

DIREITOS REAIS E INFRAESTRUTURA:

XIV Encontro da Rede Internacional
de Bens Públicos

EDITORES:

Gerardo García-Álvarez

Julián Pimiento Echeverri

André Saddy

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

Jorge Pação



Autores:

- Alfonso Buteler • Álvaro Bautista Flores • André Saddy
- Antoine Bourrel • Augusto Durán Martínez • Caio Ribeiro Pires
- Carmen de Guerrero Manso • Daniel Bucar • Francesca Di Lascio
- Gerardo García-Álvarez • Giuseppe Piperata • Graciela Ruocco
- Helena Alejandra Romero Espinel • Hubert Alcaraz • João Miranda
- Jorge Danós Ordóñez • Jorge Pação • Julián A. Pimiento Echeverri
- Orlando Vignolo Cueva • Patrícia Regina Pinheiro Sampaio
- Ramón Huapaya Tapia • Richard Martin Tirado



www.ccej.com.br

Editores

André Saddy e Pedro Luiz Ferreira de Almeida

Conselho Editorial

André Saddy – Universidade Federal Fluminense (Brasil)

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo - Escola de Direito do RJ da Fundação Getulio Vargas (Brasil)

Christian Alberto Cao – Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Claudia Ribeiro Pereira Nunes – Yale University (Estados Unidos da América)

Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva – Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil)

Daniel Wunder Hachem – Universidade Federal do Paraná (Brasil)

Irene Patrícia Nohara – Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil)

João Miranda – Universidade de Lisboa (Portugal)

José Eugenio Soriano García – Universidad Complutense de Madrid (Espanha)

José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil)

Julián Pimiento Echeverri – Universidad Externado de Colombia (Colombia)

Orlando Vignolo Cueva – Universidad de Piura (Perú)

Pablo Schiavi – Universidad de la República / Universidad de Montevideo (Uruguai)

Reinaldo Funes Monzote – Universidad de Havana (Cuba)

Rodrigo Ferrés Rubio – Universidad Católica del Uruguay (Uruguai)

Sede: Rua Alcindo Guanabara n.º 24, sala 1405, Rio de Janeiro,
RJ, Centro da Cidade, CEP 20.031-915, Brasil

EDITORES

Gerardo García-Álvarez
Julián Pimiento Echeverri
André Saddy
Patrícia Regina Pinheiro Sampaio
Jorge Pação

DIREITOS REAIS E INFRAESTRUTURA:

XIV Encontro da Rede Internacional de Bens Públicos

AUTORES

Alfonso Buteler – Álvaro Bautista Flores – André Saddy – Antoine Bourrel – Augusto Durán Martínez – Caio Ribeiro Pires – Carmen de Guerrero Manso – Daniel Bucar – Francesca Di Lascio – Gerardo García-Álvarez – Giuseppe Piperata – Graciela Ruocco – Helena Alejandra Romero Espinel – Hubert Alcaraz – João Miranda – Jorge Danós Ordóñez – Jorge Pação – Julián A. Pimiento Echeverri – Orlando Vignolo Cueva – Patrícia Regina Pinheiro Sampaio – Ramón Huapaya Tapia – Richard Martin Tirado

Rio de Janeiro
2026

Copyright © 2026 by *Gerardo García-Álvarez; Julián Pimiento Echeverri; André Saddy; Patrícia Regina Pinheiro Sampaio; Jorge Pação*

Categoria: Direito Administrativo

Produção Editorial
Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

Diagramação: Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

Capa: Patrícia Carvalho e Silva

O Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ) não se responsabiliza pelas opiniões emitidas nesta obra, pelo seu autor, bem como esclarece que o padrão ortográfico e o sistema de citações e referências são prerrogativas do seu autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive, quanto às características gráficas ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei n.º 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n.º 9.610/1998).

Todos os direitos desta edição são reservados ao Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

Impresso pela Bok2

Catálogo: Daniele Ferreira Alvarenga - CRB7 6873/RJ

García-Álvarez, Gerardo

Direitos reais e Infraestrutura: XIV Encontro da Rede Internacional de Bens Público/ Gerardo García-Álvarez, Julián Pimiento Echeverri, André Saddy, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, Jorge Pação (editores). - Rio de Janeiro: CEEJ, 2026.

616 p.

ISBN: 978-65-84958-98-2

Inclui referências e quadros

1. Contratos inteligentes – Administração Pública. 2. Contratações Públicas.
3. Desenvolvimento social. 4. Direitos Reais. I. Título. II. Série.

