Gaceta Oficial. Si se tienen varias, se puede renunciar a una concesión y conservar las demás (art. 100).

Tanto la extinción de los derechos mineros como las caducidades deben ser declaradas mediante resolución del Ministerio de Industrias Básicas y Minería, que debe ser publicada en la Gaceta Oficial (art. 108).

13. Los bienes utilizados en la actividad minera

Las tierras, obras permanentes, incluyendo las instalaciones, accesorios y equipos que formen parte integral de ellas, así como cualesquiera otros bienes muebles o inmuebles, tangibles e intangibles, adquiridos con destino a las actividades mineras deben ser mantenidos y conservados por el titular en comprobadas condiciones de buen funcionamiento, según los adelantos y principios técnicos aplicables, durante todo el término de duración de los derechos mineros y de su posible prórroga. Estos pasarán en plena propiedad a la República libres de gravámenes y cargas, sin indemnización alguna, a partir de la extinción de dichos derechos, cualquiera sea la causa de misma (art. 102).

El titular de derechos mineros deberá presentar al Ministerio de Industrias Básicas y Minería un inventario detallado de todos los bienes adquiridos, con destino a las actividades mineras que realice, afectos a ellas, bienes de los cuales no podrá disponer en forma alguna, sin la previa autorización dada por escrito (art. 103).

La cesión de un derecho minero conlleva la de todos los bienes indicados y las obligaciones asumidas por el cedente de conformidad con la ley, por el lapso que reste de la duración del derecho minero de que se trate (art. 104).

En caso de que el titular de derechos mineros pretenda utilizar bienes de terceros, deberá obtener autorización previa escrita del Ministerio de Industrias Básicas y Minería (art. 105).

14. Las zonas libres

Todas las concesiones extinguidas, renunciadas, caducadas o aquéllas que sean anuladas por sentencia serán consideradas zonas libres y el Ejecutivo Nacional podrá otorgarlas total o parcialmente teniendo o no en cuenta los linderos, de la concesión primitiva (art. 46).

Tanto las zonas libres como las reservas nacionales tienen un procedimiento administrativo especial, para su otorgamiento previsto en la propia Ley (art. 47).

IV. LA REGULACIÓN DE LAS ACTIVIDADES MINERO AURÍFERAS

El Decreto-Ley que reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a estas (Decreto-Ley de Estatización) (36)- (37), que posteriormente sería modificado al menos de manera parcial —producto de otra Ley habilitante—, introdujo una regulación especial de la actividad minera aurífera (38). Esta regulación no pasó desapercibida en la doctrina científica, que se ha ocupado de estudiar tanto el régimen general de la actividad minera (39), como el régimen especial de la actividad aurífera (40).

Esta sucesión de textos normativos vienen a modificar el régimen de la actividad aurífera minera contenida en la Ley de Minas (41), dictada de manera concomitante al debate llevado a cabo en el proceso constituyente, que condujo a la expedición de la Constitución de 1999 (42) y al posterior Reglamento de la Ley de Minas (43), que habían regulado el régimen de propiedad de las mismas, de su administración, así como de los títulos jurídicos habilitantes que se podían otorgar a los particulares, para la exploración, la explotación y la comercialización de los minerales en general.

El Decreto-Ley de Estatización de la actividad aurífera minera continúa la política de estatización de las actividades económicas que viene realizando el Estado y que cuenta con antecedentes en las actividades económicas petroleras (44), eléctricas (45), siderúrgicas (46) y del cemento (47).

(36) Decreto-Ley (G.O. N° 39.759, 16/09/2011), reformada según (G.O. N° 6.063, 15/12/2011).

(37) A. R. BREWER-CARIAS (2011: pp. 65-77).

(38) Ley (G.O. N° 6.150, 18/11/2014).

(39) V. R. Hernández-Mendible (2012b: pp. 195-270).

(40) A.R. BREWER-CARIAS (2011: pp. 65-77); A. FIGUEIRAS ROBISCO (2012: pp. 307-309); V. R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE (2012a: pp. 295-306); y del mismo autor (2012b: pp. 385-410).

(41) Ley (GO N° 5.382, 28/09/1999).

(42) Constitución de la República de Venezuela (G.O. N° 5.453, 24/03/2000, enmendada según G.O. N° 5.908, 19/02/2009).

(43) Reglamento (G.O. N° 37.155, 9/3/2001).

(44) Ley (G.O. N° 38.632, 26/02/2007); Ley (G.O. N° 38.785, 8/10/2007); Ley (G.O. N° 39.173, 7/05/2009).

(45) Decreto-Ley (G.O. N° 38.736, 31/07/2007, reformada según G.O. N° 39.493, 23/08/2010).

(46) Decreto-Ley (G.O. N° 38.928, 12/05/2008).

(47) Decreto-Ley (G.O. N° 5.886, 18/06/2008).

Es esta la razón que lleva a analizar cuáles han sido las reformas introducidas en la regulación de la explotación aurífera, teniendo en consideración que un adecuado marco normativo podría servir de aliciente para fomentar la inversión privada en esta actividad económica y buscar así el desarrollo o ampliación de los mercados internacionales en la comercialización del oro y en el aumento de los ingresos generados por el aprovechamiento de este recurso natural.

1. Las auténticas razones de la reforma del régimen de exploración y explotación de la actividad minera del oro

Lo primero que cabe destacar es que al Decreto-Ley que reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a estas (Decreto-Ley de Estatización) se le otorga rango «orgánico» con la pretendida finalidad de cumplir con la Constitución, que siendo posterior a la Ley de Minas, exige que la reserva se realice mediante Ley Orgánica. En anteriores oportunidades he expresado la convicción respecto a que el Ejecutivo Nacional no tiene constitucionalmente atribuida la potestad para dictar un decreto con rango, valor y fuerza de ley que tenga carácter «orgánico», sin embargo, ello no ha sido aceptado por el Tribunal Supremo de Justicia (48).

Es por ello, que no bastando un simple Decreto del Presidente de la República, dictado en consejo de ministros o suscrito por el ministro del ramo, como lo reguló la Ley de Minas, para que quedara reservado el mineral del oro, así como las actividades de exploración, explotación, las conexas y las auxiliares para su aprovechamiento exclusivo por el Estado, correspondía al Poder Legislativo nacional, como se hizo en materia del sector hidrocarburos expedir una ley orgánica que estableciese la reserva.

El Decreto-Ley de Estatización produce entre sus efectos inmediatos la derogación de todas las disposiciones que colidan con él y establece que tales normas son de orden público, por lo que se aplican con preferencia a cualquier otra del mismo rango, mientras la Ley de Minas y su reglamento se aplicarán supletoriamente, a lo que no se encuentre expresamente contemplado en este Decreto-Ley de Estatización (arts. 36 y 37 DL Estatización).

Dado que no existe un texto previo que sirva de exposición de motivos, para entender las razones que llevaron a su expedición, la misma habría que buscarla en el contexto político-jurídico que precede a este Decreto-Ley de Estatización.

(48) TSJ-SC, sentencia N° 1971, 16/01/2001.

Al respecto cabe recordar las declaraciones efectuadas por el Presidente de la República el día 17 de agosto de 2011 (49), es decir, seis días antes de la expedición del Decreto Ley N° 8.413, de 23 de agosto de 2011 (Decreto-Ley de Estatización), en las cuales exponía su intención de «nacionalizar» el oro para convertirlo en reservas internacionales y en esa misma oportunidad expresó su intención de traer al país las reservas internacionales en oro, que se encontraban en el exterior.

Es pertinente contextualizar que, a raíz de los acontecimientos que se originaron en Libia con motivo de la primavera árabe, el Presidente de la República había hecho la amenaza de trasladar las reservas internacionales en oro —ante el temor de experimentar las mismas consecuencias del dictador libio—, pues producto de las revueltas en dicho país exigiendo democracia, el dictador Muamar Al-Khadaffi resolvió reprimir violentamente a la población, lo que llevó a que fuese acusado ante la Corte Penal Internacional por haber incurrido en violación sistemática y masiva de los derechos humanos de los habitantes de su país y además generó la reacción de los países occidentales de congelar las cuentas y bienes del dictador en los territorios europeos —26 de febrero de 2011, por la ONU y 28 de febrero de 2011, por la Unión Europea—, para que no siguiese comprando armas para utilizarlas contra la población civil.

Estos hechos de política internacional que acompañan las declaraciones del Presidente de la República apoyando abiertamente el régimen libio, luego serán matizados y encubiertos con la manifestación de «nacionalizar» el mineral del oro, declaración que carece de absoluto sentido si se tiene en

(49) El periódico El Universal, en la sección de economía, del día 18 de agosto de 2011, recoge las declaraciones del día anterior del Presidente de la República, quien reiteró su amenaza efectuada un año atrás, de retirar las concesiones para la explotación minera de oro en el país, oportunidad en la que había acusado a las empresas mineras de dañar el ambiente y violar los derechos de los trabajadores. En esta ocasión expresó que nacionalizaría la exploración y explotación de oro, que estaban desarrollando tanto empresas públicas como privadas bajo el régimen de concesiones. Así afirmó que «vamos a nacionalizar el oro y vamos a convertirlo entre otras cosas en reservas internacionales» y agregó que «pronto voy a aprobar una ley habilitante... para comenzar a tomar la zona del oro», con la finalidad de combatir las «mafias» y el «contrabando», así finalmente sostuvo que «La ley del oro reserva al estado las actividades de exploración y explotación del oro y regula las empresas mixtas». Disponible en <http://www.eluniversal.com/2011/08/18/presidente-anuncia-nacionalizacion-de-explotacion-de-oro>.

En esa misma publicación y fecha, también se recogen las declaraciones del Presidente de la República en el que manifestó que había ordenado trasladar al Banco Central de Venezuela 211,35 toneladas de oro que el país tiene depositadas en entidades financieras del exterior y representan la mayor parte de las reservas internacionales, para buscar la protección de los activos de la República ante la crisis que atraviesan Estados Unidos y Europa, donde está colocado el oro a ser transferido. Disponible en <http://www.eluniversal.com/economia/110818/chavez-ordena-la-transferencia-de-211-toneladas-de-oro-al-bcv>.

consideración que este es propiedad del Estado conforme a las disposiciones constitucionales y legales antes mencionadas.

Siguiendo en este orden de ideas, al estudiar el Art. 1 del Decreto-Ley de Estatización, se aprecia que, más que contener el objeto del mismo, parece una combinación de objeto del texto normativo con exposición de motivos, donde se expresa una intención que no es cierta, pues se dice que tiene «...el propósito de revertir los graves efectos del modelo minero capitalista, caracterizado por la degradación del ambiente, el irrespeto de la ordenación territorial, el atentado a la dignidad y la salud de los mineros y pobladores de las comunidades aledañas a las áreas mineras, a través de la auténtica vinculación de la actividad de explotación del oro con la ejecución de políticas públicas que se traduzcan en el vivir bien del pueblo, la protección ambiental y el desarrollo nacional».

El texto citado que evidencia una lamentable técnica legislativa ha sido objeto de análisis por la doctrina científica, quien ha sido contundente al advertir la falsedad implícita en la misma, señalando que no es posible imputarle al «modelo minero capitalista» tan perjudiciales consecuencias «pues si ha habido en Venezuela un sector de la economía altamente intervenido por el Estado, esa ha sido precisamente la minería del oro». Esos efectos, si existen, sólo son atribuibles al propio Estado por falta de cumplimiento de las previsiones de la ley. Basta recordar las previsiones del Art. 5 de la Ley de Minas, donde se dispone «que las actividades mineras reguladas por dicha Ley, se deben llevar a cabo científicamente y racionalmente, procurando siempre la óptima recuperación o extracción del recurso minero, con arreglo al principio del desarrollo sostenible, la conservación del ambiente y la ordenación del territorio», imponiéndose a los titulares de derechos mineros, además de la observancia de la Ley, las siguientes obligaciones que el Estado estaba en la obligación de exigir ...» (50).

Es por ello que se considera que el trasfondo del Decreto-Ley de Estatización de la actividad aurífera, no era eliminar el contrabando del mineral, proteger el ambiente o mejorar la calidad de vida de las personas que realizan o se encuentran relacionadas con la actividad, lo que realmente se pretendió y se hizo fue justificar políticamente la «nacionalización» de las reservas internacionales, mediante la transferencia de tales reservas al país, para supuestamente ejercer la soberanía sobre las mismas y eliminar el temor no expresado jurídicamente del riesgo de embargos internacionales futuros.

Evidentemente, la nueva regulación al no respetar los derechos adquiridos que había otorgado el Estado con anterioridad a su expedición, ha venido a afectar a los operadores económicos que tenían títulos jurídicos habilitantes

(50) A. R. BREWER-CARÍAS (2011: p. 67).

para realizar tanto las actividades primarias de exploración y explotación, así como las actividades conexas y auxiliares respecto a la actividad aurífera, lo que ha supuesto una afectación de las inversiones e incluso la dificultad tanto de su recuperación, como de la legítima ganancia razonable por el negocio jurídico desarrollado conforme a la ley vigente al momento de su realización.

2. La regulación de las actividades minero auríferas

El Decreto-Ley que reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a estas (DL Estatización) establece una reserva que se traduce en un primer plano en la gestión directa o preeminente por el Estado de la actividad minero aurífera; en segundo lugar, en la extinción anticipada de los títulos jurídicos habilitantes que se habían otorgado a los inversionistas privados y la consecuente obligación de transferencia forzosa de los bienes; y en tercer lugar, en la obligación que se impone a aquellos inversionistas que quieran continuar realizando las actividades primarias, conexas o auxiliares, de asociarse con el Estado para conformar una empresa mixta estatal. Seguidamente se analizarán estos aspectos de manera detallada.

A) La gestión directa o preeminente por el Estado

El Decreto-Ley de Estatización comienza por indicar que a partir de su entrada en vigor, la actividad aurífera minera queda reservada al Estado, por lo que separándose de lo establecido en la Ley de Minas, que permitía la gestión tanto del Ejecutivo Nacional como de los particulares que obtuviesen uno de los títulos jurídicos habilitantes contemplados en dicha Ley, el mineral reservado será gestionado de manera directa y preeminente por el Estado, reduciendo la posibilidad de participación privada a su mínima expresión.

En tal sentido se señala, que la actividad minera aurífera será realizada por el Estado, en las siguientes modalidades (art. 5 DL Estatización):

- a) Por la República, que constituye la personificación jurídica del Estado tanto nacional como internacionalmente, que puede llevar a cabo esta actividad económica de manera directa, a través de algunos de sus órganos.
- b) Por los institutos autónomos establecidos en el Art. 142 de la Constitución y mencionados en el art. 98 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, aunque de manera inapropiada algunas leyes los denominan «institutos públicos», como si la autonomía que les atribuye la Constitución y cuyo grado de intensidad deben precisar las respectivas leyes de creación, fuese contrario a la condición de ser públicos.

- c) Por empresas del Estado, que pueden ser de exclusiva propiedad de la República o filiales de estas, conforme al art. 103 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.
- d) Por empresas mixtas, en las cuales la República o alguna de las empresas antes mencionadas tengan el control de sus decisiones y mantengan una participación patrimonial mayor del cincuenta y cinco por ciento (55%) del capital social.

Se trata de auténticas empresas del Estado (51), conforme al art. 103 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, que se califican como mixtas, en tanto admiten la participación privada minoritaria en un porcentaje del capital social.

Finalmente, aunque no por ello menos importante se debe señalar, que todo el oro que se extraiga en virtud de la actividad minera debe ser entregado y vendido a la República, a través del ministerio competente o los entes públicos que este designe, quienes ejercerán el monopolio de la comercialización, en los términos que establezcan las políticas que dicte el Ejecutivo Nacional al respecto. Esta reserva monopólica no comprende la comercialización de las joyas de oro de uso personal (art. 21 DL Estatización).

B) La extinción anticipada de los títulos jurídicos habilitantes y la obligación de transferencia forzosa de bienes

Una de las consecuencias inmediatas del Decreto-Ley de Estatización de oro es que estableció la reserva hacia el futuro, en virtud de lo cual, no se otorgarían títulos jurídicos habilitantes a partir de su entrada en vigencia, constituyendo una especie de reserva *ad cautelam* y dispuso que las anteriores solicitudes de tales títulos jurídicos para el ejercicio de la pequeña minería, que se encontrasen en curso para el momento de su entrada en vigencia, se dejarían sin efecto por decaimiento en su objeto (DT 3^o DL Estatización).

Pero la reserva también produjo consecuencias inmediatas sobre las relaciones jurídicas establecidas con anterioridad, pues condujo a la obligatoria extinción anticipada de los títulos jurídicos habilitantes, que se habían otorgado conforme a la legislación vigente. Esta extinción anticipada se consideró obligatoria porque se produjo con o sin el consentimiento de los titulares de las concesiones, autorizaciones o contratos y es perentoria porque se debía realizar en el tiempo establecido en el ordenamiento jurídico, es decir, los noventa (90) días siguientes a partir de la publicación del Decreto-Ley de Estatización del oro.

(51) J. ARAUJO-JUÁREZ (2008: pp. 191-241).

Durante este plazo se debían realizar las negociaciones entre los titulares y la comisión designada por el Ministerio de Industrias Básicas y Minería, con la finalidad de extinguir tales títulos jurídicos de mutuo acuerdo. En realidad, más que lograr el mutuo acuerdo, se trataba de concertar cuál sería la mejor manera para alcanzar una solución, pues aunque no se esté de acuerdo con la estatización, se trata de aprovechar la oportunidad para buscar el mejor arreglo posible, antes de que indefectiblemente se produjese la extinción de pleno derecho al término de los noventa (90) días continuos, a partir de la publicación en la Gaceta Oficial del Decreto-Ley de Estatización.

Es así como el período de la negociación serviría para ponerse de acuerdo en los términos de la extinción de los títulos jurídicos habilitantes, en las condiciones en que se realizaría la transferencia de los bienes, de las instalaciones y el control de las operaciones, en caso de que los afectados no hubiesen resuelto migrar hacia la constitución de la empresa mixta o de la manera como se constituiría la empresa mixta, en el supuesto que hubiesen accedido a ello (Arts. 12 y 14 DL Estatización). En caso de transcurrir este período de migración inútilmente sin acuerdo entre las partes, entonces quedarían extinguidos tales títulos jurídicos habilitantes por mandato legal y el entonces Ministerio de Industrias Básicas y Minería podía dictar las medidas que considerase necesarias, a fin de garantizar la continuidad de la gestión de las actividades mineras (Arts. 14 y 17 DL Estatización).

Una vez concluido el término de los noventa (90) días continuos siguientes de la publicación en Gaceta Oficial del Decreto-Ley, el Ministerio de Industrias Básicas y Minería o la empresa que este designase tomaría posesión de los bienes y control de las operaciones relativas a las actividades reservadas, de conformidad con el cronograma que se estableció a tal fin y las personas afectadas debían colaborar en la entrega pacífica de los bienes y el control ordenado de las operaciones, instalaciones, documentación y equipos destinados a las actividades de la minería aurífera, a riesgo de ser sancionados administrativa y penalmente (Art. 15 DL Estatización).

Los bienes vinculados a los títulos jurídicos habilitantes que se declaraban extinguidos en virtud del Decreto-Ley de Estatización pasarían en plena propiedad a la República (52), libre de gravámenes y cargas (Art. 16 DL Estatización).

(52) Es importante mencionar que cualquier clase de bienes de propiedad privada, pueden ser adquiridos por el Estado de manera consensual, conforme a las previsiones del Código Civil y leyes especiales o de manera forzosa a través de la institución de la expropiación, conforme a lo dispuesto en el Art. 115 de la Constitución y la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social, en razón de lo que se deberá acudir a ésta, en caso que no haya acuerdo entre el particular y el Estado, para que se materialice la traslación de la propiedad. Sobre este tema puede verse V. R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE (2017: pp. 527-582).

Con independencia que la extinción de los títulos jurídicos habilitantes se lograse por consenso o por finalización del término establecido, las oficinas de registro público inmobiliario deberían dejar constancia de ello, estampando la respectiva nota de registro al margen de los respectivos títulos, de oficio o a solicitud del Ministerio de Industrias Básicas y Minería (DT 6º DL Estatización).

C) La obligación de asociarse con el Estado en una empresa mixta

Una vez que los particulares aceptan y negocian durante el período de migración, en la transformación de los títulos jurídicos habilitantes en una empresa mixta, que constituye la única manera como pueden participar en las actividades minero auríferas a partir del Decreto-Ley de Estatización, se deben observar las disposiciones especiales establecidas para la regulación de estas sociedades mercantiles.

Un aspecto particular que merece ser destacado, es que a diferencia de la mayoría de las empresas mixtas, que no requieren otra condición para su constitución que el acuerdo de voluntades en el pacto societario, con sujeción a la ley respectiva que regule determinada actividad económica y a la legislación general en materia de sociedades, en el caso de estas empresas mixtas su constitución requiere la aprobación previa del Poder Legislativo Nacional mediante un Acuerdo, que debe ser votado favorablemente por al menos la mayoría simple de sus integrantes (Art. 6 DL Estatización).

El Acuerdo legislativo debería aprobar tanto la constitución de la empresa mixta, que tendrá como exclusiva finalidad llevar a cabo la realización de las actividades primarias de la actividad aurífera minera, como los términos y las condiciones en las que se realizarán las mismas, por lo que antes de la expedición del Acuerdo, se requería que el Ministerio de Industrias Básicas y Minería le informase al Poder Legislativo de todas las circunstancias pertinentes a dicha constitución y condiciones —previamente pactadas durante el período de migración—, incluidas las ventajas especiales previstas a favor de la República, a los fines de que ello sea objeto de discusión parlamentaria y eventual aprobación a través del citado Acuerdo.

El otro aspecto relacionado con las empresas mixtas se refiere a la conformación del marco normativo que las rige, integrado por los siguientes textos: El Decreto-Ley de Estatización de la actividad minero aurífera, la Ley Orgánica de la Administración Pública, el Código de Comercio y las demás leyes que les fueran aplicables (Art. 7 DL Estatización), lo que se complementa con el Acuerdo del Poder Legislativo que aprueba su constitución y las normas que en ejercicio de su competencia expida el Ministerio de Industrias Básicas y Minería, no obstante, no requerían autorización del Poder Legislativo para realizar operaciones de crédito público (Art. 35 DL Estatización), al conside-

rarse incluidas en la excepción contenida en el Art. 90 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público (53).

El elemento adicional que debe tenerse presente es que una vez aprobada la constitución de las empresas mixtas, se entiende que tal asociación es de carácter personalísimo, por lo que quien haya sido aceptado para realizar el pacto societario con el ente público correspondiente, no puede ceder, enajenar o traspasar sus acciones a terceros, sin la previa autorización del Ministerio de Industrias Básicas y Minería, quedando en manos del Estado el derecho de preferencia para adquirir dichas acciones (Art. 7 DL Estatización).

D) Los principios que rigen la gestión de las empresas mixtas

El Ejecutivo Nacional mediante decreto puede transferir a las empresas mixtas, el derecho al ejercicio de todas o parte de las actividades reservadas, así como la propiedad u otros derechos sobre bienes muebles o inmuebles del dominio privado de la República, que sean requeridos para el eficiente ejercicio de tales actividades. Dada la potestad discrecional que se le atribuye, el Ejecutivo Nacional podrá abstenerse de otorgar estos derechos o incluso revocarlos si los hubiese otorgado, cuando así convenga al interés nacional o cuando las empresas no den cumplimiento a sus obligaciones (Art. 9 DL Estatización).

Las empresas mixtas que obtengan los derechos de realización de las actividades primarias lo hacen bajo su propio riesgo. En consecuencia, la República no garantiza la existencia del mineral de oro o que este sea industrial y económicamente explotable, ni se obliga a saneamiento legal o contractual alguno. Tales cláusulas se considerarán incorporadas implícitamente, en caso de no estar indicadas de manera expresa en el acto jurídico que otorgue el derecho al desarrollo de tales actividades (Art. 10 DL Estatización).

Es importante mencionar que las empresas mixtas que realicen actividades primarias podrán efectuar las gestiones necesarias para el ejercicio de las actividades que se les hayan transferido, así como celebrar los contratos correspondientes, conforme a las disposiciones del Decreto-Ley de Estatización y a las demás que les resulten aplicables (Art. 11 DL Estatización).

En todo caso, el Ministerio de Industrias Básicas y Minería como autoridad competente deberá determinar el área total asignada a las empresas mixtas para la exploración y explotación de la actividad minera aurífera y el tiempo que durará el desarrollo de tales actividades, no debiendo exceder inicialmente la explotación de un período de 20 años, que podrá prorrogarse hasta por dos períodos, de un máximo de 10 años cada uno (Art. 8 DL Estatización). Para que pueda considerarse el otorgamiento de tales prórrogas, estas deberán

(53) Ley (G.O. N° 6.210, 30/12/2015).

ser solicitadas al Ministerio dentro del último tercio antes del vencimiento del período para el cual fue otorgado el derecho de explotación.