CDD – 342.12

BREVE APRESENTAÇÃO DOS AUTORES

Alfonso Buteler

Abogado (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina) Magíster Derecho Administrativo (Universidad Austral) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Univ. Nac. De Córdoba). Posdoctor en Derecho Docente de Derecho Administrativo (Facultad de Derecho, UNC). Miembro del Comité Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Director de la Sala de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados de Córdoba, Autor de 6 libros y de numerosas publicaciones en obras colectivas y revistas especializadas sobre la materia. E mail: alfonso@buteler.com.ar.

Álvaro Bautista Flores

Abogado, Procurador y Escribano por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata. Distinguido con el Premio “Joaquín V. Gonzalez” al mejor promedio de su promoción (Año 2009). Magister en Contrataciones Públicas por Universidad de Castilla-La Mancha (España). Especialista en Derecho Administrativo (UNLP). Especialista en Contratos Administrativos por la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Docente de grado y posgrado en la Universidad de Buenos Aires, La Plata, Austral, Mar del Plata, Belgrano, Abierta Interamericana, ECAE, Oficina Nacional de Contrataciones, y en la Procuración General de CABA. Director de la Revista de Contrataciones Públicas de la Editorial IJ Editores. Asesor en materia de contrataciones, y derecho público en general, en el ámbito nacional, provincial y municipal.

André Saddy

Pós-Doutor pelo Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford, Doutor Europeu em “Problemas actuales de Derecho Administrativo” pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid, com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España, Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com apoio do Programa Alþan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina, pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor

de direito administrativo da Faculdade de Direito, do Mestrado em Direito Constitucional e do Doutorado em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor de direito administrativo do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Diretor Executivo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). Presidente Honorífico do Centro de Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ). Idealizador e Coordenador do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Sócio-fundador do escritório Saddy Advogados. Consultor e parecerista.

Antoine Bourrel

Profesor titular de Derecho Público en la Universidad de Pau y des Pays de l'Adour, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE 7318, IE2IA, Pau, Francia

Augusto Durán Martínez

Catedrático de Procesos Constitucionales en la Facultad de Derecho de la Universidad CLAEH. Ex Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Decano Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Académico de Número Fundador de la Academia Nacional de Derecho del Uruguay. Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en la República Oriental del Uruguay. Vicepresidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo.

Caio Ribeiro Pires

Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ (Brasil). E-mail: bucar@bucarmarano.com.br. ORCID: 0000-0002-0852-3792 (disponível em <https://orcid.org/0000-0002-0852-3792>).

Carmen de Guerrero Manso

Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza (España). Doctora en Derecho y Máster en Urbanismo. Directora de la Cátedra

del Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud (IACS) de nuevas formas de gestión pública de investigación e innovación en salud a través de la contratación. Ha realizado estancias de investigación en Reino Unido (Sheffield), Francia (París) e Italia (Milán). Miembro de diversas redes de investigación y foros: Observatorio de Contratación Pública; Red europea de juristas expertos en compra pública de innovación EAFIP; Foro de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón; Red Internacional de Bienes Públicos; Observatorio de Políticas Ambientales; Asociación Española de Derecho Urbanístico (delegada en Aragón). Co-investigadora principal del grupo de investigación consolidado ADESTER (Administración, Economía, Sociedad y Territorio). Autora de dos monografías, más de 70 artículos y capítulos de libros y coordinadora de la monografía anual del Observatorio de los Contratos Públicos. Ponente habitual en congresos, cursos y jornadas de especialización

Daniel Bucar

Doutor pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (Brasil). Professor Titular de Direito Civil no IBMEC/RJ. E-mail: crp@bucarmarano.com.br. ORCID: 0000-0001-8130-306X (disponível em <http://orcid.org/0000-0001-8130-306X>).

Francesca Di Lascio

Profesora asociada de Derecho Administrativo en la Universidad Roma Tre. Es vicecoordinadora del Doctorado en Gobierno, Economía e Instituciones y vicaria del Colegio Único de Cursos para la Administración Pública (CUPA) en el Departamento de Ciencias Políticas de la misma Universidad. Ha sido profesora visitante, entre otros, en el Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (Brasília) y en la École de droit de la Sorbonne de la Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Es vicepresidenta de la Red Internacional de Derecho Europeo (RIDE). Ha coordinado la unidad de investigación local Roma Tre del Proyecto de Interés Nacional 2022 PNRR From BEaches to Coasts: towards an Integrated PROtection of COASTS (BeProCoasts) y del Proyecto de Interés Nacional 2022 REhabilitating Peripheral Areas through Innovative Regeneration (REPAIR). Sus intereses de investigación actuales se centran en el derecho medioambiental y de los

recursos naturales, los bienes públicos, la gobernanza del territorio, el derecho de la ciudad y la digitalización de la administración pública.

Gerardo García-Álvarez

Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Zaragoza
galvarez@unizar.es

Giuseppe Piperata

Profesor titular de Derecho Administrativo en la Alma Mater Studiorum - Universidad de Bolonia y profesor de la Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica (SPISA). Es director de Aedon. Rivista di arte e diritto online y codirector de Munus. Rivista giuridica dei servizi pubblici. Ha coordinado numerosas unidades de proyectos de investigación de interés nacional, entre las que se incluyen, más recientemente, el grupo de trabajo IUAV en el contexto del PRIN2022 PNRR From BEaches to Coasts: towards an Integrated PROtection of COASTS (BeProCoasts) y del PRIN2022 Attractiveness of the historic villages and recovery of the building heritage for residential and tourist purposes, between ownership and consumption. Sus intereses de investigación actuales se centran en la gobernanza del territorio, el patrimonio cultural, los bienes públicos, las entidades regionales y territoriales y la gestión de los servicios públicos.

Graciela Ruocco

Profesora Titular de Posgrado de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Profesora Titular de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Directora del Instituto de Derecho Administrativo de la misma universidad (2021-2023). Máster en Derecho con énfasis en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Miembro de la Asociación de Derecho Público del Mercosur. Miembro de la Red Internacional de Bienes Públicos. Miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo. Miembro del Centro Iberoamericano de Estudios de Derecho Público y Tecnología. Abogada I de la Dirección Jurídica del Poder Legislativo (1994-2019).

Helena Alejandra Romero Espinel

Abogada, magister en Urbanismo de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Mercados y Políticas de Suelo en América Latina y Derecho Tributario de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: haromeroes@unal.edu.co

Hubert Alcaraz

Catedrático de Derecho Público en la Universidad de Pau y des Pays de l'Adour, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE 7318, IE2IA, Pau, Francia.

João Miranda

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Investigador Integrado Efetivo do Lisbon Public Law Research Centre

Jorge Danós Ordóñez

Profesor categoría principal en la Facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho. Miembro fundador del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo - FIDA. Ex presidente de la asociación iberoamericana de Estudios de Regulación - ASIER. Miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo . IIDA . Presidente de la Asociación peruana de Derecho Administrativo - APDA.

Jorge Pação

Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do Lisbon Public Law Research Centre. Consultor da Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados. Antigo Assessor do Tribunal Constitucional Português. jorgepacao@fd.ulisboa.pt.

Julián A. Pimiento Echeverri

Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Titular de un DSU en derecho administrativo y Magíster en derecho público interno de la Universidad París II, Panthéon-Assas. Doctor en Derecho público por la Universidad París II, Panthéon-Assas. Docente Investigador de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico:

julian.pimiento@uexternado.edu.co.

Orlando Vignolo Cueva

Doctor en Derecho la Universidad de Zaragoza (España). Abogado por la Universidad de Piura (Perú). Profesor ordinario de Derecho administrativo de la Universidad de Piura (Perú). Socio de VRA Abogados. Vocal de la sala de eliminación de barreras burocráticas del Tribunal del INDECOPI. Director de la revista Anuario de la Función Pública. Correo electrónico: orlando.vignolo@udep.edu.pe. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3801-9239>.

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

Professora da Faculdade de Direito da Fundação Getulio Vargas no Rio de Janeiro (FGV Direito Rio). Doutora e mestra pela Faculdade de Direito da USP. Diretora Acadêmica da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE). Foi Distinguished Visiting Professor na George Mason University – A. Scalia Law School.

Ramón Huapaya Tapia

Profesor ordinario de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo – GIDA PUCP. ORCID ID: 0000-0003-2975-6891. Correo electrónico: rhuapaya@pucp.edu.pe

Richard Martin Tirado

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho Administrativo. Maestría en Derecho Internacional Económico. Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad de Piura y ESAN. Miembro Asociado del Foro de Derecho Administrativo. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación-ASIER. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo.

APRESENTAÇÃO

A presente obra, “Direitos Reais e Infraestrutura”, reúne os trabalhos apresentados e debatidos no âmbito do XIV Encontro da Rede Internacional de Bens Públicos (RIBP)¹, consolidando reflexões acadêmicas de elevada densidade teórica e relevância prática sobre um dos temas mais desafiadores do Direito Público contemporâneo: a interseção entre direitos reais administrativos e projetos de infraestrutura.