3. El régimen transitorio en la actividad minera aurífera

El Derecho Transitorio crea un régimen temporal entre la regulación de las actividades mineras auríferas que se estaban realizando conforme a la Ley de Minas y la implementación de las disposiciones del Decreto-Ley de Estatización.

Es así como aquellas empresas del Estado que al momento de entrada en vigencia del Decreto-Ley de Estatización fuesen titulares de asignaciones directas o derechos mineros vinculados con el mineral de oro, continúan habilitadas para seguir realizando dichas actividades en las mismas áreas en las que se encontraban otorgados los títulos que se extinguen, hasta tanto el Ministerio de Industrias Básicas y Minería resuelva respecto a la modificación de tales áreas (DT 5º DL Estatización).

En este orden de ideas, también se dispuso que hasta tanto el Ministerio de Industrias Básicas y Minería expida la resolución correspondiente, quienes realicen las actividades mineras conexas o auxiliares, salvo la referida a la comercialización nacional e internacional del oro, quedarán habilitados para seguir ejerciendo dichas actividades (DT 4º DL Estatización).

Todo lo hasta aquí expuesto plantea la necesidad de analizar sucintamente lo relacionado con la figura de la alianza estratégica, en el sector minero aurífero.

V. LOS ASPECTOS DE LA REGULACIÓN AURÍFERA QUE INTRODUCE LA REFORMA DE 2014

Una auténtica novedad en la reforma regulatoria es la introducción de dos figuras inéditas—que se suman a las anteriormente establecidas— para realizar la actividad económica aurífera, pero únicamente en lo relacionado con la minería a pequeña escala. Se trata por un lado de la alianza estratégica y por la otra de las brigadas mineras.

1. Las alianzas estratégicas

Se debe mencionar que la figura de la alianza estratégica entre el Estado y los particulares no tiene antecedente directo en la actividad minera, aunque sí se encuentra en el marco de la contratación pública, pues la Ley que regula esta materia la había definido —aunque de una manera bastante ambigua— como «el establecimiento de mecanismos de cooperación entre el órgano o ente contratante y personas naturales o jurídicas, en la combinación de esfuerzos,

fortalezas y habilidades, con objeto de abordar los problemas complejos del proceso productivo, en beneficio de ambas partes» (54).

Cabe destacar que esta definición lo que pretendía era identificar una categoría de negocios jurídicos que podían celebrar las autoridades administrativas sin tener la obligación de aplicar los procedimientos administrativos de selección de contratistas legalmente establecidos para la adquisición de bienes, la prestación de servicios o ejecución de obras, debiendo quedar tales negocios sujetos a un régimen de selección especial, que debía establecer el Ejecutivo Nacional mediante decreto.

Hay que advertir que el texto legal de la contratación pública fue reformado posteriormente y entre otros aspectos se modifica la definición de la alianza estratégica que es considerada como «el establecimiento de mecanismos de cooperación entre el contratante y personas naturales o jurídicas o conjunto de ellas, independientemente de su forma de organización, en la combinación de esfuerzos, fortalezas y habilidades, para la obtención de bienes, servicios u obras asociados al proceso productivo o a las actividades sustantivas del contratante, debiendo establecerse en el documento donde se formalice, las ventajas que represente para el contratante la alianza estratégica en comparación con la aplicación de las modalidades de selección de contratistas. Comprenderán igualmente los acuerdos entre órganos y entes de la Administración Pública, en un proceso de gestión con las comunidades organizadas» (55).

No obstante, el Decreto Ley que reforma la regulación de la reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del oro, así como las conexas y auxiliares a estas, al introducir la figura de la alianza estratégica para incluirla dentro de las modalidades de realización de la actividad minera aurífera brinda una nueva definición, conforme a la cual son consideradas, alianzas estratégicas aquellas conformadas entre el Estado, sus empresas o filiales de estas y las sociedades u otras formas de asociación para «compartir procesos productivos, necesarios para llevar a cabo las actividades primarias y conexas para el aprovechamiento del oro», sin que ello conlleve a la comercialización del mineral aurífero, cuya actividad debe ser realizada exclusivamente por el ente estatal designado para tal efecto (56).

Tal como se puede apreciar, no son idénticas las figuras de la alianza estratégica que contempla la Ley de contrataciones públicas y la establecida en el ámbito minero aurífero.

(54) Art. 6.24 de la Ley de Contrataciones Públicas (G.O. N° 5.877, 14/03/2008), reimpressa por error de copia (G.O. N° 38.895, 25/03/2008); reformada por primera vez (G.O. N° 39.165, 24/05/2009) y posteriormente (G.O. N° 39.503, 6/09/2010).

(55) Art. 6.35 de la Ley de Contrataciones Públicas (G.O. N° 6.154, 19/11/2014).

(56) Art. 16 del Decreto Ley que reforma la regulación de la reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del oro.

En este último caso, además se aprecia que la alianza estratégica no puede ser para la exploración y explotación del oro en cualquier modalidad, sino para la minería considerada en pequeña escala, que al igual que el resto de la actividad económica del sector debe orientarse a un aprovechamiento racional y sostenible.

La manera como las partes formalizan la alianza estratégica es mediante un acuerdo, que deberá indicar los tipos de técnicas que se podrán utilizar para realizar la minera a pequeña escala, con sujeción a los principios ambientales, la ordenación del territorio y demás normas que rigen la materia.

Se establece la prohibición a las personas naturales —no abarca a las personas jurídicas y como toda restricción a la libertad, es de interpretación restringida y de texto expreso— que constituyan una sociedad o asociación a los fines de constituir una alianza estratégica con el Estado, de no poder participar en otra sociedad o forma de asociación que pretenda suscribir una nueva alianza estratégica. En tanto, las personas jurídicas —las empresas o entes involucrados— conservarán su identidad jurídica y patrimonial por separado y establecerán la asociación únicamente para los fines descritos.

El Ministerio de Petróleo y Minería tiene atribuidas las siguientes competencias:

1. Establecer un registro de todas las personas que formalicen alianzas estratégicas con el Estado, a los fines de la actividad minera en pequeña escala.
2. Obtener previamente los permisos ambientales respectivos.
3. Determinar las áreas geográficas en las que se realizará el ejercicio de la minería y modificarlas reduciendo el máximo de hectáreas a ser otorgadas.
4. Desarrollar todo lo concerniente a las actividades mineras que llevarán a cabo las alianzas estratégicas.
5. Otorgar la autorización de explotación, mediante resolución administrativa que se publicará en la *Gaceta Oficial*, previa solicitud de los representantes de las alianzas estratégicas, que debe ser acompañada de todos los documentos pertinentes y el proyecto minero a desarrollar.

Las condiciones de la autorización para la explotación de la minería a pequeña escala son las siguientes:

1. El área geográfica otorgada no debe exceder de las veinticinco hectáreas (25 has) y dependerá de las variables ambientales que se establezcan de acuerdo al proyecto minero a desarrollar.
2. La duración será de diez años, contados a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial*, pudiendo ser prorrogada por un máximo de dos períodos de hasta diez años cada uno.

3. No pueden ser enajenadas, cedidas, gravadas, arrendadas o subarrendadas, ni traspasadas en forma alguna.

Las autorizaciones para la explotación de la minería a pequeña escala se extinguen por las siguientes causas:

1. Por revocación, cuando se desnaturalice el objeto para el cual fueron otorgadas.
2. Se incumpla el proyecto minero a desarrollar.
3. Se desconozcan las disposiciones establecidas en materia ambiental.
4. Se distorsione el objeto de la alianza estratégica.

En todos estos supuestos de extinción de autorizaciones, se requerirá la resolución administrativa del Ministerio de Petróleo y Minería (principio del paralelismo de la competencia) y la posterior publicación en la Gaceta Oficial (principio de paralelismo de la forma), en garantía de la publicidad y seguridad jurídica.

Se dispone que el aprovechamiento del mineral aurífero a pequeña escala en hábitat, tierras indígenas y demás comunidades ubicadas dentro del ámbito de influencia de la actividad debe realizarse con estricta sujeción al ordenamiento jurídico especial (57).

Mientras se conforman las alianzas estratégicas y a los fines de garantizar los aportes de los operadores mineros al fortalecimiento del sistema económico nacional, se estableció un período de un año a partir de la entrada en vigencia de la reforma, que puede ser prorrogado por una sola vez y por el máximo de un período igual, mediante resolución expedida por el Ministerio de Petróleo y Energía, durante el cual el ministerio y el ente designado por el Estado para la adquisición del mineral del oro pueden adoptar de manera conjunta, las medidas necesarias para comprarlo cuando provenga de las actividades primarias realizadas por personas habilitadas, en las áreas destinadas a las actividades mineras.

2. Las brigadas mineras

La otra figura que introduce el Decreto Ley que reforma la regulación de la reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del oro son las denominadas brigadas mineras.

Estas brigadas constituyen una forma de asociación entre personas naturales —a diferencia de las alianzas estratégicas, que se pueden hacer también con personas jurídicas—, que tienen como objetivo el desarrollo de la actividad de la minería aurífera a pequeña escala.

(57) J. L. VILLEGAS MORENO (2012: pp. 99-144).

Todo lo relacionado con la constitución, organización, duración y otros aspectos jurídicos serán establecidos por el Ejecutivo Nacional, a través del Reglamento del Decreto Ley y en cualquier caso la constitución de estas brigadas se hará bajo el control del Ministerio de Petróleo y Minería.

3. Los aspectos colaterales de la reforma de 2014

Antes de finalizar este subepígrafe, se deben mencionar los otros aspectos que fueron abordados en la reforma de 2014.

Los operadores habilitados para el ejercicio de las actividades primarias, así como las alianzas estratégicas para el ejercicio de la minería a pequeña escala, al encontrar minerales distintos al oro están en la obligación de comunicarlo inmediatamente al Ministerio de Petróleo y Minería, el cual podrá disponer de los mismos para su aprovechamiento, conforme a las modalidades previstas en el Decreto Ley de Minas.

El Estado como propietario de los yacimientos del oro tiene derecho a una participación máxima del trece por ciento (13%) por concepto de regalía, sobre el producto final del mineral extraído, pero el Ministerio de Petróleo y Minería puede rebajar la regalía hasta un mínimo de tres por ciento (3%).

El Ministerio de Petróleo y Minería en representación del Ejecutivo Nacional puede recibir la regalía en dinero —que consiste en el pago en moneda de curso legal— o en equivalente —que consiste en el pago en metal de oro— (58).

El mineral oro que se extraiga como consecuencia del desarrollo de la actividad de exploración y explotación será de obligatoria venta y entrega preferente al Banco Central de Venezuela, salvo que el Presidente de la República disponga que sea otro ente al cual deberá venderse.

(58) El Art. 30 del Decreto Ley que reforma la regulación de la reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del oro dispone que la regalía podrá ser exigida por el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Petróleo y Minería, «en especie o en dinero», total o parcialmente. Mientras no lo exigiere de otra manera, se entenderá que opta por recibirla totalmente en dinero.

Cuando el Ejecutivo Nacional decida recibir la regalía «en especie», podrá utilizar para los efectos de beneficio, transporte y almacenamiento, los servicios de la empresa que designe a tales fines, la cual deberá prestarlos hasta el lugar indicado, y recibirá el precio que se convenga por tales servicios. A falta de acuerdo, el precio será fijado por el ministerio con competencia en materia de minería.

Si se decide recibir la regalía en dinero, quienes desarrollen las actividades primarias, deberán pagar el precio de las cantidades correspondientes, que serán medidas donde determine las normas técnicas que se dicten al efecto, a valor de mercado o valor convenido o en defecto de ambos a un valor fiscal fijado por el liquidador del mineral. A tal efecto el Ministerio de Petróleo y Minería, liquidará la planilla correspondiente, la cual deberá ser pagada al Fisco Nacional dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción.

Esta obligación es de trascendental importancia, porque el oro amonedado y en barras depositado en las bóvedas del Banco Central de Venezuela puede constituir parte de las reservas internacionales del país (59).

El Banco Central de Venezuela regulará y efectuará operaciones en el mercado del oro en los términos y condiciones que él establezca a tales fines, sin perjuicio de las disposiciones contenidas en el Reglamento del Decreto Ley que reforma la regulación de la reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del oro.

Las actividades de comercialización de las joyas de oro de uso personal, se encuentran excluidas de las disposiciones del Decreto Ley y corresponde al Ministerio de Petróleo y Minería determinar mediante resolución administrativa, los criterios para la venta de oro destinada a la fabricación de joyas de uso personal.

VI. LA REGULACIÓN DEL SECTOR CARBONÍFERO QUE SURGE DE LA APLICACIÓN DEL DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA QUE RESERVA AL ESTADO LAS ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL ORO Y DEMÁS MINERALES ESTRATÉGICOS

Tal como se ha explicado en otra ocasión (60), la necesidad de generar nuevos ingresos fiscales ha llevado al actual gobierno a efectuar modificaciones parciales a la regulación del sector minero, siendo que la intención inicial se circunscribía al mineral aurífero (61), en su más reciente reforma se reconoció la posibilidad de que también sean objeto de la nueva regulación otros minerales que sean calificados como estratégicos (62).

Considerando que los aspectos novedosos del Decreto-Ley fueron objeto de análisis en los subepígrafes anteriores, seguidamente se comentarán algunos aspectos puntuales sobre su aplicación a minerales distintos del oro, que han sido considerados estratégicos.

A tales fines se debe tener presente, la facultad atribuida al Ejecutivo Nacional para declarar mediante decreto que un mineral es considerado estratégico, tal como ha ocurrido con el Decreto N° 3597, que declaró como mineral estratégico a los fines de su exploración y explotación al carbón (63).

(59) Art. 127 de la Ley del Banco Central de Venezuela (G.O. 6.211, 30/12/2015).

(60) V. R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE (2016: pp. 166-167).

(61) Decreto-Ley (G.O. N° 39.759, 16/09/2011), reformado según (G.O. N° 6.063, 15/12/2011) y posteriormente por el Decreto-Ley (G.O. N° 6.150, 18/11/2014).

(62) Decreto-Ley (G.O. N° 6.210, 30/12/2015).

(63) Decreto N° 3597 (G.O. N° 41.472, 31/08/2018).

Este acto del Ejecutivo Nacional conduce a un cambio regulatorio en el sector carbonífero, pues la Ley de Minas y el reglamento de esta que eran las fuentes normativas principales, pasan a ser las fuentes normativas supletorias de marco regulatorio contenido en la Decreto-Ley de 2015, que es de aplicación preferente a cualesquiera otros textos jurídicos de similar jerarquía normativa (64).

1. La nueva calificación del mineral del carbón

El Ejecutivo Nacional en ejercicio de la potestad discrecional que le otorga el Decreto-Ley de 2015 ha expedido el Decreto N° 3597, mediante el cual dispuso que:

«Se declara como mineral estratégico para su exploración y explotación el carbón, por lo cual queda sujeto al régimen establecido en el Decreto con rango, valor y fuerza de ley orgánica que reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del oro y demás minerales estratégicos».

La calificación del carbón como mineral estratégico en cuanto a las actividades primarias, que comprenden la exploración y la explotación, supone un relevante cambio de régimen jurídico.

Ahora bien, ello lleva a plantearse ¿sí tal cambio de régimen jurídico puede implicar una afectación a los derechos adquiridos por los operadores mineros, que bajo el régimen anterior obtuvieron los títulos habilitantes para ejercer los derechos mineros?

Una respuesta a esta pregunta exige efectuar una aproximación a las consecuencias que se derivan de la calificación del carbón como mineral estratégico, lo que se hará seguidamente.

2. La reserva en las actividades primarias de exploración y explotación del carbón

Todos los recursos minerales cualquiera sea su naturaleza se encuentran publicados, siendo por tanto de titularidad de la República y al ser considerados bienes del dominio público son inalienables e imprescriptibles por disposición constitucional (65).

Ahora con la nueva calificación del carbón como mineral estratégico y en aplicación del Decreto-Ley de 2015, las actividades primarias de exploración y explotación quedan reservadas al Estado (arts. 4 y 5), excluyendo la

(64) Art. 2 del Decreto-Ley de 2015 y 2 de la Ley de Minas.

(65) Arts. 12 de la Constitución y 3 del Decreto-Ley.

participación privada en los términos que se encuentra previsto en la Ley de Minas de 1999.

Lo anterior sería suficiente para dar respuesta a la pregunta planteada, en el sentido de que quienes ostentaban los títulos habilitantes para ejercer derechos mineros para el aprovechamiento del carbón ya no pueden seguirlo haciendo por el cambio de régimen jurídico; pero ello implicaría reconocerle aplicación retroactiva al nuevo régimen jurídico del mineral del carbón y el desconocimiento de los derechos mineros adquiridos, que se encuentran sujetos a unas causales taxativas de extinción, que fueron comentadas anteriormente en este trabajo.

No obstante, para no llegar a una conclusión precipitada se debe analizar integralmente el texto jurídico que habilita al Ejecutivo Nacional, para calificar de estratégicos y sustraer del régimen general, a los minerales que estaban regulados exclusivamente por la Ley de Minas y su reglamento.

3. Los actores en la exploración y explotación del carbón

El Decreto-Ley de 2015 establece que pueden participar en la actividad económica sobre los minerales declarados estratégicos (art. 10):

1. La República directamente, por órgano del Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico.
2. La República de manera indirecta, a través de los institutos autónomos o públicos, creados conforme a la ley.
3. La República de manera interpuesta, a través de las corporaciones y empresas de su exclusiva propiedad, así como las filiales de estas que le pertenezcan en su totalidad o hayan sido creadas para tal fin.
4. Las empresas mixtas, en las cuales la República tenga una participación mínima del 55% del capital social.
5. Las alianzas estratégicas que constituya la República con sociedades y asociaciones, que se orientarán a la actividad de la pequeña minería, previa autorización del Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico.
6. El Banco Central de Venezuela, a través de las formas asociativas antes mencionadas (art. 11).
7. Las brigadas mineras que constituyen el reconocimiento al derecho de asociación de las personas naturales, quienes deberán organizarse de esta manera para dedicarse únicamente a la pequeña minería (art. 25).

Tal como se puede observar de la enumeración anterior, las modalidades de gestión de los recursos mineros experimenta un notable cambio, pues aunque se mantiene la gestión directa por el Estado, las modalidades de concesión, autorización, mancomunidades y minería artesanal desaparecen, para dar

paso a la gestión indirecta exclusivamente por los entidades públicas o con alguna participación minoritaria de la inversión privada en empresas mixtas o en las alianzas estratégicas, sin perjuicio de la posibilidad residual de que se constituyan las denominadas brigadas mineras.

Ahora bien, de las nuevas modalidades de gestión, la única que realmente permite participación privada en las actividades económicas de exploración y explotación del carbón a gran escala son las empresas mixtas.

4. La prohibición de garantizar la existencia de recursos mineros

Independientemente de quién desarrolle las actividades primarias, el Decreto-Ley de 2015 dispone que estas se efectuarán a cuenta y riesgo de los operadores titulares de derechos mineros —a los efectos que este análisis, las empresas mixtas—, toda vez que en ningún caso la República se compromete a garantizar la existencia del mineral de carbón, ni se obliga a saneamiento legal o contractual.

Estas eximentes de algún tipo de responsabilidad respecto a la existencia del mineral, se deben considerar incorporadas y aplicables en el instrumento que otorgue el derecho al desarrollo de la actividad económica minera, aun cuando no se encuentre expresamente indicado en él (art. 7).

5. El régimen de las empresas mixtas para el aprovechamiento del carbón

El Decreto-Ley de 2015 dispone que las empresas mixtas que se dediquen a la realización de las actividades primarias, que comprende la actividad económica minera deben cumplir además de lo dispuesto en dicho texto normativo, lo que ordene el Ejecutivo Nacional en el decreto de creación, así como lo establecido por las demás reglas que dicte el Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico (art. 16).

El Ejecutivo Nacional mediante decreto dispuso la creación de una empresa mixta, que tiene como denominación social Sociedad Anónima Carbones de Turquía y Venezuela (CARBOTURVEN S.A.), en la que actuarán como accionistas Carbones del Zulia S.A., en representación del Estado, que posee una participación en el capital social del 55%; y *Glenmore Proje Insaat S.A.*, sociedad privada que tiene una participación en el capital social del 45% (66).

La empresa mixta CARBOTURVEN S.A., jurídicamente constituye una empresa del Estado, en los términos que establece la Ley Orgánica de la Administración Pública, en razón de tener este o una de sus empresas, el cin-

(66) Arts. 1 y 3 del Decreto N° 3599 (G.O. N° 41.472, 31/08/2018).

cuenta por ciento o más de su capital social (67) y por tanto estará adscrita al Ministerio de Industria y Producción Nacional, en virtud del decreto de ordena su creación (68).

El objeto social de la empresa mixta será el desarrollo de las actividades primarias de exploración en búsqueda de yacimientos de carbón, así como la extracción y explotación de este mineral (69). La dirección y administración serán determinadas en el acta constitutiva y estatutaria (70), que debe ser inscrita en la oficina de registro mercantil de su domicilio, según lo establecido en la Ley Orgánica de la Administración Pública (71) y el decreto de creación de la empresa (72), debiendo procederse a su publicación en la Gaceta Oficial (73).

En virtud del Decreto-Ley de 2015, la empresa mixta creada para el aprovechamiento del carbón, se encuentra excluida de la autorización legislativa para la obtención de crédito público, que contempla la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, quedando sujeta únicamente a la autorización del Presidente de la República, en Consejo de Ministros (art. 15 DL 2015).

6. La transferencia de derechos y aportes al capital social de la empresa mixta

El Ejecutivo Nacional podrá transferir a las empresas del Estado el derecho al ejercicio de todas las actividades primarias en el sector carbonífero, así como sobre bienes muebles e inmuebles del dominio privado de la República, que sean necesarios para el desarrollo de la actividad minera (art. 21 DL 2015).

Estos derechos asignados para el ejercicio de las actividades reservadas podrán ser transferidos a la empresa mixta que se constituya, en cuyo caso se reputarán como aportes del accionista a la nueva empresa.

7. Las restricciones a las personas jurídicas que constituyan empresas mixtas para el aprovechamiento del carbón

Siendo el principio la libertad de negociación y de pactos, así como la libertad de asociación, se han establecido límites a la transferencia de

(67) Art. 103 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (G.O. N° 6147, 17/11/2014).

(68) Art. 1 del Decreto N° 3599.

(69) Art. 2 del Decreto N° 3599.

(70) Art. 4 del Decreto N° 3599.

(71) Art. 104 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

(72) Arts. 4 y 5 del Decreto N° 3599.

(73) Arts. 104 y 105 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

las acciones de las personas jurídicas, que se asocien en la constitución de empresas mixtas para la realización de las actividades primarias en el sector minero carbonífero.

En tal sentido, las empresas que convengan en constituir una empresa mixta no pueden enajenar, ceder o traspasar sus acciones, sin obtener la previa autorización del Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico, que la expedirá luego de evaluar la conveniencia estratégica de mantener la sociedad (art. 17 DL 2015).

No obstante, se reconoce al Estado el derecho de preferencia para adquirir las acciones y si este no ejerce dicho derecho, se podrán ofrecer y transferir a un tercero, siempre y cuando se haya producido la autorización ministerial.

Por otra parte, aunque se admite que las empresas mixtas para realizar las actividades primarias de exploración y explotación pueden celebrar contratos de servicios (art. 26 DL 2015), se estableció que aquellas personas jurídicas que contraten con ellas no podrán ceder, enajenar o traspasar el contrato suscrito, ni subcontratar servicios vinculados a la actividad objeto de contratación, sin la previa autorización del Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico (art. 18 DL 2015).

8. La intervención estatal en la regulación y planificación del aprovechamiento del carbón

Además de las autorizaciones antes comentadas que debe otorgar el Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico, también le corresponde la planificación, promoción y formulación de políticas públicas en el sector carbonífero; la regulación, fiscalización, seguimiento, vigilancia y control de las actividades primarias; la evaluación de la factibilidad del estudio previo y el plan de explotación de los yacimientos; la identificación de las zonas, espacios y lugares geográficos susceptibles de ser explotados racionalmente, considerando como una de las variables fundamentales, la preservación del ambiente y de los grandes sistemas de cuencas hídricas nacionales; el desarrollo, conservación, aprovechamiento y control de los recursos carboníferos; el estudio del mercado, análisis, fijación de precios y el régimen de la inversión nacional y extranjera en el sector minero (art. 37 DL 2015).

El Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico deberá establecer mediante resolución el tipo de técnica a utilizar en la ejecución de las actividades reservadas en el sector carbonífero. Las normas, regulaciones, fiscalizaciones y aplicaciones de las actividades mineras serán desarrolladas en el reglamento respectivo (art. 18 DL 2015).