A infraestrutura, em suas múltiplas dimensões constitui elemento estruturante do desenvolvimento sustentável e da concretização de direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, sua implementação exige o adequado manejo jurídico dos bens públicos, das formas de utilização do domínio estatal e dos instrumentos que permitem a articulação entre titularidade pública, exploração privada e interesse coletivo.

É nesse contexto que os direitos reais administrativos emergem como categoria central para compreender os mecanismos jurídicos que viabilizam a implantação, a gestão e a sustentabilidade das infraestruturas públicas. A disciplina dos bens públicos, a constituição de garantias, as concessões, as servidões administrativas, os regimes de reversão e as parcerias público-privadas são analisados sob uma perspectiva comparada, revelando convergências, especificidades nacionais e tendências evolutivas no direito ibero-americano e europeu.

A obra conta com a participação de renomados professores e pesquisadores da Argentina, Brasil, Colômbia, Espanha, França, Itália, Peru, Portugal e Uruguai, o que confere ao livro um caráter verdadeiramente internacional e plural. A diversidade de experiências normativas e institucionais analisadas permite ao leitor identificar soluções inovadoras, desafios comuns e caminhos possíveis para o aperfeiçoamento dos modelos de gestão patrimonial e de infraestrutura.

O diálogo entre teoria e prática, aliado à abordagem comparada, confere à obra não apenas valor acadêmico, mas também utilidade concreta

¹ A RIBP é uma associação de instituições acadêmicas da Europa e da América Latina que, há mais de 10 (dez) anos, abordam regularmente temas relacionados ao regime jurídico dos bens públicos por meio de atividades de pesquisa, ensino e extensão, com foco em estudos de natureza comparada.

para gestores públicos, magistrados, advogados, reguladores e formuladores de políticas públicas.

Ao reunir diferentes tradições jurídicas e perspectivas metodológicas, este livro reafirma a vocação da Rede Internacional de Bens Públicos como espaço permanente de cooperação científica, promovendo a construção de um direito das infraestruturas mais sistemático, funcional e comprometido com a dignidade humana, a boa administração e o desenvolvimento sustentável.

Que esta obra contribua para o aprofundamento do debate e para o aprimoramento das soluções jurídicas necessárias à adequada gestão dos bens públicos e à concretização das infraestruturas essenciais às presentes e futuras gerações.

Rio de Janeiro, 2026.
Os Editores

SUMÁRIO

_Toc223508422

BREVE APRESENTAÇÃO DOS AUTORES	5
APRESENTAÇÃO	11
LOS BIENES PÚBLICOS Y LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS EN LAS INFRAESTRUCTURAS	25
<i>Alfonso Buteler</i>	
I. INTRODUCCIÓN	25
II. LAS INFRAESTRUCTURAS	26
1. Aproximación conceptual	26
2. La contratación administrativa y las infraestructuras	27
3. Las infraestructuras y la dignidad humana	28
III. CARACTERÍSTICAS DE LAS INFRAESTRUCTURAS	29
1. Pluralidad regulatoria	29
2. Interjurisdiccionalidad	29
3. Multiconcesionalidad	31
4. Amplitud del objeto	31
5. Flexibilidad	32
6. Valor intergeneracional	33
7. Participación ciudadana	33
8. Sostenibilidad económica y financiera	33
9. Sostenibilidad ambiental	34
10. Transparencia	35
11. Sustentabilidad social	36
12. Accesibilidad y no discriminación	36
13. Centralidad burocrática	37
IV. EL ROL DE LOS BIENES PÚBLICOS Y DE LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS EN LAS INFRAESTRUCTURAS	37
1. La ley 27.328	37
2. El impacto de los bienes urbanos	38
3. Los derechos reales administrativos	39
BIBLIOGRAFÍA	40

BENS PÚBLICOS E INFRAESTRUTURAS: RELAÇÃO-BASE E TIPOS DE INFRAESTRUTURAS PÚBLICAS 45

Jorge Pação

1. Os bens públicos no direito português e sua relação-base com as infraestruturas públicas	45
2. As infraestruturas dominiais	48
3. As infraestruturas públicas de domínio privado	57
4. As infraestruturas públicas privadas	61
5. Uma conclusão.....	65

¿LA TEORÍA DE LOS BIENES PÚBLICOS PUEDE DARLE SENTIDO JURÍDICO AL CONCEPTO DE INFRAESTRUTURA PÚBLICA? 67

Orlando Vignolo Cueva

1.- El objeto del presente trabajo	67
2.- Los elementos conceptuales más relevantes de los bienes públicos peruanos	72
2.1. El sinuoso dominio público peruano y los cinco elementos.....	72
2.2. Los dos primeros elementos de la teoría: la cosa y el bien.....	76
2.3. El tercer elemento: el bien y el patrimonio público.....	79
2.4. Cuarto elemento: la titularidad pública.....	82
2.5. Quinto elemento: el servicio al interés público	86
2.6. El concepto de bien público que se defiende.....	92
3.- La infraestructura pública necesita de la teoría de los bienes públicos ...	95
3.1. La infraestructura pública es un nombre vacío en el Derecho peruano.	95
3.2. A modo de conclusión: los bienes públicos dan sentido jurídico a la infraestructura (pública o privada).....	98
BIBLIOGRAFÍA	100
ABREVIATURAS.....	103

REGIME JURÍDICO DOS BENS PÚBLICOS E SUA RELEVÂNCIA PARA OS PROJETOS DE INFRAESTRUTURA NO BRASIL 105

André Saddy

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

I. Breve introdução sobre a disciplina dos bens públicos no Brasil	106
I.1 Terras Devolutas.....	111
I.2 Terrenos de Marinha.....	113

II. Classificação e características dos Bens Públicos.....	114
III. Instrumentos de uso dos bens públicos para fins de projetos de infraestrutura	116
III.1 Enfiteseuse ("Aforamento Público").....	117
III.2 Concessão Real de Uso.....	119
III.3 Ocupação	119
III.4 Autorização, permissão e concessão de uso de bem público.....	120
IV. Reversão de bens	121
V. Preocupação dos projetos de infraestrutura com a sustentabilidade no uso dos bens públicos	123
VI. Participação social nos projetos de infraestrutura	128
VII. Conclusão	132

LA GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURAS EN EL DERECHO COLOMBIANO: análisis a partir de la configuración de derechos reales administrativos.....	135

Julián A. Pimiento Echeverri

I. Problemas actuales y perspectivas en el derecho colombiano de la infraestructura	136
A. Insuficiencia cualitativa y exceso cuantitativo de la regulación.....	136
B. Leyes “precontractuales”	139
II. Nacimiento y reconocimiento de los derechos reales administrativos en el derecho comparado	145
III. El reconocimiento legal de los derechos reales administrativos en Colombia.....	154
IV. Algunas preguntas que pueden surgir con ocasión de su reconocimiento	164
V. A manera de conclusión.....	167
Bibliografía	168

LA CONSTRUCCIÓN “FÍSICA” DE LA UNIÓN EUROPEA: LAS REDES TRANSEUROPEAS	171

Gerardo García-Álvarez

I. La creación de un mercado interior «físico»: de la creación de un marco jurídico de uso a la creación de infraestructuras físicas.....	171

1. Los orígenes: la política europea de transporte y la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de mayo de 1985, asunto 13/83, Parlamento Europeo contra Consejo de las Comunidades Europeas	174
2. La construcción jurídica y física de la red	182
II. El impulso de la CPP: ¿aumento de la eficiencia o artificio contable?..	196
1. Marco jurídico de la CPP contractual	196
2. Beneficios e inconvenientes de la CPP contractual frente a un contrato público de obra o servicios: su aplicación específica al caso de la construcción de la red europea de infraestructuras	207
III. Epílogo.....	213
Bibliografía	215

DERECHOS REALES E INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS: ÉXITO Y DECLIVE DEL ARRENDAMIENTO ENFITÉUTICO ADMINISTRATIVO DE LAS COLECTIVIDADES TERRITORIALES EN FRANCIA..... 221

Antoine Bourrel

I – Éxito del arrendamiento enfitéutico administrativo de las colectividades territoriales	227
A – Las ventajas del AEA para la colectividad territorial propietaria de la dependencia del dominio público	227
1) Un ámbito de aplicación material del AEA inicialmente amplio.....	227
2) La neutralización del régimen de dominio público y la financiación privada de los equipamientos públicos	232
B - Las ventajas del AEA para el ocupante de la dependencia del dominio público	233
II / Declive del AEA para la creación y explotación de infraestructuras públicas	234
A – Endurecimiento de las condiciones de recurso al AEA	235
1) Hacia un cuestionamiento de la libertad de elegir recurrir al AEA.....	235
2) La drástica reducción del ámbito de aplicación del AEA	237
3) La obligación de organizar un procedimiento de adjudicación específico antes de la celebración del AEA	240
B – El estricto control de los derechos reales que confiere el AEA	241