En lo que respecta al plan sectorial de desarrollo, el Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico deberá coordinarlo con el Ministerio con competencia en

materia de planificación, dentro del marco del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación (arts. 19 y 36 DL 2015).

El Plan de Desarrollo específico será publicado en la Gaceta Oficial y tendrá alcance normativo en las políticas específicas sectoriales, así como en la delimitación, funciones y condiciones de usos particulares del espacio para la consecución de los objetivos del plan.

El desarrollo de los espacios geográficos mineros deberá contar con un plan integral de desarrollo que comprenda las variables ambientales, económicas, sociales, urbano regionales, institucionales y geopolíticas.

El Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico conjuntamente con el Ministerio con competencia en materia de Planificación podrán presentar al Presidente de la República, la propuesta de creación de áreas específicas u otras formas de regionalización, destinadas al impulso de la actividad minera carbonífera, en los términos que serán establecidos en el Reglamento (art. 36 DL 2015).

La fiscalización, liquidación y recaudación de las regalías y las ventajas especiales establecidas en el Decreto-Ley de 2015 son atribuciones exclusivas del Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico (arts. 28 y 30 DL 2015).

9. El cumplimiento de la regulación ambiental y de participación de comunidades indígenas

Las empresas mixtas habilitadas para el desarrollo de las actividades primarias tienen la obligación de presentar ante la Autoridad Nacional Ambiental, el estudio de impacto ambiental y sociocultural para el desarrollo de sus proyectos mineros, para su evaluación y aprobación correspondiente, a los fines de dar cumplimiento integral al ordenamiento jurídico ambiental (art. 19 DL 2015).

La ejecución de las actividades primarias en el sector carbonífero se hará empleando prácticas científicas y tecnológicas que minimicen el impacto ambiental y en armonía con las garantías y derechos constitucionales a un ambiente sano, seguro y ecológicamente equilibrado, cumpliendo la legislación ambiental y de ordenamiento territorial (art. 40 DL 2015).

Igualmente, se atenderá de forma particular lo referente a las comunidades indígenas, en el marco de los principios constitucionales y legales sobre la materia; así como los temas asociados a la geopolítica, seguridad y defensa de la Nación.

10. El área asignada y el tiempo para el desarrollo de la actividad carbonífera

El Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico determinará el área total asignada a la empresa mixta para la realización de actividades primarias,

así como su duración, que no podrá ser mayor de veinte años, prorrogables por un máximo de dos períodos de hasta diez años cada uno. Las prórrogas deben ser solicitadas al Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico, un año antes del vencimiento de cada período o prórroga para el cual fue otorgado el derecho. La asignación se hará previo cumplimiento de las obligaciones ambientales y demás normas que rigen la materia minera (art. 20 DL 2015).

11. La situación de los operadores mineros frente a minerales distintos al carbón

Las empresas mixtas autorizadas para el ejercicio de las actividades primarias que encuentren minerales diferentes a los autorizados están en la obligación de informarlo inmediatamente al Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico y este de ser procedente establecerá las condiciones pertinentes para su aprovechamiento, conforme a las modalidades previstas en las leyes correspondientes.

En tales circunstancias las empresas mixtas no tendrán derechos sobre estos minerales, mientras no sea autorizado su aprovechamiento por el Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico (art. 39 DL 2015).

12. El impacto del nuevo régimen del carbón sobre los derechos mineros creados bajo el régimen anterior

Al iniciar este subepígrafe se formuló una pregunta que sigue pendiente de respuesta y es oportuno retomar en este momento. Partiendo de la premisa que lo expuesto hasta ahora constituye un nuevo régimen jurídico, al que debían sujetarse los operadores mineros que pretendan participar en el sector carbonífero a partir del pasado 1° de septiembre de 2018, ¿qué sucede con los operadores mineros que se encontraban establecidos bajo el régimen vigente a partir de 1999 o incluso bajo el establecido desde 1945?, ¿tal cambio de régimen jurídico implica una afectación a los derechos adquiridos por los operadores mineros, que bajo el régimen anterior obtuvieron los títulos habilitantes para ejercer los derechos mineros?.

La respuesta a estas preguntas debería ser que los derechos adquiridos por los títulos habilitantes, válidamente otorgados a los operadores mineros hasta el día 31 de agosto de 2018, no pueden ser afectados o desconocidos por el cambio del marco regulatorio que se produce como consecuencia de la calificación del mineral del carbón como estratégico, toda vez que la iniciativa de participar en el sector del carbón y de ingresar como operadores en el mismo se realizó bajo la expectativa legítima y la seguridad jurídica, que brindaba el ordenamiento jurídico vigente al momento de la inversión (74).

(74) Art. 299 de la Constitución.

En razón de lo anterior, no debería producirse la aplicación del nuevo régimen jurídico al aprovechamiento del carbón, en la medida que suponga el desconocimiento de los derechos adquiridos (75), por constituir tanto una aplicación retroactiva del nuevo orden a situaciones subjetivas consolidadas con anterioridad (76) y porque produciría una expropiación (77) o un acto de efectos equivalentes (78) sobre los derechos adquiridos, sin contemplar la indemnización previa y justa que exige la Constitución.

En consecuencia, de producirse la aplicación del nuevo régimen del sector minero del carbón, sobre los títulos habilitantes y los operadores establecidos legalmente conforme al ordenamiento jurídico preexistente a la calificación de este mineral como estratégico y afectarse o desconocerse derechos adquiridos de los titulares de derechos mineros, se podría generar la responsabilidad del Estado en el ámbito nacional (79), que deberá ser establecida por los órganos jurisdiccionales administrativos (art. 14 DL 2015).

No obstante la conclusión anterior que se deduce de la Constitución, tanto el Decreto-Ley de 2015 en las disposiciones transitorias, como la práctica administrativa de estos tiempos permiten inferir que los derechos adquiridos por los operadores mineros que tenían títulos habilitantes para realizar la actividad primaria respecto al mineral del carbón, con anterioridad al día 31 de agosto de 2015, se vieron afectados con motivo de la declaración formal del carbón como mineral estratégico y su consecuente cambio de régimen jurídico.

Hay que mencionar que el Decreto-Ley de 2015, no declara la extinción de pleno derecho de los títulos habilitantes mineros existentes al momento de expedirse o de aquel en que se dicten los decretos mediante los cuales se declare un determinado mineral como estratégico, lo que si se hizo anteriormente en el sector hidrocarburos (80).

Tampoco dispuso el Decreto-Ley de 2015 que los operadores existentes al momento de su entrada en vigor o de los decretos mediante los cuales se declare un determinado mineral como estratégico debían migrar a las empresas mixtas, como también se dispuso en el sector hidrocarburos (81).

(75) Corte IDH, *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 31 de agosto de 2012, serie C, N° 246, párr. 209, sostiene «Asimismo, la Corte ha protegido, a través del Art. 21 convencional, los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas».

(76) Art. 24 de la Constitución.

(77) Art. 115 de la Constitución.

(78) Y. NOUVEL (2002: pp. 79-102); L. Y. FORTIER, y S. L. DRYMER (2004: pp. 293-327); J. A. MUCI BORJAS (2007: pp. 171-181).

(79) Arts. 140 y 259 de la Constitución.

(80) A. R. BREWER-CARIÁS (2011: pp. 47-54).

(81) A. R. BREWER-CARIÁS (2018: pp. 242-243).

Sin embargo, producto de la práctica administrativa en el último mencionado sector extractivo y de la deficiente redacción de las disposiciones transitorias del Decreto-Ley de 2015, lo que se infiere es que fue esa la intención de este texto jurídico.

Es así como se afirma que los permisos ambientales otorgados previamente a proyectos mineros que se encuentren en ejecución al momento de entrar el vigor el Decreto-Ley de 2015, mantienen su vigencia y se entenderán transferidos a las empresas mixtas a las que se les asigne la continuidad de la ejecución del proyecto, siempre y cuando no se modifique de manera sustancial el cumplimiento de las condiciones bajo las cuales tales permisos se otorgaron (DT 1º DL 2015).

Se le atribuye al Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico o la empresa que este designe, la competencia para asumir las medidas necesarias para garantizar la continuidad de las actividades primarias que realizaban los operadores mineros, una vez producida la toma de posesión de los bienes y el control de las operaciones relativas a las actividades reservadas (DT 2º DL 2015).

Finalmente, se instruye a las oficinas de registro público correspondientes que deberán dejar constancia de la extinción de las concesiones o de cualquier otro título o derecho minero, estampando la respectiva nota marginal, de oficio o a solicitud del Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico (DT 6º DL 2015).

Como se puede observar, las disposiciones transitorias dan por sentado lo que las normas permanentes que establecieron el nuevo régimen no señalaron tan claramente; que los antiguos títulos habilitantes que reconocían derechos mineros debían extinguirse anticipadamente al producirse la reserva del mineral, como consecuencia de su declaración como estratégico, lo que irremediablemente conduce al surgimiento de la responsabilidad del Estado en los términos en que fue anteriormente señalado.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

El sector minero ha experimentado una transformación en su regulación reconociendo nuevas formas de explotación de los minerales propiedad del Estado y suprimiendo algunas de las tradicionalmente existentes, pero tiene la particularidad de someter toda esta actividad económica a los controles *ex ante* y *ex post* de carácter administrativo, ambientales y de ordenación del territorio, que debe soportar el ejercicio de la iniciativa privada cuando participa en la realización de una actividad económica que se encuentra intensamente regulada, en virtud de razones de orden y seguridad, protección del ambiente, utilidad pública e interés social, contempladas en las respectivas leyes.

De la misma manera que sucedió con el oro, el nuevo régimen jurídico de la actividad carbonífera ha supuesto una modificación normativa, institu-

cional y de gestión, donde la regulación general y tradicional ha pasado a ser supletoria de la nueva regulación, que ahora tiene un rol principal como fuente de derecho minero con respecto a estos minerales.

Este nuevo régimen tiene una aplicación directa e inmediata, respecto a los operadores mineros que aspiran *ex novo* participar en el sector del oro y del carbón, quienes deberán hacerlo mediante la asociación público-privada institucional con el Estado en las empresas mixtas, que serán de titularidad predominante estatal.

Respecto a los operadores mineros que estaban realizando actividades primarias al momento de la declaración del oro y del carbón como minerales estratégicos deberán respetarse sus derechos adquiridos, conforme lo establece la Constitución y se deriva del régimen jurídico anterior, pero al proceder a aplicarles el nuevo régimen como ha sucedido conforme lo evidencia la práctica administrativa mediante la extinción de los antiguos títulos habilitantes, el Estado tiene que asumir su responsabilidad por los daños y perjuicios que pudo causarle a los titulares de tales derechos.

El último escenario planteado proyecta una notable inseguridad jurídica y un desestímulo para lograr el objetivo que persigue la reforma jurídica, que es la captación de nueva inversión privada en la modalidad de asociación público-privada institucional, a los fines de desarrollar las actividades primarias sobre los minerales del oro y el carbón; pues nada garantiza que luego de efectuar la inversión conforme a este nuevo orden jurídico, el Estado no procederá nuevamente a reformar el marco regulatorio con efecto retroactivo respecto de sus nuevos socios.

Finalmente cabe mencionar, que las concesiones del dominio público minero tienden a desaparecer del actual contexto jurídico nacional, al menos con respecto a la exploración y explotación de los yacimientos que contengan minerales que el Estado califique como estratégicos, en cuyo caso quedan sustraídos del régimen jurídico general y pasan a tener un régimen especial.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ARAUJO-JUÁREZ, J. (2008): «Régimen general de derecho público relativo a las empresas del Estado», *Nacionalización, Libertad de empresa y Asociaciones Mixtas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.
- (2010): *Derecho Administrativo General. Servicios Públicos*, Ediciones Paredes, Caracas.
- AMORER, E. (1998): «Estudio sobre los proyectos de Ley de Reforma de la Ley de Minas», *SUMMA, Homenaje a la Procuraduría General de la República*, Caracas.

- AYALA, J. R. (1945): *Epítome de legislación y derecho minero venezolano*, tomo II, Caracas.
- BARRIOS DE ACOSTA, H. (1981): «Las nacionalizaciones en Venezuela», *Archivos de Derecho Público y Ciencias de la Administración. Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela*, tomo 1, Vol. III, Universidad Central de Venezuela, Caracas.
- BREWER-CARÍAS, A. R. (2007a): «Las técnicas de regulación y la participación del capital privado en la industria minera», *Estudios de Derecho Público. 2005-2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.
- (2007b): «La terminación anticipada y unilateral mediante leyes 2006 y 2007 de los convenios operativos y las asociaciones que permitían la participación del capital privado en las actividades primarias suscritas en 2002», *Revista de Derecho Público* N° 109, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.
- (2011): «Comentarios sobre la Ley orgánica de nacionalización de la minería del oro y de la comercialización del oro», *Revista de Derecho Público* N° 127, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.
- (2018): *Crónica de una destrucción. Concesión, Nacionalización, Apertura, Constitucionalización, Desnacionalización, Estatización, Entrega y Degradación de la Industria Petrolera*, Editorial Jurídica Venezolana-Centro de Estudios de Regulación Económica Universidad Monteávila, Caracas.
- DUQUE SÁNCHEZ, J. R. (1964): *Manual de Derecho Minero Venezolano*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas.
- FIGUEIRAS ROBISCO, A. (2012): «El decreto que reservó al Estado la actividad minera del oro», *Revista de Derecho Público* N° 130, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.
- FORTIER, L. Y., and DRYMER, S. L. (2004): «Indirect expropriation in the law of international investment: I know when I see it, or caveat investor», *ICSID Review: Foreign Investment Journal*, Vol. 19, Oxford.
- GONZÁLEZ, G. (1947): *Derecho Minero Venezolano*, Tipografía La Nación, Caracas.
- GONZÁLEZ BERTI, L. (1962): *Compendio de Derecho Minero Venezolano*, tomo I, 2ª ed., Universidad de Los Andes, Mérida.
- GONZÁLEZ MIRANDA, R. (1938): «Aplicación de la Real Ordenanza de Minería de Nueva España en Venezuela», *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal* N° 9, Caracas.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R. (2012a): «La regulación de la reserva del Estado de las actividades de exploración y explotación del oro, así como las conexas y su impacto sobre los medios de resolución de controversias», *Revista de Derecho Público* N° 130, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

- (2012b): «La reserva del Estado de las actividades de exploración y explotación del oro, así como las conexas y auxiliares», *VII Congreso Iberoamericano de Regulación: Energía, Minería, Petróleo, Gas y Otros Sectores Regulados*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
 - (2016): La vigente regulación en la exploración y explotación del oro en Venezuela, *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería* N° 9, mayo-junio, Editorial Ábaco, Buenos Aires.
 - (2017): «La expropiación en Venezuela. Marco constitucional, legal y jurisprudencial», en Universidad Externado de Colombia (ed.) (Eds. Julián Pimiento Echeverri y Héctor Santaella Quintero), *La expropiación forzosa en América y Europa*, Bogotá.
- MONSALVE CASADO, E. (1947): *Manual de Vigencia Jurídica Minera*, Talleres Gráficos Padilla y Contreras, Buenos Aires.
- MUCI BORJAS, J. A. (2007): *El derecho administrativo global y los tratados bilaterales de inversión (BITs)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.
- NOUVEL, Y. (2002): «Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux», *Revue générale du droit international public*, Vol. 106, París.
- VILLEGAS MORENO, J. L. (2012): «Desarrollo sustentable, pueblos y territorios indígenas: una sinfonía inacabada en Venezuela: Barí y Yukpas», *Regulación minera petrolera colombiana y comparada*, 7 Colección de Regulación Minera y Energética, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Normas citadas

- Constitución de la República (G.O. N° 662, 23/01/1961).
- Constitución de la República (G.O. N° 5.453, 24/03/2000, enmendada según G.O. N° 5.908, 19/02/2009).
- Ley de Minas (G.O. N° 121, 18/01/1945).
- Ley de Minas (G.O. N° 5.382, 28/09/1999).
- Reglamento de la Ley de Minas (G.O. N° 37.155, 09/03/2001).
- Decreto-Ley Orgánica que Reserva al Estado las actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las Conexas y Auxiliares (G.O. N° 39.759, 16/09/2011), reformada según (G.O. N° 6.063, 15/12/2011).
- Ley Orgánica de la Administración Pública (G.O. N° 6.147, 17/11/2014).
- Ley Orgánica de la Administración Financiera del sector público (G.O. N° 6.210, 30/12/2015).
- Ley del Banco Central de Venezuela (G.O. 6.211, 30/12/2015).

Decreto-Ley Orgánica que Reserva al Estado las actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las Conexas y Auxiliares (G.O. N° 6.150, 18/11/2014).

Decreto-Ley Orgánica que Reserva al Estado las actividades de Exploración y Explotación del Oro y demás minerales estratégicos (G.O. N° 6.210, 30/12/2015).

Decreto N° 3.597, mediante el cual se declara como mineral estratégico para su exploración y explotación el carbón, por lo que queda sujeto al régimen previsto en el Decreto-Ley Orgánica que Reserva al Estado las actividades de Exploración y Explotación del Oro y demás minerales estratégicos (G.O. N° 41.472, 31/08/ 2018).

Decreto N° 3.599, mediante el cual se autoriza la creación de una Empresa Mixta entre Carbones del Zulia S.A. y la empresa *Glenmore Proje Insaat S.A.*, bajo la forma de Sociedad Anónima denominada Carbones de Turquía y Venezuela (CARBOTURVEN S.A.), la cual estará adscrita al Ministerio de Industria y Producción Nacional (G.O. N° 41.472, 31/08/ 2018).

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 7 de noviembre de 1962.

Corte IDH, *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 31 de agosto de 2012, serie C, N° 246.

LA REGULACIÓN DE LAS CONCESIONES DE PLAYA EN ITALIA: ¿UN OBJETIVO INALCANZABLE?

FRANCESCA DI LASCIO

Profesora de Derecho administrativo de la Universidad Roma 3

SUMARIO: I. PRÓLOGO.– II. LA REGULACIÓN DE LAS CONCESIONES DE PLAYA TRAS LA SENTENCIA PROMOIMPRESA.– III. LOS NUDOS DE APLICACIÓN Y LA INEFICACIA DE LAS NORMAS.– IV. LAS CONCESIONES DE PLAYA EN EL PROYECTO DE LEY DE LA COMPETENCIA: ¿QUÉ PERSPECTIVAS?– V. BUENOS AUGURIOS PARA EL FUTURO.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Tras describir el marco jurídico de referencia para la regulación de las concesiones de playas, el artículo se detiene en el análisis de los principales problemas de aplicación y en la ineficacia de las disposiciones actuales. A continuación se profundiza en los elementos críticos que la disciplina nacional ha presentado en su aplicación desde la sentencia del TJUE de 14 de julio de 2016 (caso *Promoimpresa*). Por último, se exponen algunas reflexiones sobre las perspectivas de desarrollo futuro perfiladas para la reforma del sistema de concesiones de dominio marítimo con fines turísticos y recreativos, también a la luz de las políticas relacionadas con el mecanismo de recuperación y resiliencia vinculado a los fondos Next Generation UE.

Palabras clave: patrimonio natural; dominio público; concesiones; protección de la competencia.

ABSTRACT: After describing the legal framework of reference for the regulation of beach concessions, the contribution dwells on the main enforcement issues and the ineffectiveness of the current provisions. The critical elements that the national discipline has presented in its application since the intervention of the CJEU ruling of 14 July 2016 (*Promoimpresa* case) are then examined in depth. Finally, some reflections are developed on the prospects of future development that are being outlined for the reform of the system of maritime domain concessions for tourism and recreational purposes, also in light of the policies related to the recovery and resilience mechanism connected to the EU Next Generation.

Key words: natural heritage; public domain; concessions; competition protection.

I. PRÓLOGO

En el marco de las concesiones estatales de bienes naturales, las concesiones de playas con fines turístico-recreativos representan un *unicum* en Italia (1).

Sin embargo, las características que la hacen original con respecto a otras concesiones estatales no están representadas por factores positivos, sino por tensiones duraderas, aparentemente sin solución (2). Entre los más relevantes se encuentran la falta de circulación de las licencias, debido a la constante ampliación de la duración de las concesiones en curso y dirigida a evitar la apertura a la competencia de la fase de elección de nuevos entrantes, y una irrisoria determinación de los cánones concesionales, rígidamente definidos en función de la superficie de las playas sin tener en cuenta su rentabilidad real, que no sólo viene determinada por la dimensión física del bien estatal marítimo asignado, sino por su valor turístico y los servicios adicionales ofrecidos a los usuarios respecto al mero uso de la playa (3).

El efecto combinado de estos elementos determina un grado de conflictividad muy elevado en el sector, como demuestran las ya numerosas sentencias dictadas en el ámbito de las distintas jurisdicciones: el Tribunal Constitucional ha intervenido para poner límites a las regiones que adoptan leyes de prórroga exorbitantes con respecto a sus competencias normativas (4); el Consejo de

(1) Las concesiones de las que se habla en este documento son aquellas en las que las playas se confían a terceros con fines turístico-recreativos. Representan, por tanto, una especie de la categoría más amplia de las concesiones del Estado marítimo que pueden seguir teniendo como objeto las playas pero con el objetivo de utilizarlas para usos de otra naturaleza, como los industriales. El contenido preciso de las finalidades admisibles para el tipo de concesiones consideradas se indica en el artículo 01, apartado 1, del Decreto-ley n° 400, de 5 de octubre de 1993 (convertido con modificaciones por la Ley n° 94, de 4 de diciembre de 1993, y modificado por la Ley n° 88, de 16 de marzo de 2001), según el cual «la concesión de las playas del Estado italiano puede utilizarse para otros fines, como los industriales. 88), según el cual «la concesión de bienes del Estado marítimo podrá otorgarse, además de para servicios públicos y servicios y actividades portuarias y de producción, para el ejercicio de las siguientes actividades con fines turísticos y recreativos (a) gestión de establecimientos de baño; b) restauración y servicio de bebidas, alimentos precocinados y productos en régimen de monopolio; c) fletamento de embarcaciones y buques en general; d) gestión de instalaciones de alojamiento y actividades recreativas y deportivas; e) establecimientos comerciales; f) servicios de otra naturaleza y conducción de instalaciones de uso residencial, compatibles con las necesidades de uso referidas en las anteriores categorías de uso».

(2) Así lo destaca, entre otros, E. CHITI (2021: p. 802).

(3) Sobre este tema, M. D'ALBERTI (2007: p. 283 y ss.).

(4) Véase, más recientemente, la Sentencia n° 10 de 29 de enero de 2021, que confirma la orientación ya consolidada según la cual las leyes autonómicas que prevén mecanismos de renovación automática de las concesiones ya asignadas son ilegítimas por vulnerar los principios de la competencia. Sobre el tema en general, S. DE NARDI (2018); M. CONTICELLI (2020); M. MAZZARELLA (2022).

Estado y los tribunales administrativos regionales se han pronunciado sobre los recursos de los operadores económicos que se consideran agraviados, según se encuentren en la posición de concesionarios o de titulares, por la licitación de concesiones o su prórroga (5); el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado con decisión la necesidad de garantizar el principio de competencia en la adjudicación de concesiones.

Ante este panorama, el legislador nacional parece indefenso. Basta pensar que en los últimos veinte años no se ha aprobado ninguno de los proyectos de reforma orgánica presentados en el Parlamento y que las únicas disposiciones adoptadas han sido de carácter programático (no de aplicación inmediata, por tanto) o se han limitado a prorrogar el *statu quo* en vista de posteriores reformas del sistema, que nunca se han aprobado.

La ausencia de una normativa adecuada en materia de concesiones de playas ha provocado dificultades de aplicación a nivel administrativo, especialmente por parte de los municipios, entidades territoriales que tienen asignadas directamente las funciones de gestión de los bienes del Estado marítimo y, por tanto, son competentes para la adjudicación y revocación de las concesiones de playas y para la gestión de las relaciones con los operadores económicos afectados.

La inercia de la potestad reglamentaria ha llevado, como se verá, al Consejo de Estado a valerse de un poder de sustitución sin precedentes para señalar los plazos definitivos de vigencia de las concesiones existentes y, por tanto, aquellos a partir de los cuales poner en marcha los procedimientos de asignación de nuevas licencias que tengan en cuenta las conclusiones de los jueces europeos.

Mientras tanto, en 2021 el gobierno técnico de unidad nacional presidido por Mario Draghi, designado para guiar a Italia en la difícil fase de recuperación económica y social de los efectos de la crisis pandémica, presentó al Parlamento un proyecto de ley sobre la competencia, en el que se incluía una nueva propuesta de reforma de las concesiones de propiedad del Estado marítimo (6).

Teniendo en cuenta el contexto brevemente esbozado, esta contribución describirá en primer lugar el marco normativo de referencia, centrándose en las disposiciones de interés con respecto a las cuestiones mencionadas anteriormente. A continuación se profundizará en los elementos críticos que la

(5) Una amplia recopilación de las decisiones adoptadas por los jueces administrativos en la materia puede encontrarse en M. FERRARA – G. IOANNIDES – G. VOSA (2021).

(6) Se trata del AC n° 3634-A, titulado Ley Anual de Mercado y Competencia 2021 (disponible en el siguiente enlace http://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camer.3634_A.18PDL0192660.pdf).

disciplina nacional ha presentado en su aplicación desde la intervención de la sentencia del TJUE de 14 de julio de 2016 (caso Promoimpresa). Por último, se desarrollarán algunas reflexiones sobre las perspectivas de desarrollo futuro que se perfilan para la reforma del sistema de concesiones de propiedad estatal marítima con fines turísticos y recreativos, también a la luz de las políticas relacionadas con el Mecanismo de recuperación y resiliencia vinculado a la UE de próxima generación.

II. LA REGULACIÓN DE LAS CONCESIONES DE PLAYA TRAS LA SENTENCIA PROMOIMPRESA

En 2016, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sancionó la normativa italiana sobre propiedad marítima estatal porque permitía la renovación automática de las concesiones de playa otorgadas con fines turístico-recreativos (7). En particular, la ampliación de la relación de concesión, que en determinadas condiciones se permitía sin una evaluación de la competencia, se consideró contraria a los principios de libertad de establecimiento, no discriminación y protección de la competencia.

La cuestión de la compatibilidad de las prórrogas con el Derecho de la Unión Europea está relacionada con el hecho de que las concesiones de playas entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior (la llamada Directiva Bolkestein) y, en particular, de su artículo 12 (8). En la sentencia *Promoimpresa srl*, el Tribunal de Justicia interpretó la citada disposición como un obstáculo a la legitimidad de las medidas nacionales que permiten la prórroga automática de las concesiones estatales y que no prevén un procedimiento comparativo entre las partes

(7) La referencia es al TJUE, Sec. V, 14 de julio de 2016, asuntos acumulados C-458/14 y C-67/15 (Caso *Promoimpresa srl* contra *Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro* y otros).

(8) Dicha disposición establece que «cuando el número de autorizaciones disponibles para una actividad determinada sea limitado debido a la escasez de recursos naturales disponibles o de capacidad técnica, los Estados miembros aplicarán un procedimiento de selección entre los posibles candidatos que presente garantías de imparcialidad y transparencia y prevea, en particular, una publicidad adecuada de la apertura del procedimiento y de su desarrollo y finalización» (apartado 1). En estos casos, se especifica, la autorización debe tener «una duración limitada adecuada y no puede prever el procedimiento de renovación automática ni conceder otras ventajas al prestador saliente o a las personas que tengan vínculos particulares con dicho prestador» (apartado 2). Además, la adjudicación debe respetar los principios de imparcialidad, publicidad y transparencia en el sentido del artículo 49 del TFUE, según el cual se prohíben las restricciones a la libertad de establecimiento, lo que exige que se permita el acceso a las actividades económicas a todos los operadores europeos de forma no discriminatoria.

potencialmente interesadas en la obtención del título, más aún cuando se trata de concesiones con un interés transfronterizo definido, apreciado, entre otras cosas, en función del valor económico del contrato, del lugar de ejecución y/o de las características técnicas del mismo (9).

La orientación expresada por el tribunal europeo no debe sorprender. De hecho, está en línea con la de la Autoridad Italiana de la Competencia y el Mercado, que hace una década ya había puesto de manifiesto la necesidad de introducir mecanismos de competencia en la cesión de derechos de uso de la propiedad estatal y que recientemente ha vuelto a intervenir en sentido crítico respecto al marco normativo existente y en proceso de ser modificado (10). Del mismo tenor es la jurisprudencia administrativa, que ha declarado reiteradamente ilegítima la ausencia de una afirmación generalizada y decisiva del principio de competencia en los procedimientos de concesión de bienes del Estado. Sin embargo, el Tribunal de Cuentas también ha declarado que el otorgamiento de concesiones de playa sin licitación puede causar daños al presupuesto del Estado, al igual que el Tribunal Constitucional ha dictaminado sistemáticamente que numerosas leyes regionales que contienen disposiciones contrarias a los principios europeos son ilegales (11).

Para entender el contexto en el que se produjo la sentencia de 2016, conviene recordar la calificación jurídica de las playas y su particular uso con reserva a terceros (12).

De conformidad con el apartado 1 del artículo 822 del Código Civil (13), las playas entran en la categoría de bienes marítimos y, por tanto, pertenecen exclusivamente al Estado (14). Su clasificación como pro-

(9) Para un comentario sobre la citada decisión, véase, *ex multis*, L. DI GIOVANNI (2016); A. COSSIRI (2016); A. SQUAZZONI (2016); E. BOSCOLO (2016); G. BELLITTI (2017). Más recientemente, véanse las reflexiones de B. CARAVITA DI TORITTO – G. CARLIOMAGNO (2021). Sobre las cuestiones prejudiciales planteadas por los dos jueces del TAR que dieron lugar a la sentencia del TJUE, véase M. MAGRI (2016).

(10) Informe de conformidad con los artículos 21 y 22 de la Ley n° 287 de 1990 sobre propuestas de reforma de la competencia, a efectos del ejercicio anual de la ley de mercado y competencia 2021, n° 1730/2021 de la Autoridad italiana de la competencia, enviado al Parlamento el 22 de marzo de 2021.

(11) Véanse, entre otras, las sentencias n° 180 y 340 de 2010, 109 de 2018 y 1 de 2019, por las que se han considerado siempre ilegales las prórrogas *ope legis* de las concesiones existentes.

(12) Para una clasificación de los usos de los bienes públicos, léase G. DELLA CANANEA (2015: p. 262 y ss.); ID. (2008).

(13) Aprobado por el Real Decreto n° 262 de 16 de marzo de 1942.

(14) Según esta disposición «pertenecen al Estado y forman parte del dominio público la ribera del mar, la playa, las radas y los puertos...». La disposición es reiterada por el artículo 28 del Código de Navegación, aprobado por el Real Decreto 327 de 30 de marzo de 1942.

propiedad del Estado los hace inalienables e imprescriptibles, pero, en virtud del artículo 36 del Código de la Navegación, pueden ser objeto de concesión a terceros, que los adquieren en uso particular por un período de tiempo predeterminado y contra el pago de un canon al Estado (15). La cuantía del canon se determina en función de una medida definida con precisión en el título de concesión, de acuerdo con las indicaciones contenidas en la legislación de referencia (16). Con el tiempo, las disposiciones del código se han completado con otras disposiciones reglamentarias que, como se ha mencionado, han afectado sobre todo a la duración de las concesiones, a la posibilidad de prever renovaciones o a la redeterminación periódica del valor de los cánones (17).

Desde 2006, la entrada en vigor de la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior (la llamada Directiva Bolkestein) impone una evaluación de la compatibilidad entre las normativas nacional y europea, adoptada con el objetivo de eliminar los obstáculos a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios en los Estados miembros mediante una aplicación efectiva del principio de competencia en los ordenamientos jurídicos nacionales. Más concretamente, a raíz del artículo 12 de esta medida, prevaleció la opinión de que, a su vencimiento (así como en caso de revocación), las concesiones del Estado marítimo deben asignarse mediante procedimientos competitivos, no pueden renovarse automáticamente y, además,

(15) En particular, de acuerdo con el artículo 36.1 del Real Decreto 327/1942, aún vigente en la actualidad, la administración encargada de la gestión de los bienes del Estado marítimo «de forma compatible con las exigencias del uso público, podrá conceder la ocupación y el uso, incluso exclusivo, de los bienes del Estado y de las zonas del mar territorial durante un determinado período de tiempo». Sobre el tema, véase B. TONOLETTI (2008); A. GIANNELLI (2017); M. CALABRÒ (2012). También me remito a F. DI LASCIO (2009).

(16) Los criterios orientadores para la determinación de los cánones anuales de las concesiones de los bienes del Estado marítimo con fines turísticos y recreativos están establecidos en el artículo 03 del Decreto-Ley n° 400, de 5 de octubre de 1993, convertido con modificaciones por la Ley n° 94, de 4 de diciembre de 1993, y, por último, modificado parcialmente por el artículo 100, apartado 2, del Decreto-Ley n° 104, de 14 de agosto de 2020, que intervino en la definición del valor de los bienes del Estado catastral. La medida para determinar los cánones viene dada por la superficie de la concesión otorgada, con la indicación de un valor fijo por metro cuadrado de playa.

(17) Para un estudio en profundidad de la disciplina jurídica sobre la propiedad estatal y su evolución, sugerimos, sin ninguna pretensión de exhaustividad, a E. GUICCIARDI (1934); A.M. SANDULLI (1959); M.S. GIANNINI (1963); F. BENVENUTI (1965); S. CASSESE (1969); V. CERULLI IRELLI (1983); V. CERULLI IRELLI (1987); A.M. SANDULLI (1989: p. 761 Y ss.); G. COLOMBINI (1989); G. PALMA (1999); M. ARSÌ (2003); M. RENNA (2004); M. OLIVI (2005); M. RENNA (2006); N. CENTOFANTI (2007); M. DUGATO (2008); C. CACCIAVILLANI (2009); A. POLICIA (2011); G. PIPERATA – A. DE MICHELE – P. NOVARO (2015); V. CERULLI IRELLI (2022). Sobre la propiedad estatal marítima, recientemente, F. FRANCARIO (2020) a quien también se hace referencia por los trabajos citados en nota a pie de página.

no es legítima ninguna forma de preferencia para el operador saliente a la hora de reasignar el título concesional (18).

Con respecto a esta orientación, la normativa italiana parece presentar inmediatamente ciertas incompatibilidades. En concreto, el problema se planteaba en relación, en primer lugar, con que el art. 37, apartado 2, del Código Civil preveía un «derecho de insistencia» del anterior titular de la concesión en el momento de la reasignación, otorgando a este sujeto preferencia sobre los demás solicitantes. A ello se sumó el párrafo 2 del artículo 01 del Decreto-Ley n° 400 de 5 de octubre de 1993 (convertido en la Ley n° 94 de 4 de diciembre de 1993 y modificado por la Ley n° 88 de 16 de marzo de 2001), que permitía la posibilidad de una renovación automática de las concesiones estatales con fines turísticos y recreativos cada seis años.

La combinación de estas disposiciones, que pretendían garantizar las legítimas expectativas de los actuales concesionarios, impedía, de facto, una apertura competitiva del mercado en el sector considerado.

Estas incompatibilidades llevaron a la Comisión Europea a abrir el procedimiento de infracción n° 2008/4908, que no se cerró, tras un agitado debate mediático y parlamentario, hasta el 27 de febrero de 2012. En su acción sancionadora, la Comisión Europea había censurado entonces la adjudicación de concesiones del Estado marítimo cuando se otorgaban con preferencia para el concesionario saliente, al que se le permitía acogerse al derecho de insistencia, o incluso beneficiarse de una renovación automática del título concesional. Para superar las objeciones planteadas, Italia respondió derogando el derecho impugnado con un decreto-ley especial (19).

Sin embargo, al convertir esta medida, el Parlamento introdujo un inciso que salvaba la posibilidad de renovar automáticamente las licencias por otros

(18) En concreto, el citado artículo 12 establece que «cuando el número de autorizaciones disponibles para una actividad determinada sea limitado debido a la escasez de recursos naturales o de capacidad técnica disponibles, los Estados miembros aplicarán un procedimiento de selección entre los posibles candidatos que presente garantías de imparcialidad y transparencia y que prevea, en particular, una publicidad adecuada del inicio del procedimiento y de su desarrollo y finalización» (apartado 1). En los casos indicados, «la autorización se concederá por un período limitado adecuado y no podrá prever el procedimiento de renovación automática ni conferir ninguna otra ventaja al prestador saliente o a las personas que tengan vínculos particulares con dicho prestador» (apartado 2).

(19) En particular, el derecho de insistencia fue derogado por el artículo 1(18) del Decreto-Ley n° 194 de 30 de diciembre de 2009 (convertido por la Ley n° 25 de 26 de febrero de 2010). Sobre los problemas que plantea el derecho de insistencia durante su vigencia, léase S. CASSESE (2003: 355 y ss.); L.R. PERFETTI (2003: p. 621 y ss.); A. CONIO (2007: p. 50 y siguientes); C. ANGELONE (2008: p. 283 y siguientes); M. D'ORSOGNA (2011: p. 606 y siguientes). Sobre la finalidad «compensatoria» frente a los concesionarios de la prórroga dispuesta tras la derogación de este derecho, véase M. MAGRI (2016).

periodos de tiempo (20). Esto ha supuesto un retroceso complementario reforzado, además, por la entrada en vigor, a finales de 2009, de la directiva Bolkestein, que introdujo el conocido principio de la necesaria asignación competitiva de las autorizaciones, cuyo número parece limitado debido a la escasez de recursos naturales afectados (21).

Con la ley de la UE para el año 2010, el Parlamento eliminó finalmente todas las referencias al régimen de renovación automática, lo que permitió superar las objeciones europeas y llevar al cierre del procedimiento de infracción (22). La citada disposición también confería al Gobierno una delegación para la revisión y reorganización global de la materia, que, sin embargo, nunca se ha ejercido.

A la espera de una reforma orgánica del sector, se ordenó una nueva ampliación del plazo de duración de las concesiones de playa. Esta prórroga *ope legis*, justificada por la necesidad de garantizar a los concesionarios el tiempo necesario para amortizar las inversiones realizadas, no convenció, sin embargo, a los jueces administrativos. La remisión prejudicial ordenada por dos tribunales administrativos regionales abrió así el camino a la sentencia del TJUE de julio de 2016.

Tras la adopción de la citada decisión, y a pesar del riesgo de iniciar un nuevo procedimiento de infracción, el legislador nacional volvió a prorrogar las concesiones existentes, aplazando su vencimiento hasta el año 2020 para

(20) En concreto, el artículo 1, párrafo 18 del Decreto-Ley n° 194 de 30 de diciembre de 2009 (convertido en la Ley n° 25 de 26 de febrero de 2010) había prorrogado las concesiones existentes hasta el 31 de diciembre de 2015 y, posteriormente, el artículo 34-duodécimo del Decreto-Ley n° 179 de 18 de octubre de 2012 (convertido en la Ley n° 221 de 17 de diciembre de 2012) prorrogó la prórroga hasta el 31 de diciembre de 2020.

(21) En este sentido, cabe señalar que la sentencia del TJUE de 2016 equiparó expresamente las autorizaciones a las concesiones, con independencia de su calificación precisa en el derecho interno. En particular, a la luz de la citada sentencia, la Directiva Bolkestein se aplica si las concesiones afectan a un recurso escaso, según una valoración realizada in concreto por los tribunales nacionales. En este caso, el número de licencias de uso particular que pueden concederse debe ser limitado y, por tanto, la identificación del concesionario debe inspirarse en los principios de imparcialidad, transparencia y publicidad. Por otra parte, la referencia exclusiva a las autorizaciones que hace la Directiva 2006/123/CE debe entenderse que abarca todos los diferentes tipos de actos que, en cada uno de los países europeos, permiten a los interesados realizar actividades económicas. En este sentido, engloba, en lo que respecta al sistema italiano, todas las medidas de habilitación, entre las que se encuentran también (pero no sólo) las concesiones administrativas. Sobre el tema, véanse las consideraciones de C. BENETAZZO (2016: p. 24).

(22) La disposición que contenía la renovación automática de las concesiones fue derogada por el art. 11, apartado 1, letra a, de la Ley n° 217, de 15 de diciembre de 2011, para cerrar el procedimiento de infracción europeo n° 2008/4908 y responder a la necesidad de los operadores económicos de contar con un marco normativo que se ajuste a la euroley unitaria.

garantizar, a la espera de la reordenación de la materia de acuerdo con los principios de la derivación europea, la «certeza de las situaciones jurídicas existentes y asegurar el interés público en la gestión ordenada de los bienes del Estado». Sobre esta base, en febrero de 2017, el Gobierno presentó al Parlamento un nuevo proyecto de ley delegada titulado «Delegación del Gobierno para la revisión y reorganización de la normativa sobre concesiones estatales marítimas, lacustres y fluviales de uso turístico-recreativo». El proyecto fue aprobado primero en la Cámara de Diputados, para luego ser bloqueado en el Senado y caducar por el fin de la legislatura.

Durante 2019 y 2020 se produjeron nuevas intervenciones normativas que, en lugar de ampliar las oportunidades de entrada de nuevos operadores en el mercado de las concesiones de playa, las impidieron al ampliar aún más el plazo de vigencia de las concesiones otorgadas (23).

Esta enésima prórroga automática estuvo motivada por el impacto social que tendría la licitación, también en referencia al empleo de los trabajadores contratados por las concesionarias salientes. Sin embargo, esta es una lectura que subestima en gran medida las implicaciones para la competitividad del sector y los costes indirectos que soportan los operadores económicos excluidos del acceso al mercado. Además, la ausencia de procedimientos competitivos adecuados para la selección del mejor licitador no permite identificar a los operadores económicos capaces de competir eficazmente en el mercado y ofrecer un servicio cualitativamente mejor a los usuarios afectados. Por otro lado, las disposiciones referidas se justificaron por la emergencia sanitaria que obligó a ordenar la suspensión de los procedimientos administrativos para la asignación de nuevas concesiones (24).

La no adopción de la prometida reforma del sector ha llevado a la Comisión Europea a incoar de nuevo un procedimiento de infracción contra Italia (25).

(23) En concreto, con un aparte insertado durante la conversión de los párrafos 682 y 683 del artículo 1 de la Ley n.º 145, de 30 de diciembre de 2018, volvió a aplazar el vencimiento de las concesiones en vigor. Esta indicación fue confirmada por el posterior artículo 100 del Decreto-Ley n.º 104 de 14 de agosto de 2020 (convertido por la Ley n.º 126 de 13 de octubre de 2020). La fecha indicada por estas disposiciones era el 31 de diciembre de 2033.

(24) Así, el apartado 2 del artículo 182 del Decreto-Ley n.º 34 de 19 de mayo de 2020 (convertido por la Ley n.º 77 de 17 de julio de 2020).

(25) El 3 de diciembre de 2020 se envió una carta especial de notificación formal con la que se abrió la fase precontenciosa del procedimiento de infracción 2020/4118 C (2020) 7826 final, Bruselas, 3 de diciembre de 2020, en relación con la disciplina establecida en el artículo 1, apartados 682 y 683, de la Ley n.º 145/2018. En la carta, se considera que la disciplina italiana es incompatible con la legislación europea y está en contraste con la sentencia *Promoimpresa*, además de que puede generar incertidumbre en los operadores y desincentivar las inversiones. Por lo tanto, es culpable de no promover el desarrollo de la recuperación económica y de una importante pérdida de ingresos para el sector.

En este contexto, intervino el Pleno del Consejo de Estado que, a instancias de su Presidente, se pronunció en contra de las prórrogas previstas de las concesiones existentes y las declaró ineficaces con las sentencias nº 17 y nº 18 de 9 de noviembre de 2021. Las decisiones citadas reiteran el contraste entre las disposiciones nacionales y la legislación europea, que «*exige que el otorgamiento o la renovación de las concesiones marítimas (o lacustres o fluviales) de titularidad estatal tenga lugar al término de un procedimiento de prueba pública*». (26). Las mismas decisiones, con el fin de modular el impacto social y económico que hubiera supuesto una inaplicación inmediata de la sentencia dictada, contemplaron una original excepción al criterio general de retroactividad de las sentencias al identificar el 31 de diciembre de 2023 como un plazo razonable para que los operadores económicos implicados se ajustaran.

Las sentencias nº 17 y nº 18 de 9 de noviembre de 2021 del Consejo de Estado son relevantes porque establecen principios generales que deben guiar las acciones judiciales y legislativas posteriores. En primer lugar, afirman que las concesiones del Estado marítimo tienen un cierto interés transfronterizo en razón de su valor económico, ponderado en el conjunto del mercado de referencia, y que el requisito antes mencionado de la escasez de los recursos naturales afectados debe referirse al mismo mercado en su conjunto. A continuación, reafirman la aplicabilidad de la directiva europea también a las concesiones de bienes públicos, confirmando así la necesidad de aplicar el artículo 12 correspondiente a la hora de elegir nuevos concesionarios y, por tanto, de llevar a cabo procedimientos de competencia.

De este planteamiento, el Consejo de Estado deriva el efecto de que las normas nacionales que entran en conflicto con el Derecho europeo deben ser directamente inaplicadas tanto por los tribunales administrativos como por la administración (27). Por lo tanto, a partir de la fecha mencionada, las licencias

(26) La sentencia se refería, en particular, a los apartados 682 y 683 del artículo 1 de la Ley 145 de 2018, que preveía la prórroga automática y generalizada hasta el 31 de diciembre de 2033 de las concesiones estatales existentes.

(27) La orientación relatada confirma lo ya sostenido por el Consejo de Estado en su sentencia, secc. VI, de 18 de noviembre de 2019, núm. 7874 en la que, partiendo del supuesto de la incompatibilidad de la prórroga de las concesiones hasta el año 2033, se precisó que una disposición normativa interna, estatal o autonómica, en conflicto con los principios europeos debe ser inaplicada directamente por el gestor responsable de la adopción de la medida de que se trate, a quien corresponde también identificar qué disposiciones europeas pueden tener un efecto directo a efectos de la regulación del caso concreto. La cuestión se debate en la doctrina. De acuerdo con la sentencia nº 7874/2019 véase E. ЧИП (2021: p. 805), que desarrolla un profundo comentario crítico sobre las posiciones expresadas por el Tribunal Administrativo Regional de Apulia-Lecce en su sentencia, sección I, 27 de noviembre de 2020, nº 1321 en la que descartó que la administración pueda inaplicar las disposiciones de la ley juzgadas como contrarias al derecho europeo ya que no tiene la facultad de comprobar si

dejarían de tener efecto en cualquier caso y aunque el legislador adoptara nuevas prórrogas, que a su vez serían ineficaces e inejecutables según la orientación construida por el Pleno.

Para equilibrar el posible daño a las legítimas expectativas de los concesionarios salientes, el Consejo de Estado sugiere también la posibilidad de que los concursos convocados para nuevas cesiones prevean una compensación a su favor para proteger las inversiones realizadas en la playa cedida. Por último, se ofrecen indicaciones sobre algunos criterios que el legislador debería tener en cuenta en la construcción de procedimientos competitivos para la asignación de concesiones en la fase de renovación o nueva asignación (28).

Las sentencias n° 17 y 18 de 2021 se produjeron en un momento en el que las reformas estructurales necesarias para aplicar el Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia (PNR) y para poner en marcha los proyectos útiles

una directiva es o no autoejecutable. En consecuencia, el Tribunal Administrativo Regional de Puglia-Lecce consideró ilegítimas las denegaciones de las solicitudes de prórroga automática de las concesiones existentes opuestas a los operadores económicos afectados. Sobre este tema, véase recientemente S. AGUSTO (2022). Bajo otro perfil, estrechamente relacionado con el anterior, también resulta desconcertante la previsión de una obligación de inaplicación generalizada de todas las concesiones estatales expuesta por el Consejo de Estado en las Sentencias n° 17 y n° 18 de 2021, ya que presupone su homogeneidad sustancial mediante un supuesto que no parece ser cierto en los hechos. Por el contrario, «la correcta inaplicación de la norma interna contraria al derecho comunitario deberá verificarse en su legitimidad caso por caso, playa por playa. Este enfoque permite, en efecto, distinguir los casos de concesiones que insisten en tramos costeros muy solicitados y disputados por el mercado, y que, por tanto, es correcto que no se extiendan *ex lege*, de los que no son disputados o no lo son en absoluto, y en los que, por tanto, no se justifica el efecto de la supuesta inaplicación de la norma interna por conflicto con el Derecho europeo». Asimismo, «la circunstancia de que para todas las concesiones de Estado se haya fijado una fecha de entrada en vigor, no *ex tunc*, sino a partir de un momento determinado, es indicativa de una interpretación generalizada de todas las concesiones de Estado... En efecto, ... si existe un abuso de confianza, no hay razón para limitar el plazo de ejecución de las licitaciones tal como lo determinan las sentencias del Pleno, ni, sobre todo, para limitarlo en términos idénticos para todas las concesiones de Estado en el mar. En este sentido, no se puede dejar de considerar que la concesión es muy diferente de un gestor a otro»: así A. POLICE – A. M. CHIARIELLO (2022: pp. 65-66). Para una reflexión más amplia sobre las consecuencias que las directivas europeas con efectos directos provocan en relación con los sujetos responsables de la inaplicación de las normativas nacionales en conflicto, véase en cambio A. DE SIANO (2021). Más en general, sobre la necesidad de proteger, a la hora de seleccionar a los concesionarios, los elementos diferenciadores de cada propiedad estatal y de tener en cuenta las características peculiares de cada lugar en cuestión, con el fin de potenciar no sólo su utilidad económica, sino también la social, véase G. CARULLO – A. MONICA (2020: p. 42 y ss.) que proporcionan una reconstrucción original de la cuestión en la que, sin embargo, también debe medirse con las directrices de los tribunales europeos sobre el cierto interés transfronterizo de las concesiones de playa.