LOS DERECHOS REALES EN LAS INFRAESTRUCTURAS AEROPORTUARIAS EN FRANCIA..... 245

Hubert Alcaraz

I. El reconocimiento regulado de los derechos reales en el marco de la propiedad aeroportuaria	250
A. La calificación de dominio público de las infraestructuras aeroportuarias como marco de referencia	250
B. La admisión regulada de los derechos reales sobre el dominio aeroportuario	254
II. Los efectos estructurantes de los derechos reales en la organización aeroportuaria	258
A. La disociación entre propiedad pública y prerrogativas de ocupación ..	258
B. La incidencia de los derechos reales en el régimen jurídico de las infraestructuras aeroportuarias	262

O DOMÍNIO PÚBLICO INFRAESTRUTURAL RODOVIÁRIO NO DIREITO PORTUGUÊS 267

João Miranda

1. Enquadramento	267
2. Composição e titularidade do domínio público infraestrutural rodoviário	269
3. O início e a cessação da dominialidade pública rodoviária	274
4. A transferência da titularidade e da administração do domínio público rodoviário	279
5. A utilização do domínio público infraestrutural rodoviário	284
6. As servidões administrativas e as restrições de utilidade pública respeitantes ao domínio público rodoviário	288
7. A proteção do domínio público rodoviário	292
8. Referência aos caminhos públicos e às vias urbanas	294
9. Reflexão final	296
BIBLIOGRAFIA	297

SERVIDUMBRES EN LA INDUSTRIA ELÉCTRICA EN URUGUAY 301

Augusto Durán Martínez

I. LA PROPIEDAD Y SUS LIMITACIONES	301
II. LAS SERVIDUMBRES EN GENERAL	306

III. SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS.....	309
IV. EL SECTOR ELÉCTRICO	311
V. SERVIDUMBRES EN EL SECTOR ELÉCTRICO: RÉGIMEN GENERAL.....	315
VI. SERVIDUMBRES PARA LA GENERACIÓN DE ENERGÍA EÓLICA	325
VII. SERVIDUMBRES RELACIONADAS CON PROYECTOS DE HIDRÓGENO VERDE Y DERIVADOS	328
BIBLIOGRAFÍA	330
 DERECHOS REALES E INFRAESTRUCTURAS HIDRÁULICAS EN URUGUAY	335
<i>Graciela Ruocco</i>	
1.- Introducción.....	335
2.- Derechos Reales. Concepto y Tipos.....	337
3.- Infraestructuras Públicas. Concepto y Caracteres	339
4.- Infraestructuras Hidráulicas. Concepto	343
5.- Derechos Reales en Infraestructuras Hidráulicas. Especial referencia a las Servidumbres Administrativas.....	344
6.- Reflexiones Finales	355
 LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS EN EL ORDENAMIENTO PERUANO	359
<i>Jorge Danós Ordóñez</i>	
1.- Nociones acerca de la doctrina de los derechos reales administrativos.	360
2. Las concesiones en la Constitución Peruana.	363
3.- Las concesiones como bienes inmuebles en el Código Civil peruano ..	365
4. Las concesiones mineras.....	366
5. El régimen de las asociaciones público privadas (concesiones) en infraestructura y servicios públicos	370
6. El régimen de los bienes estatales.....	373
CONCLUSIONES	374

EL RÉGIMEN DE LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS EN EL PERÚ Y LOS PROBLEMAS DE LA GESTIÓN DEL PATRIMONIO ESTATAL EN EL SISTEMA NACIONAL DE BIENES ESTATALES.. 377

Richard Martin Tirado

I. Introducción.....	377
II. La problemática de la gestión del patrimonio estatal en el Perú.....	379
2.1 La posibilidad de evaluar los problemas de la gestión del patrimonio estatal desde la óptica de los derechos reales administrativos	379
2.2 Concepto de derechos reales administrativos	381
2.3 El sistema de bienes nacionales constituye un instrumento de protección del patrimonio estatal.....	385
2.3.1 La estructura del régimen jurídico del patrimonio estatal	386
2.3.2 El régimen jurídico aplicable al patrimonio de titularidad estatal en la Constitución Política de 1993	386
2.3.3 Diferencias entre la noción de dominio privado y dominio público y su incidencia en el régimen de gestión del patrimonio estatal	390
2.3.4 Los derechos reales administrativos reconocidos en la regulación del régimen de bienes nacionales	393
2.4 Diferencia con los derechos reales civiles	403
III. Hacia la identificación de la SBN como el ente rector del SNBE como un sistema de gestión de derechos reales administrativos	405
3.1 El Sistema de Información Nacional de Bienes Estatales (SINABIP)	408
3.2 Rol técnico de la SBN.....	409
3.3 Límites competenciales de la SBN	410
IV. CONCLUSIONES.....	415

LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS NACIDOS A PARTIR DE LAS CONCESIONES MINERAS DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN EN EL ORDENAMIENTO PERUANO: una aproximación desde el derecho administrativo..... 419

Ramón Huapaya Tapia

I. Introducción. El sistema constitucional del dominio público en el Perú. Los recursos naturales como dominio público del Estado.....	419
II. El desarrollo del régimen constitucional del dominio público estatal sobre los recursos naturales. La Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales	422

III. La regulación de las concesiones mineras en el Perú, a partir de la Ley General de Minería, concordada con el Código Civil	425
IV. La concesión minera de exploración y explotación de recursos minerales metálicos y no metálicos como acto creador de derechos reales administrativos. La errónea postura de parte de la doctrina peruana del derecho minero influenciada por las tesis civilistas respecto de la concesión minera como bienes inmuebles y las tesis correctas sobre el particular desde el derecho administrativo.....	432
V. Propuesta de una interpretación ordenadora del régimen de los derechos reales administrativos nacidos de la concesión minera en el ordenamiento peruano.....	438
VI. Reflexiones finales extrapolables al caso de las concesiones de infraestructura bajo el régimen de Asociaciones Público-Privadas.....	441
VII. Bibliografía citada:.....	442

INFRAESTRUTURA Y PROPIEDAD FERROVIARIA..... 447

Álvaro Bautista Flores

I.- Introito.....	447
II.- Los modelos de organización del sistema ferroviario	448
III.- La naturaleza jurídica de la infraestructura ferroviaria	451
III.- El acceso a la infraestructura ferroviaria.....	462
IV.- Las limitaciones al dominio por razones de interés público en el ámbito ferroviario	473
V.- El material rodante.....	475

DE LA INFRAESTRUTURA AL PROYECTO URBANO: DESARROLLO ORIENTADO AL TRANSPORTE (DOT), BIENES PÚBLICOS Y CAPTURA DE VALOR EN LOS PROYECTO DE RENOVACIÓN URBANA PARA LA MOVILIDAD SOSTENIBLE (PRUMS) EN BOGOTÁ D.C..... 481

Helena Alejandra Romero Espinel

Introducción	481
1. Aproximación teórica al modelo de Desarrollo Orientado al Transporte Sostenible (DOT).....	483
2. Experiencias de aplicación del modelo de Desarrollo Orientado al Transporte: el caso de Curitiba (Brasil).....	490

3. Los bienes públicos como generadores de valor en el modelo DOT.....	492
4. Los PRUMS como instrumentos del DOT en Colombia.....	495
5. Conclusiones	501
BIBLIOGRAFÍA	502

UNA PROPUESTA PARA MEJORAR LA EFICACIA Y EFICIENCIA DE LAS INFRAESTRUCTURAS VIARIAS: COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN	507

Carmen de Guerrero Manso

I. Infraestructuras públicas: centralidad estratégica, desafíos estructurales y potencial transformador de la compra pública de innovación	508
II. Origen y evolución de la compra pública de innovación como política pública.....	511
III. El caso de la Autovía A-8: búsqueda de soluciones innovadoras frente a la niebla persistente mediante compra pública precomercial	513
1. Localización y contexto	513
2. Identificación del problema y necesidad de una solución innovadora ...	514
3. Inicio del proceso: consulta al mercado y análisis de viabilidad.....	515
4. Proceso de licitación: compra pública precomercial para desarrollar soluciones innovadoras	516
5. Criterios de valoración de las ofertas.....	520
6. Lecciones aprendidas	521
IV. El caso de PROVIAS: demarcación en el pavimento para incrementar durabilidad y visibilidad en vías sinuosas y climas adversos	523
1. Contexto institucional y marco del proyecto	523
2. Identificación de la necesidad y formulación del reto: de la pintura vial al rendimiento infraestructural.....	524
3. Consulta Pública de Mercado: planificación estratégica y ajuste de funcionalidades	525
4. Elección del procedimiento: Asociación para la Innovación.....	526
5. Parámetros técnicos y mejora objetiva de la infraestructura	528
6. Derechos de Propiedad Intelectual e Industrial y equilibrio contractual	533
7. Lecciones jurídicas y estratégicas	533
V. Valoración final: la contratación pública de innovación como herramienta de mejora estructural de las infraestructuras.....	534
VI. Bibliografía	537