(28) Para un comentario sobre las sentencias, véase VARIOS AUTORES (2021); M. TIMO (2021); A. COSSIRI (2021); E. LUBRANO (2022); M.A. SANDULLI (2022); A. POLICIA – A. M. CHIARIELLO (2022); F.F. GUZZI (2022); M. GIAVAZZI (2022); A. MONICA (2022); M.P. CHITI (2022).

para la recuperación económica para los que se recibió financiación europea en el marco de la UE *Next Generation* (29). Entre ellos, la adopción de instrumentos y mecanismos para aumentar el nivel de competencia en determinados sectores, entre los que destacan las concesiones de playas.

No es casualidad, por tanto, que la intervención del Consejo de Estado haya favorecido la reanudación del debate parlamentario sobre el tema y que se haya confiado un nuevo intento de reforma orgánica del sector a un proyecto de ley sobre la competencia que se está aprobando en el Parlamento. En efecto, este proyecto prevé varias disposiciones dedicadas a las concesiones estatales y, además, prevé una derogación expresa de las normas censuradas por el citado juez (30).

III. LOS NUDOS DE APLICACIÓN Y LA INEFICACIA DE LAS NORMAS

La reconstrucción de los acontecimientos que han afectado a la regulación de las concesiones estatales con fines turístico-recreativos desde la sentencia *Promoimpresa* muestra cómo el sector ha sido objeto, desde hace tiempo, de un encendido conflicto que, cíclicamente, vuelve a cobrar fuerza.

Queriendo trazar una hipotética línea entre las partes implicadas, se podría decir que el legislador estatal y, aunque con algunas excepciones, el regional, apoyan la defensa del *statu quo* junto a los operadores del sector, mientras que los jueces, las autoridades reguladoras y los ciudadanos, usuarios directos de los bienes marítimos, promueven la introducción de un cambio que pasa por la plena aceptación de los principios europeos.

Pero, ¿por qué este conflicto sólo afecta a los bienes marítimos y no surge con tanta fuerza en el caso de otros bienes públicos naturales como, por ejemplo, los ríos y los lagos? Antes de responder, puede ser útil recordar algunos datos.

Italia posee unos 7.600 kilómetros de costa natural, flanqueados por otros 700 kilómetros de costa artificial, que además no deja de aumentar debido a los constantes fenómenos de erosión y alteración de la calidad ambiental de las costas.

Esta cifra no es una primicia si se compara con los países europeos que tradicionalmente compiten en la oferta de servicios turísticos de playa. Francia y

(29) Para una reconstrucción comparativa de los planes adoptados en varios países europeos, véase F. DI LASCIO – L. LORENZONI (2022).

(30) Se trata del proyecto de ley A.S. 2469-A, titulado Ley Anual de Mercado y Competencia 2021, sobre el que nos referimos infra. Para un primer comentario sobre la reforma contenida en el proyecto, véase F. GAFFURI (2021).

España, por ejemplo, tienen una extensión costera mucho mayor. Sin embargo, lo que llama la atención es que la relación entre el litoral y la superficie total de Italia sólo es superada por la de Grecia. Hay, por tanto, amplias zonas costeras, la mitad de las cuales son aptas para el baño.

Muchos tipos de actividades insisten en estas zonas costeras, algunas de las cuales tienen un impacto considerable en el sistema turístico italiano. De hecho, van desde los servicios tradicionales directamente funcionales al uso de la playa hasta las numerosas actividades auxiliares aprobadas por los municipios con licencia de sublicencia de la concesión principal, que van ganando en importancia (sobre todo en las costas que no pueden contar con una excelente calidad del agua para el baño), como la restauración y otras formas diversas de *loisirs* deportivos o culturales.

En cuanto al impacto económico de las actividades mencionadas, considérese que, según datos del Ministerio de Economía y Hacienda, existen unas 21.500 concesiones de playa en las costas italianas, que ocupan, aproximadamente, 4.000 kilómetros de costa y suponen la presencia de instalaciones cada 400 metros. No obstante, hay que tener en cuenta que los estudios del sector hablan de 25.000 concesiones, lo que hace dudar de que la administración estatal no conozca bien el número exacto de medidas dictadas por los ayuntamientos que se encargan de gestionar los procedimientos en la materia (31).

En cuanto a las características del mercado de los servicios de baño, cabe destacar otros dos elementos. En primer lugar, la duración de décadas de las concesiones, que parece estar relacionada con el tipo de gestores, que son en su mayoría empresas familiares. En consecuencia, hay poca circulación de títulos de uso de la propiedad estatal marítima, salvo en la hipótesis de toma de posesión o cesión de nuevos tramos de playa, que representan, sin embargo, un porcentaje extremadamente pequeño del total.

En segundo lugar, la rigidez de los cánones de concesión, que se calculan por metro cuadrado de espacio concedido, según unos importes que se mantienen invariables desde hace varios años. Esto significa que no existe una proporcionalidad directa entre los ingresos del Estado y los ingresos realmente percibidos por los concesionarios, como ocurre, de hecho, en todos los sectores en los que los bienes públicos naturales se confían a la gestión privada, con la excepción parcial de las aguas minerales y termales (32).

(31) En este sentido, A. POLICE – A. M. CHIARIELLO (2022: p. 48) se refieren a más de 52.000 concesiones estatales, de las cuales más de 11.000 estarían relacionadas con establecimientos de baño. Un número no muy diferente es el indicado por G. CARULLO – A. MONICA (2020: p.25).

(32) En el sector de las aguas minerales y termales, se ha previsto la imposición de un canon con conmutación mixta: una parte del canon puede determinarse en función de los litros de agua extraída o de los litros de agua embotellada (que pueden no coincidir), mientras

Para entender las consecuencias de este desajuste, consideremos que, si a nivel de facturación las empresas de playa generan más de 2.000 millones de euros anuales (como, por ejemplo, ocurrió en 2016), los ingresos en las arcas del Estado ascienden a apenas 103 millones de euros, además con una brecha muy amplia entre lo evaluado y lo realmente recaudado. Y, de nuevo, en 2019, de un total de 29.689 concesiones estatales marítimas, 21.581 estaban sujetas a un canon inferior a 2.500 euros por un año. En el mismo año, el importe total de los cánones de concesión fue de 115 millones de euros (33).

El considerable tamaño y la variada composición del mercado de servicios de playa contribuyeron a reforzar la idea de que el impulso hacia la valorización económica del sector no sólo era inevitable, sino necesario. Las concesiones de playas han adquirido así un atractivo mucho mayor que las de otros recursos naturales, como la propiedad estatal de lagos y ríos.

El paulatino pero constante giro hacia esta dimensión ha condicionado la legislación estatal de desarrollo del Código Civil y del Código de la Navegación, que, a diferencia de lo ocurrido en otros países europeos, parecía olvidar la necesidad de buscar un equilibrio entre las presiones del mercado y la protección de los bienes naturales objeto de concesión (34). Más concretamente, lo que el juez europeo y los jueces nacionales condenaron fue la ausencia, en el marco normativo sobre concesiones estatales, de instrumentos y mecanismos destinados a una adecuada composición de los intereses diferenciados que subyacen a la posible pluralidad de usos permitidos en la costa.

En particular, según los partidarios del *statu quo*, el principio de confianza legítima sería la razón legitimadora de la duración de más de diez años de las concesiones, de una conmensuración de cánones sin relación con los ingresos

que otra parte se define en correspondencia con la superficie ocupada por la concesión. Este mecanismo estaba sometido al juicio del Tribunal Constitucional, que, en su sentencia nº 65 de 7 de marzo de 2001, consideró legítima una ley regional que había conmutado el canon no sólo por la extensión de la superficie concedida, sino también por la cantidad de agua extraída y embotellada. De hecho, el Tribunal consideró que el primero de los dos criterios, si se utilizaba solo, no era suficiente para determinar el valor económico real de la concesión: una pequeña superficie autorizada podía, de hecho, corresponder a una gran zona de captación y viceversa. Este principio ha sido confirmado por la jurisprudencia administrativa. Véase, por ejemplo, la sentencia del Consejo de Estado, sección V, de 27 de marzo de 2013 nº 1823, con el comentario de G. GIAMMARELLI (2013: p. 479 y ss.). Para profundizar en el estudio, remitimos a F. DI LASCIO – G. PIPERATA (2018: pp. 123-124). Sobre el tema, en general, léase D. CASALINI (2014) y P. FALLETTA (2010: 14 y ss.).

(33) Los datos proceden del informe nº AS1730/2021 de la Autoridad de la Competencia, titulado «Propuestas de reforma de la competencia a efectos del mercado anual y del derecho de la competencia del año 2021», p. 28.

(34) Para una reconstrucción de la regulación de las concesiones de playas en otros sistemas europeos, véase F. DI LASCIO (2011) y M. DE BENEDETTO – F. DI LASCIO (2014), así como G. F. FERRARI (2019); G. CERRINA FERONI (2020).

efectivamente percibidos por las actividades realizadas gracias a la concesión, de la condonación reiterada de las infraestructuras inmobiliarias construidas en las playas en ausencia de títulos legitimadores, y de la alteración perpetua de las condiciones de la propiedad estatal debido al mantenimiento de los equipamientos estables en la costa incluso durante los períodos invernales de no utilización.

Pero si el principio de confianza legítima es válido a nivel europeo, como afirma el Tribunal de Justicia, ¿por qué las tendencias indicadas no encuentran espacio en otros países europeos?

A menudo se compara el sistema italiano de gestión de la propiedad estatal marítima con el español, aprovechando que la Ley de costas, aprobada en 1988 y reformada en 2013, permite concesiones de hasta setenta y cinco años. Sin embargo, rara vez se especifica que los títulos para los que se permite esta duración no se conceden en la playa, sino detrás de ella.

La protección que el código de navegación italiano acepta sólo para la orilla, de hecho, en otros países europeos se extiende a toda la zona arenosa descubierta por el mar. La diferencia radica en la forma en que se utiliza el instrumento concesional: en España, las zonas de la propiedad del Estado marítimo que dan a la costa se otorgan en concesión sólo para fines residenciales o para infraestructuras permanentes con fines turísticos, mientras que las actividades permitidas en la playa se regulan mediante la expedición de licencias de corta duración y sólo pueden realizarse mediante estructuras desmontables. Las excepciones son las instalaciones de seguridad o los servicios esenciales. En Francia este planteamiento básico es aún más nítido, ya que existe una prohibición general de mantener en la playa estructuras que sean funcionales al desempeño de las actividades de baño (35). En nuestro país, esta limitación no ha sido aceptada por la legislación nacional, pero hay leyes autonómicas que la han introducido y jueces administrativos que la han avalado recientemente, sobre todo cuando se corre el riesgo, por hacer lo contrario, de alterar el contexto de disfrute del paisaje (36).

Incluso el problema de la amortización de las inversiones realizadas por los operadores, que es, no por casualidad, la motivación más invocada en apoyo de las partes que se oponen a la introducción de mecanismos de competencia en la adjudicación de las concesiones, podría superarse añadiendo el cómputo de los costes no amortizados soportados por los recién llegados en el momento de la adjudicación del concurso, con un mecanismo

(35) Sobre el tema, véase más ampliamente la reconstrucción realizada en F. DI LASCIO (2011).

(36) En este sentido, véase, por ejemplo, la sentencia del Consejo de Estado, VI, 13 de febrero de 2018 n° 899.

de reembolso contra el concesionario saliente. Esta práctica ya se ha aplicado, con éxito, a la adjudicación de determinados tipos de servicios públicos en los que el problema se planteaba en relación con los activos adquiridos por los operadores salientes (37). Nada parece impedir que esta posibilidad se reproduzca también en lo que respecta a la asignación de las concesiones de playa.

IV. LAS CONCESIONES DE PLAYA EN EL PROYECTO DE LEY DE LA COMPETENCIA: ¿QUÉ PERSPECTIVAS?

Si queremos evitar que las instituciones europeas transformen la atenta observación del sistema italiano en una nueva y costosa acción de incumplimiento, debemos hacer realidad nuestra promesa, hasta ahora incumplida, de adoptar rápidamente una medida de reorganización integral de la materia para hacer competitivo el sector y proteger de forma sostenible la propia existencia de los bienes marítimos naturales concedidos a los particulares.

En el proyecto de ley de competencia que se está aprobando en el Parlamento, hay varias disposiciones dedicadas a las concesiones estatales que, si se aplican, podrían ayudar a lograr este importante objetivo.

En primer lugar, el artículo 2.1 de la disposición delega en el Gobierno para que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la ley, adopte un decreto legislativo para el establecimiento y coordinación de un sistema de información para el levantamiento de las concesiones de bienes públicos con el fin de promover la máxima publicidad y transparencia, también de forma resumida, de los principales datos e informaciones relativos a todas las relaciones concesionales, teniendo en cuenta las exigencias de defensa y seguridad.

El posterior artículo 3 proroga hasta el 31 de diciembre de 2023 la eficacia de las concesiones y relaciones de gestión estatales con fines turísticos recreativos y deportivos y, en consecuencia, reconoce el carácter no abusivo de la ocupación del espacio de titularidad estatal vinculada a las mismas hasta esa fecha, también en relación con el artículo 1161 del Código de la Navegación, que trata de la ocupación abusiva de espacios de titularidad estatal,

(37) A este respecto, remitimos a F. DI LASCIO (2018). De acuerdo M. CONTICELLI (2020, a) y A. DE SIANO (2021: p. 18) que se refieren a algunas leyes autonómicas en las que se preveía una indemnización con función compensatoria, medida no acogida por el Tribunal Constitucional. Véase, por ejemplo, la sentencia n° 222, de 23 de octubre de 2020, en la que se consideraron ilegítimas las disposiciones regionales por exceder la esfera de competencia delimitada en virtud del artículo 117, apartado 2, de la Constitución. A este respecto, véase M. CONTICELLI (2020, b: p. 2475 y ss.) y F. GAFFURI (2021).

supuesto en el que los tribunales han matizado recientemente la posición de los operadores titulares de concesiones de titularidad estatal caducadas e indebidamente prorrogadas (38).

El artículo 4 contiene una segunda delegación al Gobierno para que adopte, en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la ley, normas específicas de reordenación y simplificación en materia de concesiones estatales con fines turístico-recreativos y deportivos. La reforma también podrá realizarse por vía de excepción al Código de la Navegación y deberá tener en cuenta los criterios orientadores indicados, entre los que se encuentran muchos de los ya propuestos por el Pleno del Consejo de Estado en sus dictámenes nº 17 y 18 de 2021. En concreto, se hace referencia a la identificación de un equilibrio adecuado entre las zonas que pueden ser encomendadas en concesión y las zonas libres y equipadas, a la realización de procedimientos selectivos para la encomienda de concesiones que tengan en cuenta los principios europeos, así como a la necesidad de tener debidamente en cuenta tanto las competencias ya adquiridas por los operadores económicos como los objetivos sociales, como, por ejemplo, la protección del empleo del personal empleado por el concesionario saliente al que no se le adjudicó la concesión. la presencia de proyectos para la inclusión de personas con discapacidad y/o la protección medioambiental y cultural. Entre las herramientas que podrían utilizarse en este sentido está la posibilidad de conceder, dentro de las licitaciones, preferencia a los programas de intervención que prevean equipos no fijos y completamente desmontables al final de la temporada de baño. También está prevista una revisión de la duración de las concesiones, así como una redefinición de los criterios de cuantificación de los cánones de concesión, teniendo en cuenta el valor natural y la rentabilidad real de las zonas estatales a concesionar (39).

Los principios y criterios rectores establecidos en el CA nº 3634-A han sido criticados en parte, con consideraciones que parecen estar de acuerdo.

(38) Por ejemplo, en la reciente sentencia del Tribunal de Casación, sección penal 3ª, de 22 de abril de 2022, nº 15676 (caso Bagni Liggia), el juez ordenó el embargo de todos los edificios construidos en la propiedad estatal marítima por ocupación ilegal, ya que, en aplicación de la Directiva Bolkestein, se consideró que el operador económico titular de la concesión indebidamente prorrogada no tenía el título necesario para disponer de la propiedad estatal. La decisión puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.mondobalnearre.com/wp-content/uploads/2019/10/Cassazione-15676-13-aprile-2022-Bagni-Liggia.pdf>. Para un comentario sobre el caso, E. AJMAR – P. MAFFEI (2020: p. 17 y ss.).

(39) Por otro lado, la AGCM, en su informe sobre el proyecto de ley de la competencia, ya había considerado que «es conveniente realizar un cambio legislativo que, en relación únicamente con las concesiones de bienes estatales marítimos con fines turístico-recreativos, permita a las administraciones concedentes aprovechar al máximo el valor real de los bienes estatales concesionados».

En particular, se hace referencia a las disposiciones de los artículos en los que parecen atribuirse ventajas indebidas a los concesionarios salientes en la fase de reasignación del título, como ocurre con la valorización de quienes han utilizado la concesión como su principal fuente de ingresos en los cinco años anteriores a la licitación (art. 4, párrafo 2, let. e, par. 5.2), con la valorización de la experiencia ya adquirida respecto a la actividad en la que se basa la concesión (art. 4, párrafo 2, let. e, par. 5.2). O, también, a la imposición de límites al número máximo de concesiones de un mismo concesionario para favorecer el acceso de las micro y pequeñas empresas, pero con medidas que no parecen estar directamente relacionadas en cuanto a sus posibles efectos (artículo 4.2.1).

Por último, el plazo indicado para la extinción de la eficacia de las concesiones existentes (que, cabe recordar, se indica el 31 de diciembre de 2023) parece difícil de cumplir si se tienen en cuenta los numerosos cumplimientos preparatorios de su aplicación efectiva, empezando por el ejercicio de la delegación gubernamental a que se refieren los artículos 2 y 4 del proyecto de reforma (40).

V. BUENOS AUGURIOS PARA EL FUTURO

En la sentencia nº 17/2021, los jueces del Consejo de Estado escribieron: «Pensar que este sector, tan crucial para la economía del país, puede mantenerse a salvo de las reglas de la competencia... sustrayendo al mercado y a la libre competencia económica recursos naturales capaces de generar importantes beneficios para los operadores económicos individuales, es una posición insostenible, no sólo desde el punto de vista constitucional nacional... sino, sobre todo, con respecto a los principios europeos que protegen la competencia y la libre circulación.

Pero, ¿cómo debe aplicarse esta directriz?

En primer lugar, deberían reforzarse los instrumentos de apoyo a las decisiones de planificación política sobre el uso de los bienes estatales. De hecho, las administraciones no pueden tomar decisiones eficaces sin un conocimiento efectivo del número, tipos, tamaño y volumen de negocio de las concesiones existentes. En este sentido, el censo de concesiones y la inversión en recursos para la creación de una base de datos especial prevista en el proyecto de ley de la competencia parecen un buen punto de partida.

En segundo lugar, hay que prestar atención a los problemas que surgen en relación con la planificación del uso de la propiedad estatal marítima

(40) Así lo señala A. POLICIA – A. M. CHIARIELLO (2022: pp. 68-70).

entre los distintos niveles de gobierno. Los planes de uso de la propiedad estatal marítima que adopten los municipios deben coordinarse con los planes regionales de ordenación del territorio. Sin embargo, también hay que tener en cuenta que, al igual que en el caso del urbanismo, no existen sanciones para los municipios que no adopten los actos previstos en el ámbito de la gobernanza del suelo. Esto, como también señala la reciente sentencia del Tribunal Constitucional nº 108, de 5 de abril de 2022, es un elemento problemático que impide, de facto, revisar la relación entre las concesiones de uso económico de los bienes del Estado marítimo y el uso general de los mismos bienes y, en consecuencia, limita una redefinición de la relación entre playas concesionadas y playas libres.

En tercer lugar, el complejo y conflictivo entramado descrito con referencia al sector que nos ocupa llama la atención sobre el valor de la discrecionalidad administrativa, cuyo correcto ejercicio exige garantizar la igualdad salvaguardando la diversidad desde un punto de vista objetivo (por ejemplo, adoptando diferentes criterios en función del objeto de la concesión) y subjetivo (por ejemplo, previendo diferentes criterios en función del sujeto que solicita la concesión). Es decir, hay que aplicar un principio de diferenciación: las concesiones de baño no son todas iguales y hay una multitud de relaciones concesionales que no se pueden regular de forma indiferenciada.

Pero, ¿cómo evaluar el valor de una concesión? En las licitaciones, se puede suponer la presencia de criterios sociales y medioambientales que operan en la fase previa, pero ¿cómo evaluar la actuación del concesionario en la fase posterior a la adjudicación? Además, ¿podría distinguirse entre los concesionarios que operan con ánimo de lucro y las asociaciones que operan sin ánimo de lucro pero sólo con fines sociales y medioambientales?

Las reflexiones anteriores también nos llevan a recordar la cuestión de la responsabilidad.

Si, en efecto, se acepta la hipótesis de aumentar el poder discrecional de las administraciones que gestionan los bienes del Estado marítimo porque una disciplina uniforme no permitiría la eficacia de la reforma, hay que preguntarse también cuál es el nivel de gobierno óptimo para aplicar este proyecto.

Según la actual articulación del sistema de competencias constitucionales, en Italia esta función correspondería a los municipios. Pero, tal vez, también se podría pensar en potenciar el nivel provincial y metropolitano, más distante respecto a los intereses en juego.

En el primer caso, hay que destacar sin duda la autonomía municipal, como subraya también, en algunos puntos, el muy reciente auto TAR Puglia, Lecce, sección I, 11 de mayo de 2022 nº 743 con el que los jueces administrativos suspendieron la sentencia sobre un recurso interpuesto por la Autoridad de la Competencia y del Mercado contra un municipio que había prorrogado

concesiones estatales y sometieron al TJUE nada menos que nueve cuestiones de interpretación (41).

Por último, hay que revisar el papel de los poderes públicos. Aceptada la idea de la diferenciación de las normas para las concesiones, se espera también que el poder público se encargue de la gestión, incluso directa, de los casos en los que no se percibe el valor del mercado. En otras palabras, corresponde a la administración garantizar el uso óptimo de los activos cuando los operadores económicos no tienen interés en hacerlo.

Esto significa, por tanto, no sólo prestar atención a la competencia, sino también a los casos en que ésta no existe y la gestión directa sigue garantizando que la propiedad estatal marítima pueda cumplir la tarea que le dicta su propia naturaleza, es decir, satisfacer los derechos fundamentales.

Sin embargo, las consideraciones anteriores también deben tener en cuenta los factores endógenos al sistema de normas y al sistema de procedimientos necesarios para su aplicación.

En julio de 2022, a pocos meses del final de la legislatura, se produjo una irremediable crisis política entre las fuerzas mayoritarias y el Presidente de la República tuvo que tomar nota de la dimisión del Primer Ministro, disolviendo el Parlamento y dejando al gobierno de coalición nacional presidido por Mario Draghi a cargo únicamente de los asuntos corrientes. Se trata del último paso en el proceso de aprobación del proyecto de ley de la competencia, que, tras ser aprobado en la Cámara de Diputados, debe ser votado de nuevo en el Senado.

Lo más probable es que la medida se apruebe en breve en la versión ya aceptada en los dos primeros pasajes parlamentarios.

Sin embargo, se trata de una ley que en gran medida no es directamente aplicable, cuya aplicación concreta dependerá del próximo gobierno, que sólo se formará al final del proceso electoral y al que corresponderá adoptar los decretos legislativos previstos.

Por lo tanto, una vez más, la tan esperada reforma orgánica de las concesiones de playa parece estar en peligro.

Lamentablemente, en esta ocasión, su no aplicación podría tener consecuencias aún más graves que en el pasado. De hecho, podría llevar a que no se alcancen los objetivos establecidos en el Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia y, por lo tanto, a que no se paguen los recursos europeos necesarios para fomentar la recuperación de la depresión causada por la crisis sanitaria.

(41) La ordenanza puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://lamministrativista.it/system/files/articoli/allegati/TAR%20Puglia%2C%20Lecce%2C%20Sez.%201%2C%2011%20maggio%202022%2C%20n.%20743.pdf>.

Sólo una sólida asunción de responsabilidades por parte de los próximos responsables políticos, llamados a hacer efectivas las políticas de reforma de las concesiones de playa, puede evitar esta dramática perspectiva.

¿Podemos tener esperanza?

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTO, Stefano (2022): «La natura self-executing dell'articolo 12 della direttiva 2006/123/CE: una analisi critica», in A. Cossiri (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, EUM, Macerata, pp. 57 ss.
- AJMAR, ENRICO – MAFFEI, PAOLA (2020): «Concessioni balneari: si naviga a vista. Uno studio di caso», in *Federalismi.it*, 18.
- ANGELONE, Claudio (2008), «Demanio marittimo ad uso turistico – ricreativo: concorso di più domande di concessione e diritto di insistenza», in *Diritto del turismo*, pp. 283 ss.
- ARSÌ, Massimiliano (2003): «I beni pubblici», in *Trattato di diritto amministrativo. parte speciale*, dir. Sabino CASSESE, Milano, Giuffrè, pp. 1705 ss.
- AUTORI VARI (2021): «La proroga delle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria», in *Rivista Diritto e Società* 2021, 3 (fascicolo monotematico).
- BELLITTI, Giuseppe (2017): «La direttiva Bolkenstein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali», in *Giornale di diritto amministrativo*, pp. 60-67.
- BENETAZZO, Cristiana (2016): «Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento», in *Federalismi.it*, 25.
- BENVENUTI, Feliciano (1965): «Demanio marittimo tra passato e futuro», in *Rivista di diritto della navigazione*, pp. 154 ss.
- BOSCOLO, Emanuele (2016): «Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime», in *Urbanistica e appalti*, pp. 1217 ss.
- CACCIAVILLANI, Chiara (2009): «Profili funzionali del demanio marittimo», in COLOMBINI, Giovanna (a cura di), *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali*, Napoli, pp. 75 ss.
- CALABRÒ, MARCO (2012): «Concessioni demaniali marittime aventi finalità turistico-ricreativa e diritto europeo della concorrenza», in *MUNUS*, 2, pp. 453 ss.
- CARAVITA DI TORITTO, BENIAMINO – CARLOMAGNO, Giuseppe (2021): «La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma», in *Federalismi.it*, 20.

- CARULLO, Gherardo – MONICA, Alessia (2020): «Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione», in *Federalismi.it*, 26.
- CASALINI, Dario (2014): *Fondamenti per un diritto delle acque dolci*, Torino, Giappichelli.
- CASSESE, Sabino (1969): *I beni pubblici: circolazione e tutela*, Milano, Giuffrè.
- (2003): «Concessione di beni pubblici e diritto di insistenza», in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, pp. 355 ss.
- CENTOFANTI, Nicola (2007): *I beni pubblici: tutela amministrativa e giurisdizionale*, Giuffrè, Milano, pp. 58 e ss.
- CERRINA FERONI, Ginevra (2020): «La gestione del demanio costiero. Un'analisi comparata in Europa», in *Federalismi.it*, 4.
- CERULLI IRELLI, Vincenzo (1983): «Proprietà pubblica e diritti collettivi», Padova.
- (1987): «Beni pubblici (voce)» in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, volume II, Torino, pp. 273 ss.
- CERULLI IRELLI, Vincenzo (2022): *Diritto pubblico della «proprietà» e dei «beni»*, Giappichelli, Torino.
- CHITI, Edoardo (2021): «False piste: il T.A.R. Lecce e le concessioni demaniali marittime», in *Giornale di diritto amministrativo*, 6, pp. 801 ss.
- CHITI, Mario Pilade (2022): «Juger l'administration c'est aussi légiférer? L'Adunanza Plenaria sulle concessioni demaniali marittime», in *ASTRID Rassegna*, 4.
- COLOMBINI, Giovanna (1989): *Conservazione e gestione dei beni pubblici*, Giuffrè, Milano.
- CONIO, Alba (2007): «Concessioni: il diritto di insistenza del precedente concessionario non impedisce l'indizione della gara», in *Diritto e pratica amministrativa*, 5, pp. 50 ss.
- CONTICELLI, Martina (2020, a): «Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative», in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4.
- (2020, b): «Effetti e paradossi del legislatore statale nel conformare la disciplina delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative al diritto europeo della concorrenza», in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, pp. 2475 ss.
- COSSIRI, Angela (2016): «La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di Giustizia dell'UE», in *Federalismi.it*, 16.
- (2021): «L'Adunanza Plenaria del Consiglio d Stato si pronuncia sulle concessioni demaniali a scopo turistico-ricreativo. Note a prima lettura», in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, 2, pp. 232 ss.

- D'ALBERTI, Marco (2007): «Per la riforma e la valorizzazione delle concessioni», in MATTEI, Ugo – REVIGLIO, Edoardo – RODOTÀ, Stefano (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Il Mulino Bologna, 2007, pp. 283 ss.
- D'ORSOGNA, Marina (2011): «Le concessioni demaniali marittime nel prisma della concorrenza: un nodo ancora irrisolto», in *Urbanistica e appalti*, pp. 599 ss.
- DELLA CANANEA, Giacinto (2008): «Dalla proprietà agli usi: un'indagine comparata», in POLICE, Aristide (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 77 ss.
- (2015): «I beni», in CASSESE, Sabino (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, pp. 253 ss.
- DE NARDI, Sandro (2018): «Il sindacato della Corte costituzionale sulle (cosiddette) proroghe regionali delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo», in *MUNUS*, 1, pp. 373 ss.
- DE SIANO, Ambrogio (2021): «Disapplicazione per difformità dal diritto UE e protagonismo giurisprudenziale», in *Federalismi.it*, 18.
- DI GIOVANNI, Luca (2016): «Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege», in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, pp. 912 ss.
- DI LASCIO, Francesca (2009): «Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza», in *Foro amministrativo TAR*, pp. 787 ss.
- (2011): «La concessione di spiaggia in altri ordinamenti», in DE BENEDETTO, Maria (ed.), *Spiagge in cerca di regole*, Bologna, Il Mulino.
- DI LASCIO, Francesca – DE BENEDETTO, Maria (2014): «La regolazione del demanio marittimo in Italia e in Spagna: problemi, riforme e prospettive», in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1.
- DI LASCIO, Francesca (2018): «Una spiaggia è per sempre? Il conflitto in materia di concessioni balneari», in *MUNUS*, 1.
- DI LASCIO, Francesca – PIPERATA, Giuseppe (2018): «La disciplina del patrimonio naturale e dei beni pubblici naturali in Italia», in LOPÉZ RAMON, Fernando (ed.), *El patrimonio natural en Europa y Latinoamérica*, Monografías de esta REVISTA, Zaragoza, pp. 91 ss.
- DI LASCIO, Francesca – LORENZONI, Livia (2022): «Obiettivi, struttura e governance dei piani di rilancio nei sistemi europei: un confronto fra cinque Paesi», in *Istituzioni del federalismo*, 2.
- DIPACE, Ruggiero (2021): «All'Adunanza plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative», in *Giustiziainsieme.it*.

- DUGATO, Marco (2008): «Il regime dei beni pubblici: dall'appartenenza al fine», in POLICE, Aristide (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Giuffrè, Milano, pp. 21 ss.
- FALLETTA, Pietro (2010): «La strumentale divisione tra tutela e fruizione in merito al riparto della competenza legislativa ambientale (nota a Cons. Stato, 14.1.2010 n. 1)», in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, pp. 14 ss.
- FERRARA, Marta – IOANNIDES, Gianlorenzo – VOSA, Giovanni (2021): «Dossier ragionato sulle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo», in *Federalismi.it*.
- FERRARI, Giuseppe Franco (2019): «Il demanio marittimo nel diritto comparato: alcune esperienze europee», in GRANARA, Daniele (a cura di), *In litore maris. Poteri e diritti in fronte al mar*, Giappichelli, Torino, pp. 147 ss.
- FRANCARIO, Fabio (2020): «Il demanio costiero. Pianificazione e discrezionalità», in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, vol. I, Napoli, p. 729 ss.
- GAFFURI, Federico (2021): «La disciplina nazionale delle concessioni demaniali marittime alla luce del diritto europeo», in *Ceridap – Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 3.
- GIAMMARELLI, Gloria (2013): «Concessione per la coltivazione di giacimento di acqua termo-minerale: la determinazione del canone di imbottigliamento», in *Diritto e giurisprudenza agraria*, 7-8, pp. 479 ss.
- GIAVAZZI, Massimo (2022): «Una seducente eresia: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze interpretative del giudice della nomofilachia amministrativa negli ambiti di competenza esclusiva della Corte di giustizia», in *Ceridap – Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 1.
- GIANNELLI, Annalaura (2017): *Concessioni di beni e concorrenza. Contributo in tema di compatibilità tra logica pro-concorrenziale e principi di diritto interno in tema di gestione dei beni pubblici*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017.
- GIANNINI, Massimo Severo (1934), *I beni pubblici*, Bulzoni, Roma, 1963,.
- GUICCIARDI, Enrico (1934), *Il demanio*, Cedam, Padova.
- GUZZI, FEDERICO FRANCESCO (2022): «Concessioni balneari, disciplina nazionale e diritto europeo: l'intervento risolutivo delle sentenze n. 17 e 18 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato», in *ASTRID Rassegna*, 4.
- LUBRANO, Enrico (2022): «Le concessioni demaniali marittime ieri, oggi e domani. La tutela dei diritti fondamentali di tutti gli operatori del settore, mediante l'applicazione delle regole sulla concorrenza, secondo i principi del diritto europeo», in *Dirittifondamentali.it*, 1, pp. 173 ss.
- MAGRI, Marco (2016): «"Direttiva Bolkestein" e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di Giustizia UE», in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 4, pp. 361 ss.

- MAZZARELLA, Marianna (2022): «Le concessioni dei beni demaniali marittimi: conflitto Stato – Regioni e tutela della concorrenza», in *Diritto regionali*, 1.
- MONICA, Alessia (2022): «Il futuro prossimo delle “concessioni balneari” dopo il Consiglio di Stato: nihil medium est?», in *Ceridap – Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 1.
- OLIVI, Marco (2005): *Beni demaniali ad uso collettivo*, Padova, Cedam.
- PALMA, Giuseppe (1999): *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, Utet, Milano.
- PERFETTI, Luca Raffaello (2003), «Diritto di insistenza e rinnovo della concessione di pubblici servizi», in *Foro Amministrativo CDS*, pp. 621 e ss.
- PIPERATA, Giuseppe, DE MICHELE, Anna e NOVARO, Piergiorgio (2015): «Formazione, traiettoria e significato attuale della proprietà pubblica: il caso italiano», in *El dominio público en Europa y América Latina*, LOPEZ-RAMÓN, Fernando – VIGNOLO CUEVA, Orlando (ed.), Círculo de Derecho Administrativo, Lima, pp. 139 ss.
- POLICE, Aristide (2011): «I beni di proprietà pubblica», in *Diritto amministrativo*, SCOCA, Franco Gaetano (ed.), Torino, Giappichelli, pp. 621 ss.
- POLICE, Aristide – CHIARIELLO, Anna Maria (2022): «Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell’Adunanza Plenaria al percorso di riforma. Punti critici e spunti di riflessione», in *Amministr@tivamente*, 2.
- RENNI, Mauro (2004): *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, Giuffrè.
- (2006): «Beni pubblici», CASSESE, Sabino (diretto), *Dizionario di diritto pubblico*, volume I, Milano, Giuffrè, pp. 714 ss.
- SANDULLI, Aldo Maria (1959): «Beni pubblici (voce)», in *Enciclopedia del diritto*, volume V, pp. 277 ss.
- (1989): *Manuale di diritto amministrativo*, volume II, XV edizione, Jovene, Napoli, pp. 761 ss.
- SANDULLI, Maria Alessandra (2022): «Sulle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza Plenaria», in *Giustizia insieme* (16 febbraio 2022).
- SQUAZZONI, Alessandro (2016): «Il regime di proroga delle concessioni demaniali marittime non resiste al vaglio della Corte di giustizia», in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, pp. 166 ss.
- TIMO, Matteo (2021): «Concessioni balneari senza gara... all’ultima spiaggia», in *Rivista giuridica dell’edilizia*, 5, pp. 1596 ss.
- TONOLETTI, Bruno (2008): *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008

LA PROPIEDAD Y SUBSUELO EN LAS CIUDADES PERUANAS. APROXIMACIONES INICIALES

ORLANDO VIGNOLO CUEVA

Profesor ordinario de Derecho administrativo de la
Universidad de Piura (Perú)

SUMARIO: I. LOS DATOS INICIALES DEL PROBLEMA: EN DEFENSA DEL CONCEPTO JURÍDICO DE CIUDAD Y SU CONEXIÓN CON EL SUBSUELO.– II. LAS ESCASAS FUENTES JURÍDICAS DEL SUBSUELO URBANO PERUANO.– III. SUBSUELO URBANO, VISIÓN TRIDIMENSIONAL Y SEGURIDAD JURÍDICA.– IV. SUBSUELO URBANO, TEORÍA DEL INTERÉS Y MITOLOGÍA JURÍDICA.– V. EL SUBSUELO URBANO PRIVADO Y LA TIRANÍA DE UN AFORISMO.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto presentar las cuestiones iniciales sobre el subsuelo urbano de titularidad privada. Principalmente para reconocer su falta de concreción jurídica e imposibilidad de un correcto desenvolvimiento como parte de la propiedad urbana, imposible de poder adaptarse a las delimitaciones de la función social preceptuada en el artículo 70 de la Constitución Peruana. Para poder llegar a estas cuestiones se intenta mostrar —con críticas y fundamentos— la falta de desarrollo de conceptos jurídicos esenciales tales como ciudad, territorio urbano, ciclos urbanísticos, racionalización de la teoría del interés; elementos que permitirían superar el actual monopolio del régimen de edificación, ordenamiento que existe y es lo único que estudia con énfasis en el Derecho peruano.

Palabras clave: subsuelo; ciudad; propiedad urbana; teoría del interés.

ABSTRACT: The purpose of this brief paper is to present the initial questions on privately owned urban subsoil. Mainly to recognize its lack of legal concreteness and impossibility of a correct development as part of the urban property that does not adapt to the delimitations of the current social function of article 70 of the Peruvian Constitution. In order to arrive at these considerations, an attempt is made to show with criticism the lack of development of essential legal concepts, such as city, urban territory, urban cycles, rationalization interest theory; elements that would allow overcoming the current monopoly of the building regime, an ordinance that exists and is the only thing that is studied with emphasis in Peruvian law.

Key words: subsoil; city; urban property; interest theory.

I. LOS DATOS INICIALES DEL PROBLEMA: EN DEFENSA DEL CONCEPTO JURÍDICO DE CIUDAD Y SU CONEXIÓN CON EL SUBSUELO (1)

Es extraño que hayamos crecido de espaldas a la *tierra subterránea urbana*, sin examinarla y darle un tratamiento jurídico sistémico bajo las ideas de escasez, precisión conceptual y seguridad jurídica. Es incomprensible que en el Derecho peruano de pleno siglo XXI resulte imposible saber diferenciar, a partir de vigentes nociones incompletas, el subsuelo privado del que pertenece a diversas titularidades públicas en un determinado barrio o espacio urbano; y que sigamos teniendo un desdén hacia la precisión de los derechos subjetivos del propietario inmobiliario y la paralela protección de los diversos intereses públicos involucrados, sin dejar de tomar en cuenta la necesaria interrelación entre ambos.

En nuestro país seguimos encandilados en el solo tratamiento de los regímenes edificatorios y de crecimiento vertical, con algún soporte en los derechos reales del CC y algunas normas sectoriales extras, cómo si esta relevante actividad económica fuera la única que importará (2), sin entender o asumir que necesitamos categorías más amplias para incluir a la ciudad como figura autónoma y, a continuación, construir una verdadera ciencia jurídico-urbanística con todos los correspondientes elementos conceptuales. Todo esto sin abandonar el tratamiento jurídico final de la actuación constructiva y su control esencialmente municipal. Por tanto, el punto de partida tiene que ubicarse en lo esencial, esto es, la falta de una definición de ciudad por parte de nuestro Derecho público. Diría incluso un desprecio por la categoría como instrumento de conjunción de diversos intereses públicos, un sinnúmero de derechos constitucionales y no pocos institutos esenciales como los bienes públicos (artificiales y naturales).

Pero la ausencia de definición de la *ciudad* con tintes jurídicos no es exclusiva del Derecho peruano. En otros ordenamientos más avanzados y de mayor tradición, aunque exista una regulación completa de los ciclos urbanísticos a cargo de un grupo de administraciones públicas competentes [y hasta incluso un viejo régimen de urbanismo subterráneo como el que me ocupa en

(1) Abreviaturas utilizadas: CP, Constitución peruana; CC, Código Civil; LDOT, Ley de demarcación y organización territorial; LDUS, Ley de desarrollo urbano sostenible; LGPEP, Ley de gestión y protección de espacios públicos; LIMDT, Ley que implementa mecanismos para la delimitación territorial; LOM, Ley orgánica de municipalidades; LPH, Ley de propiedad horizontal; RNE, Reglamento nacional de edificaciones; RLP, Reglamento de la ley de propiedad horizontal; TCP, Tribunal Constitucional del Perú.

(2) Esta tendencia del *urbanismo de la pura edificación* puede notarse en la poquísimas doctrina escrita en nuestro Derecho. Para muestra los libros de ORTIZ SÁNCHEZ, Iván, *Introducción al Derecho urbanístico*, Lima, PUCP, 2017, y CASTRO POZO, Hildebrando, *Derecho urbanístico*, Lima, Grijley, 2007.

este trabajo (3)], la ciudad no pasa del mero señalamiento normativo. Así, por ejemplo, de manera certera el profesor AUBY señalaba que ni «la ciudad ni el concepto de *Derecho de la Ciudad* se encuentran en ningún texto jurídico, aunque lo urbano, lo urbanizado, e incluso la ciudad misma, aparecen frecuentemente en la legislación. Estas nociones tampoco estructuran la jurisprudencia —al menos de momento— pese a que lo urbano, lo urbanizado, y la ciudad misma hacen apariciones frecuentes bajo la pluma de los jueces administrativos. Por lo tanto, en las circunstancias actuales, los conceptos de ciudad y de *Derecho de la Ciudad* podrían imponerse en un alto nivel de la configuración del Derecho Administrativo solo por vía doctrinal» (4).

Pero volvamos a la realidad peruana. La ciudad no ha sido tomada en cuenta ni en las leyes organizativas, ni sectoriales, ni menos sirve como eje clave para conceptualizar las organizaciones administrativas municipales que se desenvuelven en un específico territorio provincial, distrital o de ámbito menor. Por el contrario, nuestro Legislador ha construido toda la división y las configuraciones posteriores de las correspondientes administraciones públicas generales que se asientan en las porciones o todo el territorio nacional en base a las denominadas *circunscripciones político-administrativas* («las regiones, departamentos, provincias y distritos, que de acuerdo a su nivel determinan el ámbito territorial de gobierno y administración»). Estos instrumentos de delimitación territorial, sólo puede ser expresados bajo reserva de ley, tal como expresamente ha sido preceptuado en el artículo 102 inciso 7 de la CP. Incluso, en épocas más recientes el TCP, ha repetido la imposibilidad de la autodelimitación por parte de las organizaciones administrativas pertinentes y recalca el protagonismo de estas figuras, por encima de cualquier otra construcción jurídica (5). Pero claro, estos instrumentos muy antiguos son ficciones que no necesariamente se condicen con núcleos poblacionales, asentamientos móviles, fronteras efectivas, capacidad prestacional-administrativa cierta, cooperación interadministrativa y el tan necesitado equilibrio del extenso territorio nacional.

(3) Sobre el urbanismo subterráneo puede revisarse los importantes aportes efectuados por el francés Eugène HENARD entre 1902 y 1909, todos dedicados a mejorar la París de su tiempo. Muchos expertos consideran que estas tesis tienen similitud con las vías subterráneas de tráfico y la ciudad ideal de Leonardo da Vinci. Sobre los estudios del teórico francés del urbanismo del subsuelo puede revisarse su *Etudes Sur Les Transformations De Paris (1904)*, París, L'Equerre, 1982. También, desde la arquitectura y el urbanismo puede examinarse el trabajo colectivo de HIDALGO GARCÍA, David y otros; «Urbanismo Subterráneo. Análisis comparativo de las propuestas de Leonardo Da Vinci y Eugène Henard» en *Anales de geografía de la Universidad Complutense de Madrid*, 39, 2019, p. 317 y ss.

(4) AUBY, Jean-Bernard; «La ciudad, ¿nueva frontera del Derecho administrativo?», en *TransJus Working Papers Publications*, número 3, 2018, pp. 3-4.

(5) Pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional recaída en los Expedientes 0011-2017-PYTC y 0014-2017-PI/TC Acumulados, f.j. 34-39.

Incluso, si examinamos datos históricos desde la fundación republicana; por ejemplo, los *departamentos* surgieron como entelequias de demarcación imprecisas y productos de la necesidad y circunstancias muy puntuales, no por razones de ordenar el territorio nacional y tomar en cuenta a los ciudadanos agrupados en ciudades visibles y conectadas unas con otras. Reacción por coyuntura frente a la obligatoria estabilidad con la que se debe afrontar los asuntos urbanos y de demarcación, cuestión anómala que se ha seguido repitiendo hasta nuestros días. De lo último, es necesario examinar el primer Reglamento Provisional del Generalísimo Don José de San Martín, dispositivo que, por el nivel de ocupación del Ejército Libertador del Sur, creó los cuatro primeros departamentos del país (siguiendo incluso las afrancesadas intendencias del Virreynato del Perú), «comprendidos en estos términos: los partidos del Cercado de Trujillo, Lambayeque, Piura, Cajamarca, Huamachuco, Pataz y Chachapoyas, formarán el departamento de Trujillo con las doctrinas de su dependencia: los de Tarma, Jauja, Huancayo y Pasco, formarán el departamento de Huaylas, Cajatambo, Conchucos, Huamalies y Huanuco, formarán el departamento denominado de la Costa» (6).

Sin embargo, a pesar de estas repetitivas omisiones y su falta de inclusión para permitir un orden territorial mínimo, la *ciudad* tiene posibilidades de ser ensamblada desde los datos brindados por el régimen de demarcación y organización territorial previstos en la LDT, la LIMDT y el reglamento aprobado por D.S. No. 019-2003-PCM. Así, puede ser considerada como un centro poblado compuesto por un agrupamiento limitado de edificaciones y vías de comunicación, que de manera obligatoria se funda mediante técnicas de planificación administrativa, además cuenta con una organización administrativa municipal responsable de un aparato de administración y prestacional, y cuya población asentada entre 5001 y más de 500,000 habitantes, se dedica permanentemente a actividades urbanas a partir de los ejercicios de diversos derechos civiles ciudadanos (entre ellos el de *propiedad urbana*).

Como se notará la definición de ciudad propuesta goza de un *elemento material* (la necesidad de que este compuesta por vías urbanas definidas y aparezca un uso cuantitativo de suelo para edificar diversos establecimientos, siempre con límites claros), uno de corte *numérico* (que por mandato normativo obliga a tener poblaciones mínimas con topes y mínimos), uno *subjetivo* (la necesidad de que siempre una organización administrativa se haga cargo de lo creado o fundado) y otro de corte *teleológico* (que fija el destino de los espacios de la ciudad para permitir el ejercicio de derechos constitucionales

(6) La versión oficial de esta norma histórica de organización y delimitación territorial peruana puede ser revisada en el siguiente enlace: <https://www4.congreso.gob.pe/historico/quipu/constitu/1821a.htm>.

de una determinada naturaleza y entidad, junto con un importante número de actividad ligadas a intereses públicos cualificados y singulares).

Pero a pesar de esta definición extraída muy tortuosamente del vigente régimen de demarcación territorial resulta claro que la ciudad ha sido disuelta por nuestro Legislador en medio de conceptos funcionales, sociológicos y geográficos, pasando incluso a ser acompañante menor de un par de subcategorías del «centro poblado». La demostración más fehaciente de esto es el elemento numérico antes señalado, pues por la cantidad de población puede convertir sucesivamente los tipos de ciudad (partiendo de menor, pasando por una intermedia, la mayor o la aparición de una gran metrópoli), sin asumir otros criterios tradicionales del urbanismo (como el fundamental y escaso suelo, tan abandonado y desconocido en nuestro Derecho). Incluso, nuestro caos jurídico se demuestra con la reciente introducción del llamado «Sistema de ciudades y centros poblados» (de siglas SICCEP), sin que previamente se tenga claro quienes formarían parte de este discutible listado. Tampoco la naturaleza organizativa (o no) de esta reciente creación legislativa (ver el artículo 14 de la LDUS).

Ahora bien, la falta de una potente categoría jurídica de ciudad ha impactado negativamente en los derechos constitucionales que en ella se practican. La ecuación es bastante clara y se acrecienta con la falta de una legislación urbanística seria, a pesar de los últimos intentos del Legislador nacional, que no pasan de ser dispositivos de una clase de bienes públicos (los demaniales urbanos) y algunas erráticas declaraciones de buenas intenciones urbanísticas (mezcladas con asuntos de ordenación-acondicionamiento territorial) (7). Necesitamos afrontar los problemas de fondo sobre estas materias, no cansarnos de definir todas las categorías necesarias y codificar todo lo que se pueda (no podemos simplemente seguir sumando nuevos dispositivos con otros anteriores de distinta funcionalidad y propósito).

Pero quiero descender un poco más en el análisis inicial del trabajo. En buena medida, y siempre respecto al tema final del subsuelo, lo que además ha faltado es erigir un completo régimen de la *propiedad urbana*, variante soportada desde el genérico derecho subjetivo constitucionalmente reconocido (ver el artículo 70 de la CP) y que podría ser practicado por las personas asentadas en las ciudades peruanas. Si se quiere nos falta hilvanar un haz de facultades que permita los despliegues económicos y sociales del titular de un predio, y que siempre quede unido a la idea del *territorio urbano* (es un derecho siempre ubicado y desplegado en medio de muchísima tierra demanial), que además no deja de ser complementado con diversos bienes públicos y una serie de deberes colocados de manera definida sobre la esfera del propietario.

(7) Me estoy refiriendo de manera crítica a las recientes regulaciones introducidas por la LDUS y LGPEP.

Estas *últimas obligaciones* lo delimitarían para permitir la coexistencia de esta específica propiedad con otros derechos similares y hasta con los propios intereses públicos urbanísticos.

En buena medida, frente al contenido de la propiedad urbana antes explicado, no hemos hecho lo necesario para especificar y completar —normativa y jurisprudencialmente— el contenido y función social que aparecen en los genéricos artículos 923, 954, 955, 957 y 958 del vigente CC, superando la sola idea del «derecho real del dominio». Además, esto último no ha permitido dar luces ni mostrar el forzoso equilibrio entre un contenido singular de esta forma de propiedad (en el que *ius aedificandi* cumple un papel estelar) y unas obligaciones específicas que se deben aplicar para salvaguardar la delimitación y correspondencia armoniosa de la primera con el bien común (en suma desarrollar el artículo 70 de nuestra CP de manera completa para aspectos urbanos) (8).

Entonces, el deber ser de la temática propuesta no solo debe fijarse en lo que se puede hacer con las facultades desde el *derecho de propiedad urbano* frente a un bien inmobiliario («usar, disfrutar, disponer y reivindicar»), existe una necesidad de definir las categorías faltantes sobre la función social (obligaciones y actividades hacia el interés público en concreto) y sobre todo saber diferenciar los tres componentes *materiales* del contenido constitucional del primero: tierra o terreno superficiario (suelo y capas iniciales de aprovechamiento constructivo u urbano), tierra o terreno subterráneo (el verdadero subsuelo de profundidad) y el sobresuelo.

Los citados elementos materiales encierran un contenido propio, siendo cada uno más imperfecto que el otro, de posibilidades técnicas diversas para la edificación, de propietarios únicos o separados y de delimitación legal variopinta, imponiéndose la necesidad de instauración de un sub-régimen jurídico propio por cada uno de ellos. Finalmente, cada ordenación permitirá su ensamble como partes integrantes incrustadas en el *territorio urbano* (noción que puede extraerse de los centros poblados urbanos de la LODT y en adición resulta equiparable a las áreas urbanas que repite nuestro Legislador en diversas normas de la LOM). En suma, quiero proponer un estudio básico de una pieza específica de la propiedad privada urbana, pero sin dejar de mirar las otras figuras-conjuntos o aglutinadoras, siempre sobre la base de entender previamente a la ciudad.

Como puede entenderse, el ejercicio propuesto en este trabajo intentará superar la visión individualista y fragmentaria de los artículos 954 y 955 del CC pero sólo respecto a un elemento: el *subsuelo de las ciudades*, tratando de

(8) Cfr. SANTAELLA QUINTERO, Héctor; *La propiedad privada constitucional: una teoría*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 12 y ss.

explicarlo como un componente material de la propiedad privada urbana (que finalmente lo aglutina) (9). Luego de obtener una explicación aplicable para los particulares recién es posible plantearse la naturaleza jurídica del subsuelo público y sus enormes extensiones que se acrecientan desde distintas *presunciones* normativas en vigor. Esto último buscará ser explicado en un próximo trabajo. En suma, y creo que es lo más adecuado respecto al elemento a analizar, debe entenderse primero a las personas y sus derechos recaídos sobre las cosas, para después plantearse las construcciones jurídicas sobre figuras del patrimonio público (en este caso de los bienes públicos sub-superficiales).

II. LAS ESCASAS FUENTES JURÍDICAS DEL SUBSUELO URBANO PERUANO

Una primera cuestión que salta a la vista de todo operador que se acerca es un número extremadamente escaso de fuentes jurídicas aplicables al componente subsuelo. Los citados artículos 954 y 955 del CC se convierten en las reglas matrices de este tipo tan singular de bien, quedando involucrado como una sección material de la propiedad, pues el Legislador señala que es una extensión de la titularidad predial comprendida «dentro de los planos verticales y hasta donde sea útil al propietario al ejercicio de su derecho». Luego, nuestro ordenamiento civil preceptúa la abierta posibilidad de separación entre componentes de la propiedad, permitiendo titularidades segregadas y específicas, pues la superficie, subsuelo o sobresuelo pueden pertenecer «total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo».

Por otro lado, existe una *presunción de demanial iure et de iure* respecto a un trinomio de bienes ubicados o enterrados debajo del suelo, tales como «los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos» (10), impidiéndose la aparición de propiedad privada frente a éstos. Incluso, se abre el espacio a la legislación sectorial para señalar otros bienes demaniales de este estilo (ver parte final del artículo 954 del CC). Lo dicho, plantea el obligatorio camino de entendimiento respecto a este tipo de subsuelo que tiene ocultos estos bienes demaniales de puro origen legal, pues éste tiene tendencia a convertirse de manera inmediata y *ope legis*, en capas de tierra de completa titularidad

(9) En la doctrina nacional se ha reconocido esta visión cubista de la propiedad predial, pero sólo desde una interpretación solitaria del CC, en el trabajo de CHEHADE HERRERA, Ramón; «La extensión vertical del derecho de propiedad en el subsuelo», en el Vol. Col. *Libro homenaje a Luis Hernández Berenguel*, Lima, PUCP-IPDT, 2010, pp. 1277-1279.

(10) Más datos sobre el régimen de restos arqueológicos puede ser visto en HUAPAYA TAPIA, Ramón; «Las técnicas administrativas del patrimonio cultural arqueológico en el ordenamiento jurídico peruano», en el Vol. Col. *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*, Madrid, INAP, 2017, pp. 427-454.

pública apenas se descubra la aparición de los primeros, quedando incluso involucradas como porciones del subsuelo estatal que aparecen indicados en el artículo 54 de la CP.

A continuación, fuera de esas normas bastante antiguas de 1984, no tenemos otra legislación urbanística relevante, menos una ley del suelo que de manera directa intente regular estas materias, creando un estatuto por cada uno de los elementos de la propiedad. A partir de estas omisiones de larga data, es perfectamente posible señalar que el país no goza de un verdadero Derecho urbanístico positivo, tenemos por el contrario mucha legislación sectorial concentrada sobre todo en la edificación, tal como había adelantado al inicio de este trabajo. Esto me permite indicar que respecto al subsuelo es muy difícil y hasta contraproducente intentar trasladar datos teóricos, categorías, tendencias comparadas, pues tenemos todo por fundamentar, razón que a continuación debe limitar el uso de doctrina extranjera que hace gala de un ordenamiento urbanístico consolidado (y del cual se pueda análisis como objeto de estudio).

Ahora bien, la anterior prevención no debe hacernos olvidar que existen ciertos institutos jurídicos que tienen un impacto sobre el subsuelo, los cuales aparecen desperdigados en la frondosa legislación de construcción, municipal, agraria y de normas técnicas edificatorias. Éstos son el *terreno* y la *tierra*, nociones fundamentales que se convierten en fuentes indirectas del subsuelo y nos abren el correspondiente vaso comunicante con la inexplorada y variopinta ordenación de sectores concretos. En otras palabras, el estudio de estas últimas categorías permite que sus fuentes se conviertan en parte de las aplicables a nuestro objeto de análisis.

Así, si se plantea un análisis sistémico y conjunto entre el CC, la LPH, el RLP y el RNE se puede concluir que las nociones de *terreno* y *tierra*, a la sazón las bases materiales donde se incrustan las partes subsuperficiales, serían similares e intercambiables en todos los ordenamientos sectoriales. Se tratan de categorías creadas por el Legislador para definir a un bien inmueble de una manera cúbica o tridimensional, a fin de permitir una mirada conjunta vertical y horizontal sobre el primero. Visto de esta manera, el terreno o tierra, no importando su condición previa (de ubicación o no en una urbe), permitiría contener dentro de sí al suelo, subsuelo y sobresuelo (los cuales serían partes escindibles del todo).

Por tanto, al momento de interpretar la mencionada «propiedad predial civil» considero debe tenerse en cuenta que es un terreno o tierra urbana o rural extendida «al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial» (ver el artículo 954 del CC). Ahora bien, el terreno o tierra, como noción jurídica, no es similar al *predio*. Este último es definido, y tiene una categorización más refinada en nuestro Derecho positivo (es un terreno con límites claros), pues se trata de una «superficie encerrada en

un perímetro, delimitado por una línea poligonal continua y cerrada; se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro» (ver glosario de términos aprobado por el COFOPRI).

En el mismo sentido, incluso debe tenerse en cuenta que esta última noción de predio ha sido recientemente usada para *definir* a los bienes estatales, tratando de darles una visión exclusivamente inmobiliaria y que no se condice con el avance de la doctrina administrativa. En esta oportunidad el Legislador delegado ha señalado —de manera errada y antitécnica— que los bienes estatales «se circunscriben a los *predios*, tales como terrenos, áreas de playa, islas, y otros de dominio privado y de dominio público, que tienen como titular al Estado o a cualquier entidad pública que conforma el Sistema Nacional de Bienes Estatales, independientemente del nivel de gobierno al que pertenezcan» (ver la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del D.L. 1439). Por otro lado, en el ámbito del Derecho agrario, el Legislador peruano acogió el concepto de *tierra* (por todos ver el derogado Decreto Legislativo No. 1036 y la Ley No. 26305).

Como se notará, estas reglas legales escuetas abren varias cuestiones dogmáticas muy peculiares, pues pueden extraerse al menos las siguientes consideraciones principales: (i) una omisión normativa original obliga a que el subsuelo encuentre cobertura en fuentes jurídicas impropias, quedando muy ligado a la suerte y vaivenes referidos al terreno, tierra y predio, (ii) sin ley del suelo, discutida y aprobada previamente por el Congreso de la República, nunca se podrá asumir un estatuto ordenado de nuestra figura, menos se podrá desarrollar conceptos esenciales sobre las ciudades, quedando siempre ligada a las poquísimas fuentes propias que provienen del Derecho civil. Y en esta búsqueda de un régimen propio no basta sólo con colgarse de modas como ha sucedido recientemente (11); (iii) no existen grandes diferencias jurídicas entre el subsuelo urbano y el rural, esto debido a la base común de categorías que aparece regulada en las normas sectoriales, (iv) finalmente, no existen fuentes jurídico-públicas del subsuelo, y eso debe preocupar al Derecho administrativo nacional. Nos manejamos simplemente con lo que se construyó en su momento antes de la vigente CP y con una agobiante y más reciente descodificación mostrada en múltiples regulaciones sectoriales.

(11) Como acaba de suceder con una reciente sentencia del TCP. En esta resolución, sin entender de manera correcta la posición sociológica expresada por el francés Henri Lafevre, el Alto Tribunal se atrevió a reconocer parcialmente un supuesto derecho (subjetivo) a la ciudad, que por cierto no es una categoría autónoma, ni tampoco se diferencia de muchas otras libertades individuales o de la propia participación ciudadana que tradicionalmente ya existen en nuestro Derecho. De nuevo, la búsqueda de orden y fuentes para el urbanismo siempre debe partir por el suelo, cuestión que desconoce esta sentencia. *Vid.* Pleno del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. No. 00013-2017-PI/TC, Fj. 90-100.

III. SUBSUELO URBANO, VISIÓN TRIDIMENSIONAL Y SEGURIDAD JURÍDICA

En primer término, la posibilidad de realizar un análisis jurídico segmentado del subsuelo urbano tiene cobertura segura a partir de la perspectiva del terreno *tridimensional*, el cual proyecta líneas verticales y horizontales hasta unas fronteras supuestamente determinadas a favor del titular, no importando si éste proviene de la propiedad privada urbana (predial en términos más cercanos al CC) o pertenece el grupo de los bienes inmobiliarios públicos. Este criterio, que complementa la inconclusa *teoría del interés*, ha sido asumido en nuestro ordenamiento y da la piedra de toque exacta para poder dividir los estudios de Derecho civil y urbanístico por componentes materiales del terreno (suelo, subsuelo y sobresuelo) (12). En cualquier caso, debe también comprenderse que la tridimensionalidad «desde la perspectiva del urbanismo como del derecho de propiedad, aprehende la realidad del territorio como un volumen, un espacio tridimensional en el que cabe la ordenación de usos o destinos de forma superpuesta» (13).

Es necesario asumir que estas posibilidades de segmentación del subsuelo privado y público bajo auténticos subregímenes reconocibles, permiten las utilidades específicas y propias de este elemento de profundidad, distintas a las mantenidas por ejemplo por el propietario del suelo superficiario; incluso justifica la propia coexistencia de *varios* titulares en un mismo terreno por divisiones verticales de los componentes materiales: suelo, subsuelo o sobresuelo (por cierto supuesto que viene admitido expresamente por nuestra legislación civil en el artículo 955 del CC).

Por tanto, la concepción tridimensional es un soporte esencial en los propósitos que intento sostener de este trabajo, sin perjuicio de convertirse en una pieza aún poco explotada en Perú (14), siempre en aras de diagramar

(12) Las normas legales de las que se puede extraer el criterio *tridimensional* son los artículos 954, 955 y 957 del CC, además de los literales a) y b) del artículo 134 del RLP.

(13) MORENO GARCÍA, Javier; «Las canteras subterráneas y el urbanismo (la STSTV de 3 de diciembre de 2014)», en *RVAP*, número 104, 2016, p. 195.

(14) Por ejemplo, en España durante la década pasada, desde la legislación urbanística (el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana) se introdujo el denominado *complejo inmobiliario* que no es otra cosa que un intento de visión tridimensional por ordenar la edificación en subsuelo privado respetando obligatoriamente el previo planeamiento administrativo. Al respecto, esta norma legal en su artículo 26 preceptuaba que cuando «los instrumentos de ordenación urbanística destinen superficies superpuestas, en la rasante y el subsuelo o el vuelo, a la edificación o uso privado y al dominio público se constituirá un complejo inmobiliario de carácter urbanístico en el que aquéllas y ésta tendrán el carácter de fincas especiales de atribución privativa, previa la desafectación y con las limitaciones y servidumbres que procedan para la protección del dominio público». Vid. GUIMERÀ RICO, Juan José; «El complejo inmobiliario urbanístico: Dominio público, ¿subsuelo privado?», en *Anales de la Facultad de Derecho*, número 32, 2015, pp. 86-88.

una composición más ordenada y funcional de las ciudades desde la propiedad urbana y los bienes públicos involucrados (vías públicas principalmente). No debiendo olvidarse que «la colindancia de fincas y parcelas, en cuanto objetos tridimensionales, no se debe contemplar únicamente en la dimensión horizontal del territorio, sino también en la vertical donde ambas tipologías de piezas coexisten física y, consecuentemente, jurídicamente. Desde luego, así entendido el territorio, no deben limitarse a los destinos diferenciados en la vertical, sino a tantos como se considere de interés general para los planificadores físicos y mientras la técnica constructiva así permita; y no sólo hacia abajo, sino también hacia el espacio aéreo, con puentes o pasarelas, por ejemplo» (15).

Por otro lado, en la actualidad el desdén nacional por entender la importancia de las capas inferiores al suelo superficiario como elementos continuos que permiten la propia sostenibilidad, limitación y morfología citadina, no sólo producen efectos serios sobre la justicia material y una desatención de varias necesidades colectivas de los ciudadanos, también —de cierta manera— es una forma velada de oposición a una tendencia del mundo occidental que ha sido bien resumida por la profesora francesa MORAND-DEVILLER, en el sentido de «una evolución aparentemente contradictoria entre el reconocimiento y la consolidación del derecho de propiedad en todos sus atributos puesto al servicio de una buena gestión de los bienes de dominio nacional y local, y la voluntad de restringir los atributos tradicionales de dicho derecho para garantizar la protección de los *bienes públicos mundiales*. Los juristas tendrán que reducir estas contradicciones y aplicar unas reglas adecuadas con objeto de garantizar un equilibrio justo» (16).

Uno de los problemas más serios en Perú para aplicar esta corriente y, a continuación, buscar soluciones concretas, es la falta de un cuerpo normativo único referido a la tierra o terreno y su conexión con la ciudad, y luego la posibilidad de enlazar ambos con posibles *bienes comunes* [importante teoría multidisciplinaria defendida por la profesora norteamericana E. OSTROM (17)]. Una verdadera norma legal que permita tener parámetros, institutos bien definidos y principalmente pueda diferenciar el suelo, subsuelo y sobresuelo con regímenes seguros, simples y fiables (en los que se entiendan las singularidades

(15) *Ibidem* p. 196.

(16) MORAND-DEVILLER, Jacqueline; «Los bienes públicos y el derecho de propiedad», en *REALA*, número 317, 2011, p. 12.

(17) Al respecto, debe revisarse la recensión escrita por el profesor español F. LÓPEZ-RAMÓN en la que examina el libro publicado por la citada politóloga norteamericana. La obra comentada se denomina: *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*, FCE, México, 2011. Este comentario bibliográfico aparece recogido en el número 191 de la *Revista de Administración Pública* del año 2013.

funcionales de cada elemento) (18), que además permita superar esta fragmentación normativa de la pura *visión predial y edificatoria* (de fuerte impacto en los actuales LPH, el RLP y RNE). Pero por sobre todo una disposición legal verdaderamente codificadora que mire al espacio (territorio) urbano como un eje central en el que coexisten propiedades inmobiliarias privadas, bienes públicos artificiales de diferentes calajes y no pocos recursos naturales puestos a disposición de las personas urbanitas.

En cualquier caso, esta última y personal aspiración escapa a los alcances de este trabajo, pero bien vale la pena indicarla porque será objeto de un posterior estudio. Ahora, señaladas las figuras macro (territorio urbano, ciudad (19), derecho de propiedad urbana, terreno, predio y otras) y, en segundo

(18) Como bien indicaba el profesor FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ al valorar los estudios españoles sobre el suelo y subsuelo de mediados de los noventa, es necesario superar la fragmentación normativa y de respuestas jurídicas parciales sobre los elementos de la tierra, a fin de eliminar «el oportunismo de una praxis cotidiana, que, falta de una referencia teórica segura, busca a los problemas que ha de enfrentar una salida cualquiera que, al menos de momento, apacigüe los conflictos, *sin preocuparse de los conflictos futuros que esa precaria solución del momento pueda llegar a generar*. El resultado de todo ello es, ya lo he dicho, la confusión, una confusión que, sin duda, debe mucho a los propios desfallecimientos del legislador, pero también a la renuncia de los intérpretes al obligado ensamblaje de las distintas piezas que componen el plural sistema normativo que aquél ha ido elaborando a lo largo del tiempo». Vid. FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón; «La propiedad urbanística del suelo, el vuelo y el subsuelo», en *RVAP*, número 41, 1995, p. 588. Esta cita es perfectamente trasladable a nuestro momento actual de incertidumbre y poca pericia jurídico-urbanística.

(19) Las cuestiones jurídicas sobre la *ciudad* peruana tienen una complicación adicional que es perfectamente trasladable a los estudios sobre el subsuelo ciudadano. Según el profesor piurano G. CHANG las urbes «son una entidad contenida en varias circunscripciones territoriales. En efecto, Lima y Callao constituyen una sola ciudad. Desde el punto de vista de la organización administrativa, esta gran ciudad de casi 11 millones de habitantes, está conformado por la Provincia de Lima Metropolitana con 43 distritos y la provincia constitucional del Callao, que a su vez tiene un Gobierno Regional, una municipalidad provincial y seis municipalidades distritales. Fuera de la capital, también pasa lo mismo. La ciudad de Piura se encuentra en los distritos de Castilla, Veintiséis de Octubre y Piura. Si continúa la expansión urbana, pronto se anexionará el distrito de Catacaos. En Chiclayo, la situación es similar. La ciudad se contiene en tres distritos: La Victoria, José Leonardo Ortiz y Chiclayo central. Si la ciudad sigue creciendo, pronto incluirá al distrito de Pimentel y a Lambayeque, la provincia vecina a Chiclayo. Esta forma de organización hace imposible administrar los recursos, brindar servicios y organizar la policía administrativa pensado en la ciudad como un solo ente. Cada municipio tiene autonomía en sus propias competencias, con lo cual cada trozo de ciudad vela por sus propios intereses y no mira al conjunto (...) la legislación peruana no está hecha para la ciudad en sí». Vid. CHANG CHUYES, Guillermo; «Las ciudades en el Perú: problema y posibilidad», en el Vol. Col. *La ciudad del siglo XXI. Transformaciones y retos*, Madrid, INAP-AEPDA, 2020, p. 200. Agregaría dos anómalas razones más a lo señalado por el profesor CHANG CHUYES, en primer lugar, el *minifundismo municipal* creado por una legislación de organización administrativa que privilegia los números antes que la unión de bloques urbanos (evitando la creación desmesurada de

término, el contexto jurídico en el que debe analizarse el *subsuelo urbano* (marcado por una acentuada desintegración normativa ligada a un exclusivo criterio material-edificatorio); lo que intentaré plantear en las siguientes líneas será un sistema conceptual que pueda ser usado para —al menos— discutir algunas cuestiones. Quizás muchas de estas consideraciones puedan tener varias dosis de polémica, pero considero pueden ser defendibles en aras de innovar y evitar las respuestas cotidianas o de pura praxis.

IV. SUBSUELO URBANO, TEORÍA DEL INTERÉS Y MITOLOGÍA JURÍDICA

Un grupo de problemas que deben desentrañarse para afrontar con una mirada distinta el subsuelo urbano es superar alguna locución (20) y la posterior aplicación irreflexiva de cierta teoría foránea. Ambas cuestiones han tenido cierto impacto en nuestra doctrina civilista y sus correspondientes explicaciones acerca de la extensión de la propiedad predial regulada en el artículo 954 del CC, y han sido usadas para darle un sentido jurídico a la vieja e inexpugnable regla acerca del alcance de este derecho subjetivo, pues este último «se extiende al subsuelo y al sobresuelo, *comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho*» (21).

municipalidades distritales o provinciales conurbadas) y, en segundo término, la agobiante *conflictividad competencial* (nadie hace nada, ni dice nada, o dicen todo completamente contrapuesto uno al otro). Ambos factores, además del inicialmente reseñado, determinan que las fuentes normativas aplicables al subsuelo sean distintas dependiendo de la zona territorial en la que se ubique el operador (por eso la necesidad de una ley codificadora de los terrenos urbanos y la ciudad).

(20) Sin perjuicio de la frase medieval que criticaré en este acápite, considero que seguir manteniendo en los estudios de Derecho civil peruano expresiones como la «propiedad ha sido tradicionalmente un derecho (...) *absoluto*», en referencia a una característica que «confiere a su titular todas las facultades, es decir las de usar, disfrutar y disponer un bien objeto del derecho», abona poco en una reconstrucción dogmática del derecho de propiedad y la específica modalidad urbana. Muestra además la falsa imagen de un grupo de facultades que se expanden indefinidamente sin fronteras reconocibles, cuando en realidad las fuentes normativas de Derecho administrativo y la propia Constitución prueban todo lo contrario. En cualquier caso, sería más preciso decir que la propiedad es el derecho real más *completo* (en subfacultades) y descartar por confuso el adjetivo *absoluto* (en su variante de ilimitado), asumiendo los actuales contornos máximos del derecho cada vez más «crecientes en extensión y número». Las citas criticadas pertenecen al autor peruano AVENDAÑO VALDEZ, Jorge; «La propiedad en el Código Civil», en el Vol. Col. *Estudios sobre la propiedad*, Lima, PUCP, 2012, p. 77.

(21) El antecedente de esta regla vigente se encuentra en el artículo 854 del antiguo CC de 1936, el cual fue copiado en su integridad por la vigente disposición salvo por una exclusión más estricta de los bienes de protección especial que se encuentran ubicados en las

Adelanto sobre la tesis indicada que se trata de un fenómeno de reproducción mecánica de la *teoría del interés* expuesta por VON IHERING en el siglo XIX (22) (también predicable en muchos países occidentales), que fue abiertamente recibida en el antiguo CC de 1936 (debido al influjo enorme de la legislación comparada imperante en ese momento), luego fue trasladada a la vigente regla civil antes señalada, continuó hasta nuestros días en esa normatividad privada sin mayores comentarios posteriores y ningún otro mayor predominio conocido en adicionales ámbitos sectoriales (como las aguas subterráneas, minas, u otros recursos naturales ubicados en las capas inferiores a la superficie).

La mencionada es una tesis formidable incluso para esa época. Sin embargo, en su adaptación peruana sufrió una exacerbación por omisión, pues sin señalarse otros conceptos de apoyo y complemento, se asumió como una solitaria verdad por parte de la poquísima doctrina que se ocupó de comentar esta disposición (23). Todo esto, sin entender que dejar la utilidad o aprovechamiento del inmueble siempre en manos de la autonomía de la voluntad y prudencia de lo que considere oportuno cada propietario predial (el ensalzamiento del individualismo), supone convertir de facto a esta propiedad (urbana), al menos en su imaginaria línea vertical, en facultades dominicales «soberanas» y de apariencia ilimitada, casi sin posibilidades de poder aceptar la función social que constitucionalmente le viene impuesta. Incluso, de asumir otras consideraciones relacionadas con su ordenación general y la propia conformación y sostenibilidad respecto a las ciudades (por ejemplo, cuando en un futuro cercano se pretenda introducir verdaderas normas urbanísticas subterráneas por parte de la autoridad local competente o del propio Legislador nacional).

No debe olvidarse que la teoría del interés incluso con sus posteriores recepciones y correcciones determina —sin mayores criterios extras y con

capas más profundas de la tierra, además de un cajón de sastre que permite dar cabida a la diversa legislación sectorial sobre bienes mayoritariamente públicos no enumerados taxativamente por el Legislador. Al respecto, se puede reconocer este dato y la legislación comparada diversa que se tomó en cuenta para su preparación en RIVERA BUSTAMANTE, Enrique; «Extensión del derecho de propiedad», en el Vol. Col. *Código Civil comentado*, Lima, Gaceta Jurídica, 2008, Tomo V, p. 326.

(22) El libro de 1863 del jurista alemán en el que aparece esta tesis claramente fundamentada, incluso en su contenido se notan sus formas reactivas frente al voluntarismo de Savigny, aparece reseñado estupendamente por NIETO GARCÍA, Alejandro; «Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico», en *RAP*, número 56, 1968, pp. 41-43.

(23) Por todos ver los trabajos de RIVERA BUSTAMANTE, Enrique; «Extensión del derecho de propiedad»..., *op. cit.*, pp. 326-330; ARIAS SCHREIBER, Max y CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos; *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, Lima, Gaceta Jurídica, Tomo V, 1998, p. 123 y ss.; y DEL RISCO SOTIL, Luis; «El derecho de superficie», en *Revista Ius et Veritas*, 2017, número 54.

un enorme nivel de incertidumbre jurídica— que en general «*el suelo llega hasta donde llega el interés de su aprovechamiento, y en el punto en que termina ese interés empieza el subsuelo*. De aquí precisamente, y puesto que la profundidad del interés puede ser variada, que no pueda determinarse en abstracto el espesor del suelo» (24). Es decir, aplicada de esta manera estamos ante un claro ensamblaje de la indefinición conceptual y la transformación de la propiedad urbana en un derecho de componentes materiales disímiles, sin presión exacta para *delimitarse* ante los intereses públicos, menos para descubrir que es exactamente el subsuelo según las condiciones físicas del predio *in situ*. En cualquier caso, hasta ahora este último sigue siendo un componente secundario que acompaña a la lámina superficiaria (el suelo) y que dependerá de múltiples factores subjetivos para ser considerado como un bien útil o materialmente aprovechable.

Si bien esta tesis merece algunas críticas tiene que necesariamente mantenerse como un eje a ser racionalizado en aras de buscar una *solución alternativa* (no cabe desconocerla dado su implícito reconocimiento legislativo). Vale indicar —siguiendo a J. AGUDO— que esta teoría encubre ciertas consideraciones que, aunque aplicables en la actualidad; sin nociones adicionales de racionalización, podría terminar siendo muy perjudicial puesto que asume que lo esencial del derecho subjetivo estaría en «el goce, ganancia o ventaja» que proporciona y que el Derecho protege (...) «los derechos son intereses jurídicamente protegidos» (...) los derechos no existirían para realizar la idea de la voluntad jurídica abstracta, sino para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades y realizar sus fines. En definitiva, la utilidad se convierte en la sustancia de los derechos» (25).

Lo adicional que complementa a la teoría del interés viene dado por la construcción de un listado de obligaciones de *delimitación* del subsuelo privado y, como no, de *presunciones* de re-equilibrio entre particulares que aprovechan estas porciones de profundidad, ambas basadas en un trabajo coherente de la administración pública local (principalmente mediante la planificación urbana especializada). En cualquier caso, vale recordar que cuando se aprovecha las capas subterráneas de un predio estamos ante una decisión privada que siempre afecta a terceros y la correspondiente forma urbana de un determinado espacio de la ciudad, por eso no se puede dejar todo en manos del propietario. Se necesita algo más que se exprese en la planificación administrativa detallada de las capas, profundidades estandarizadas, señalamiento de corrientes de aguas subterráneas o posibles yacimientos, interferencias (infraestructura ente-

(24) NIETO GARCÍA, Alejandro; «Aguas subterráneas: subsuelo árido...», *op. cit.*, p. 41.

(25) AGUDO GONZÁLEZ, Jorge; «Evolución y negación de los derechos subjetivos», en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, número 5, 2011, p. 18.

rrada), límites máximos de aprovechamientos, consistencias de suelo, formas de colocación de cables metálicos en propiedad horizontal, etc. Además, no debe olvidarse que el primer titular que utiliza el subsuelo en un sector de la ciudad condiciona a los posteriores, lo cual obliga a posibles obligaciones constructivas adicionales (al menos si el aprovechamiento se da manejando profundidades más o menos apreciables).

V. EL SUBSUELO URBANO PRIVADO Y LA TIRANÍA DE UN AFORISMO

Sin embargo, considero que distinto debe ser el tratamiento del brocardo medieval «*Usque ad sidera, usque ad inferos, cujus este solo, eius est usque ad coelum y dominus soli est dominus coeli et inferorum*» («el que es dueño del suelo, lo es por arriba hasta el cielo y por abajo hasta el infierno»), el cual ha sido utilizado como un medio contaminante y que afecta la aplicación de la teoría del interés en nuestro Derecho. Incluso teniendo recientes prácticas muy lesivas que han impactado sobre muchos ciudadanos y el propio interés público (26).

Este falso aforismo jurídico que ha sido automáticamente descartado por alguna doctrina civilista (27), y, a contrario sensu, en nuestra realidad parece más vigente que nunca para explicar la prolongación jurídico-vertical de la propiedad de profundidad (28), surge ante la falta de nociones más modernas,

(26) Me refiero principalmente a la tortuosa construcción de la línea dos del metro de Lima. En esta infraestructura de gran envergadura, el Derecho peruano se ha mostrado incapaz de poder afrontar los problemas de disponibilidad del subsuelo involucrado (que en realidad son complicaciones de titularidad). Y, lo que es peor, nada se hace por mejorar nuestras clamorosas deficiencias jurídicas.

(27) Cfr. RIVERA BUSTAMANTE, Enrique; «Extensión del derecho de propiedad»..., *op. cit.*, pp. 326-327.

(28) Esta fuerza actual no solamente se da en nuestro país. En Chile una reciente sentencia de su Corte Suprema en asuntos sobre aires recogía esta frase en los siguientes términos: «Que en materia de extensión de la propiedad del inmueble, nuestro Código Civil siguió el principio romano según el cual el dominio del suelo comprende la propiedad tanto del subsuelo como de la columna atmosférica que lo cubre, ambas dentro de los planos perpendiculares a las líneas de demarcación del predio superficial (...) De este modo, generalizadamente se estima que el propietario del suelo tiene derecho a levantar sus construcciones hasta alturas tales que sólo se encuentra limitadas por las posibilidades materiales, por la ley o por los reglamentos». Vid. Sentencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema de Chile, Rol N° 22.967-2018, fundamento noveno. Un pequeño comentario del profesor H. Corral sobre esta resolución puede ser vista en este enlace: <https://corraltalciani.wordpress.com/2019/08/04/usque-ad-coelum-et-ad-inferos/c-sup-servidumbrearea/>. También en el Derecho civil argentino, que tuvo una importante influencia en nuestra doctrina civilista, se hace mención de esta expresión. Al respecto, se indicaba que desde «aspectos materiales» el derecho se extendía «en los términos ilimitados previstos en el art. 552 del Código Napoleón, conforme al cual la propiedad del

iusadministrativas y que perfeccionen la mentada teoría del interés. Todas estas cuestiones mencionadas dan una imagen deformada de la propiedad predial peruana (concentrada principalmente en urbes), en la que el subsuelo de los particulares es un elemento natural, elástico, expandible y sin límites reconocibles.

Los grandes problemas actuales sobre la extensión de la propiedad predial se deben a la indefinición conceptual y a los rezagos velados de una antigua expresión que no desaparece de nuestro Derecho. Omisión y disfuncionalidad que luego hacen nacer múltiples conflictos cuando la propiedad urbana se desgaja por razones válidas del titular [no solucionadas todas mediante el contrato de superficie (29)], o la primera entra en contacto natural con los bienes de dominio público urbano. La situación se complejiza aún más cuando el propietario decide que el *subsuelo* sea utilizado y realiza actividades constructivas horizontales de gran calaje, o pretende excavar lo más profundo que pueda en su predio para realizar diversos aprovechamientos edificatorios (estacionamientos o espacios para la habitabilidad), o de mera sostenibilidad funcional para una edificación principal (galerías de servicios, ocupaciones permanentes para entibar la edificación, que en muchos casos pueden salirse de los límites verticales del predio privado). Por todo lo mostrado, considero sin temor a equivocarme, que este adagio debe ser descartado de plano, sin miramientos y por oponerse a la función social de la propiedad aparecida en el citado artículo 70 de la CP.

Pero existen otras cuestiones a desentrañar que implican necesariamente ciertas críticas a algunas posturas existentes, claro entendiendo que la teoría del interés intentó superar la mencionada seudotesis medieval, al menos buscó que las limitaciones de la propiedad (y del propio subsuelo) estuvieran referida

suelo comprende la propiedad de lo que está encima y de lo que está debajo. Era otra manera de escribir la antigua fórmula que concebía que, en tal caso, el dominio llegaba hasta el cielo y hasta el infierno». El texto del artículo 2518 del Código Civil argentino, quizás la norma más definida y clara respecto a la expresión criticada, se señala que la «*propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares*. Comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo, como los tesoros y las minas, salvo las modificaciones dispuestas por las leyes especiales sobre ambos objetos». Vid. NOVOA MONREAL, Eduardo; *El Derecho de propiedad privada. Concepto-Evolución-Crítica*, Caracas, Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos, 1989, pp. 38-39.

(29) El contrato de superficie sólo permite resolver cuestiones *inter-privatos* a partir de crear un estratégico «desdoblamiento de la propiedad predial, determinando que las construcciones pertenecen a un propietario distinto al dueño del suelo. Se rompe, pues, el principio de accesión inmobiliaria. Este es el punto de partida del derecho de superficie. Si no existiera derecho de superficie, lo edificado pertenecería al dueño del suelo». Vid. DEL RISCO SOTIL, Luis; «El derecho de superficie», en *Ius et Veritas*, 2017, número 54, pp. 215-216. También puede examinarse el trabajo de FERNÁNDEZ SALAS, José Carlos; «El derecho de superficie», en *Themis*, 2012, número 62, pp. 217-253.

a una subjetiva «utilidad económica que pueda ofrecerse al propietario» (30). Sin embargo, a pesar de estos intentos, esta criticada frase de los glosadores nunca pudo ser extirpada del todo y sigue contando con reflejos específicos en la codificación napoleónica (31), peor todavía ha camuflado su utilización en nuestro país y tiende a una simbiosis con la indefinida ventaja o provecho que pueda ser predicado respecto a cada propiedad predial o urbana. Este recojo aparece mostrado con mayor énfasis cuando un particular pretende ejercitar el componente subterráneo. Por todo lo dicho estimo que es necesario tomar en cuenta lo siguiente:

a) La simple lectura de las normas privadas y la poquísima doctrina civilista no da ninguna respuesta respecto del aforismo medieval. Por eso siempre hizo falta un *diálogo multidisciplinario* con el Derecho administrativo, al menos en asuntos de delimitación de los elementos físicos de la propiedad privada. Al respecto, uno de los más importantes profesores administrativistas del siglo pasado en nuestro idioma, revisando los orígenes y el contexto de la frase en cuestión llegó a una conclusión fundamental que ha sido desaprovechada por nuestro actual ordenamiento: «este aforismo —que nunca llegó a ser norma jurídica— surge en el siglo XIV como argumento jurídico de defensa en una situación muy concreta: *se trataba de defender a los terratenientes de la pretensión de los señores feudales a disfrutar de las riquezas mineras, que se quería incluir dentro de las regalías*. En estos pleitos, los antifeudistas afirman la libertad del dominio frente a los derechos señoriales» (32). Por ende, nunca fue configurada como una norma jurídica, no pertenece al mundo de las fuentes estatales del Derecho, simplemente fue y sigue siendo una expresión que resume un grito ideológico de reacción ante el abuso de los señores feudales.

b) Tampoco la expresión tiene un origen romano como se lee o deduce en mucha doctrina peruana de Derecho civil (33). En la realidad romana nunca existió la necesidad de establecer el régimen aplicable de la indefinida extensión vertical de la propiedad porque no surgieron esos problemas específicos. Solamente fueron necesarias unas «pocas limitaciones legales urbanas, en el tanto que *la sociedad era predominante del tipo agrario*, de tal modo que su relación con el desarrollo actual lo que nos muestra es un incipiente interés por proteger los

(30) GUIMERÁ PERAZA, Marcos; «El derecho de subsuelo», en *Anuario de Derecho civil*, volumen 14, número 1, 1961, p. 130.

(31) El artículo 552 del CC francés sigue preceptuando que la «*propiedad del suelo conlleva la propiedad de lo situado encima y debajo de él*». Esta regla no es muy distinta a la frase que se le atribuye a Cino de Pistoia y que es criticada en el párrafo principal.

(32) NIETO GARCÍA, Alejandro; «Aguas subterráneas: subsuelo árido...», *op. cit.*, p. 34.

(33) Por todos ver RIVERA BUSTAMANTE, Enrique; «Extensión del derecho de propiedad...», *op. cit.*, pp. 326-329.

derechos de los vecinos. El concepto de límites no fue contemplado en los textos de jurisperitos romanos, pues únicamente se refieren a las relaciones de vecindad» (34). El carácter urbano, el asentamiento complejo, los planteamientos sobre la verticalidad edificatoria, el subsuelo y el máximo alcance físico de la propiedad sólo pueden surgir con el avance de la ingeniería y el urbanismo en la búsqueda de nuevos espacios privados y públicos que puedan ser usados por los ciudadanos (y claro todos esos son problemas postindustriales).

- c) Como bien señaló el profesor A. NIETO, en una cita que es concluyente y bien sustentada respecto a un mito que debe ser desmontado, el «aforismo en cuestión no responde ni mucho menos a la tradición romana. El pretendido rigor dominical romano nunca llegó a los extremos del aforismo medieval, quizá porque no llegó a originarse entonces una situación conflictiva que lo justificase. Sea como sea, primero JHERING y luego los modernos romanistas (SCULOJA, BONFANTE, SOHM, FERRINI) son unánimes en afirmar la inexistencia de fuentes romanas que apoyen la tesis» (35).
- d) Incluso este aforismo no fue el único que existió en el medievo respecto a la extensión de la propiedad. Como bien señaló GUIMERÁ (siguiendo fundados rastros históricos), «según Beneyto (...) en España aparece en los territorios románicos de Levante en el siglo XIII, y cita una donación de Jaime I a Berenguer de Moncada, de 30 de julio de 1258, donde se habla de a *celo usque in abissum*; así como un cartulario de San Pelayo de Oviedo de 14 de enero de 1244, que habla de *todos los derechos de terra al cielo*» (36).
- e) Ahora bien, a pesar de estos datos en contra, este brocardo fue soporte directo de algunas codificaciones europeas. Si se quiere un antecedente relevante de legislaciones civiles del siglo XIX. Muchas de éstas nunca más pudieron desperdiciarse de su encanto mitológico, a pesar de su poco valor funcional para el actual e incesante progreso tecnológico constructivo, sin perjuicio de además tener pocas posibilidades de éxito ante una innegable realidad que refleja un crecimiento exponencial de la población urbana a desmedro del menor espacio público de calidad de nuestras ciudades. El ejemplo principal de lo indicado es el aún vigente artículo 552 del CC francés, norma que

(34) SÁNCHEZ BOZA, Roxana; «Límites y limitaciones en la propiedad. Antecedentes en el Derecho romano. Actualidad y extensión por influencia del Derecho urbano», en *Revista de Ciencias Jurídicas*, número 113, 2007, p. 103.

(35) NIETO GARCÍA, Alejandro; «Aguas subterráneas: subsuelo árido...», *op. cit.*, p. 35.

(36) GUIMERÁ PERAZA, Marcos; «El derecho de subsuelo...», *op. cit.*, p. 129.

se apoyó «en el precedente medieval —por la clara razón histórica de haber defendido en el momento de su aparición *la libre propiedad burguesa* de las posibles intervenciones señoriales—, afirmando que “la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous” (37). Esta regla normativa influyó mucho en nuestro Legislador pero no deja de ser una muestra muy desfasada del «peligro feudal y del paroxismo liberal» (38).

Dichas las anteriores cuestiones, y planteada una obligación de expurgar la frase implícita de dudosa raíz jurídica, estimo que nuestra vigente extensión de la propiedad urbana y el correspondiente alcance del subsuelo predial privado necesitarán otras formas de ser ensamblados, al menos para superar la vaguedad del artículo 954 de nuestro CC. Me permito sugerir una interpretación más restrictiva de esta norma de Derecho privado, acorde con la función social de la propiedad. Por otro lado, no debe olvidarse que la extensión profunda debajo del suelo superficiario sólo es utilizable junto con otros institutos complementarios que hagan posible la constitucional «armonía con el bien común y dentro de los límites de ley» (por ejemplo, con reglas claras de un plan administrativo, según los términos antes expresados).

Todo esto permitirá la creación de un derecho con un contenido jurídico más realista y sobre todo unas limitaciones reconocibles [no solamente manifestadas en las aspiraciones de una extraña «reglamentación» o de hacer visibles sus fronteras internas, sin añadirse nada más (39)]. Para el anterior propósito hace falta entonces plantear nuevos institutos que complementen la teoría del interés (que esencialmente deberán ser recogidos en legislación sectorial o una gran legislación urbanística general), permitiendo eliminar este delirio de grandeza de la propiedad urbana manifestada principalmente en su componente subterráneo.

En cualquier caso, no debe olvidarse que lo indispensable es superar el fuerte rasgo *decimonónico* que aún acompaña a la extensión y el propio contenido protegido de la propiedad urbana peruana, con una indudable manifestación en las capas subterráneas de los predios privados, y esto parte por asumir que la teoría del interés se originó «al albur de los conflictos de intereses (túneles de ferrocarril, navegación aérea, etc.) que requerían de técnicas para solventar las problemáticas que una concepción absoluta de la propiedad causaba. Fue entonces cuando comenzó a plantearse la necesidad de que el ejercicio del derecho de propiedad, sin dejar de servir al interés del

(37) NIETO GARCÍA, Alejandro; «Aguas subterráneas: subsuelo árido...», *op. cit.*, p. 35.

(38) *Ibidem* p. 36.

(39) Cfr. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge; «El derecho de propiedad en la Constitución», en *Themis*, 1994, número 30, pp. 117-118.

propietario, se oriente hacia la satisfacción de intereses generales y por tanto al cumplimiento de la función social de la propiedad que se irá plasmando en normas especiales» (40).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS SCHREIBER, Max y CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos: *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, Lima, Gaceta Jurídica, Tomo V, 1998.
- AGUDO GONZÁLEZ, J. (2011): «Evolución y negación de los derechos subjetivos». *Revista Digital de Derecho Administrativo* (número 5), 9-42.
- AUBY, J.B. (2018): «La ciudad, ¿nueva frontera del Derecho administrativo?», en *TransJus Working Papers Publications* (número 3), 1-17.
- AVENDAÑO VALDEZ, J. (2012): «La propiedad en el Código Civil», en el Vol. Col. *Estudios sobre la propiedad*, Lima, PUCP.
- AVENDAÑO VALDEZ, J. (1994): «El derecho de propiedad en la Constitución», en *Themis* (número 30), 117-118.
- CASTRO POZO, H. (2007): *Derecho urbanístico*, Lima, Grijley.
- CHANG CHUYES, G. *Las ciudades en el Perú: problema y posibilidad*, pro manuscrito.
- CHEHADE HERRERA, R. (2010): «La extensión vertical del derecho de propiedad en el subsuelo», en el Vol. Col. *Libro homenaje a Luis Hernández Berenguel*, Lima, PUCP-IPDT.
- DEL RISCO SOTIL, L. (2017): «El derecho de superficie», en *Revista Ius et Veritas* (número 54), 210-234. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201702.011>.
- EUGÈNE HENARD (1982): *Etudes sur les transformations de Paris*, París, L'Équerre.
- FERNÁNDEZ SALAS, J.C. (2012): «El derecho de superficie», en *Themis* (número 62), 1-17.
- FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, T.R. (1995): «La propiedad urbanística del suelo, el vuelo y el subsuelo», en *RVAP* (número 41), 590.
- GUIMERÁ PERAZA, M. (1961): «El derecho de subsuelo», en *Anuario de Derecho Civil*, volumen 14 (número 1), 121-138.
- GUIMERÁ RICO, J.J. (2015): «El complejo inmobiliario urbanístico: Dominio público, ¿subsuelo privado?», en *Anales de la Facultad de Derecho* (número 32), 85-105.

(40) Vázquez Matilla, Javier; «Régimen jurídico del subsuelo en España», *República Jurídica Administrativa*, año 2, número 3, 2011, p. 45.

- HIDALGO GARCÍA, David y otros (2019): «Urbanismo Subterráneo. Análisis comparativo de las propuestas de Leonardo Da Vinci y Eugène HENARD», en *Anales de geografía de la Universidad Complutense de Madrid*, 317-335.
- HUAPAYA TAPIA, Ramón: «Las técnicas administrativas del patrimonio cultural arqueológico en el ordenamiento jurídico peruano», en el Vol. Col. *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*, Madrid, INAP, 2017, pp. 427-454.
- MORAND-DEVILLER, J. (2011): «Los bienes públicos y el derecho de propiedad», en *REALA* (número 317), 13-28. <https://doi.org/10.24965/reala.vi317.10093>.
- MORENO GARCÍA, J. (2016): «Las canteras subterráneas y el urbanismo (la STSTV de 3 de diciembre de 2014)», en *RVAP* (número 104), 193-212.
- NIETO GARCÍA, A. (1968): «Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico», en *RAP* (número 56), 9-92.
- NOVOA MONREAL, E. (1989): «El Derecho de propiedad privada. Concepto-Evolución-Crítica», *Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos* (número 30), 345-385. <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552008000100013>.
- ORTIZ SÁNCHEZ, I. (2007): *Introducción al Derecho urbanístico*, Lima, PUCP, 2017, y CASTRO POZO, H. (2007): *Derecho urbanístico*, Lima, Grijley.
- RIVERA BUSTAMANTE, E. (2008): «Extensión del derecho de propiedad», en el Vol. Col. *Código Civil comentado*, Lima, Gaceta Jurídica, Tomo V.
- SÁNCHEZ BOZA, R. (2007): «Límites y limitaciones en la propiedad. Antecedentes en el Derecho romano. Actualidad y extensión por influencia del Derecho urbano», en *Revista de Ciencias Jurídicas* (número 113).
- SANTAELLA QUINTERO, H. (2019): *La propiedad privada constitucional: una teoría*, Madrid, Marcial Pons.
- VÁZQUEZ MATILLA, J. (2011): «Régimen jurídico del subsuelo en España», en *República Jurídica Administrativa*, año 2 (número 3), 37-64.