LAS INFRAESTRUCTURAS EN EL DERECHO ITALIANO ENTRE EL MERCADO Y LOS INTERESES PÚBLICOS: conceptos y principios ... 543

Giuseppe Piperata

1. Premisa.....	543
2. Importancia y límites del sistema de infraestructuras italiano.....	545
3. El concepto jurídico de infraestructura: aperturas legislativas y características.....	546
4. Infraestructuras: algunas cuestiones críticas en el ámbito jurídico.....	549
5. La influencia del derecho europeo.....	551
6. El marco nacional. La articulación de las competencias legislativas y la fragmentación de las disciplinas jurídicas en materia de infraestructuras..	553
7. Principios generales de referencia	555

LAS INFRAESTRUCTURAS SOCIALES ENTRE LA COMPLEJIDAD ADMINISTRATIVA Y LAS PERSPECTIVAS DE VALORIZACIÓN .. 561

Francesca Di Lascio

1. Infraestructuras y desarrollo económico.....	561
2. ¿Presentan las infraestructuras sociales características originales?.....	565
3. El papel de las administraciones territoriales	574
4. La cuestión de la financiación	583
5. ¿Qué perspectivas hay para la valorización de las infraestructuras sociales?	588

AQUISIÇÃO E TITULARIDADE DAS COISAS VAGAS: TRATAMENTO SISTEMÁTICO E O PAPEL INSTITUCIONAL DA ADVOCACIA PÚBLICA 591

Daniel Bucar

Caio Ribeiro Pires

I. Introdução	591
II. O Município como destinatário dos bens vacantes: por uma compreensão político-jurídica.....	594
III. O regime de aquisição das coisas vagas: diferentes estruturas para mesma função?	598
IV. Advocacia Pública Municipal e a disciplina das coisas vagas: o paradoxo da aquisição benéfica e as titularidades compulsórias.....	605

V. Entre os institutos de direito civil e as novas realidades de aquisição das coisas vagas: um cotejo urgente.....	609
VI. Considerações finais	612
VII. Referências	613

LOS BIENES PÚBLICOS Y LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS EN LAS INFRAESTRUCTURAS

Alfonso Buteler

Abogado (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina) Magíster Derecho Administrativo (Universidad Austral) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Univ. Nac. De Córdoba). Posdoctor en Derecho Docente de Derecho Administrativo (Facultad de Derecho, UNC). Miembro del Comité Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Director de la Sala de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados de Córdoba, Autor de 6 libros y de numerosas publicaciones en obras colectivas y revistas especializadas sobre la materia. E mail: alfonso@buteler.com.ar.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN; II. LAS INFRAESTRUCTURAS; 1. Aproximación conceptual; 2. La contratación administrativa y las infraestructuras; 3. Las infraestructuras y la dignidad humana; III. CARACTERÍSTICAS DE LAS INFRAESTRUCTURAS; 1. Pluralidad regulatoria; 2. Interjurisdiccionalidad; 3. Multiconcesionalidad; 4. Amplitud del objeto; 5. Flexibilidad; 6. Valor intergeneracional; 7. Participación ciudadana; 8. Sostenibilidad económica y financiera; 9. Sostenibilidad ambiental; 10. Transparencia; 11. Sustentabilidad social; 12. Accesibilidad y no discriminación; 13. Centralidad burocrática; IV. EL ROL DE LOS BIENES PÚBLICOS Y DE LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS EN LAS INFRAESTRUCTURAS; 1. La ley 27.328; 2. El impacto de los bienes urbanos; 3. Los derechos reales administrativos; BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Como lo hemos dicho en otra oportunidad la noción de infraestructura ha venido a modificar el enfoque relativo a los bienes públicos¹ y otros institutos del derecho público, tales como los contratos administrativos.²

¹ BUTELER, Alfonso, Perspectiva actual y desafíos de los bienes públicos urbanos, en AA.VV. Los bienes públicos de las ciudades, 2024, Lima, Yachay, Julián Pimiento, (Gerardo García – Álvarez y Orlando Vignolo, coords.), p. 23.

² BUTELER, Alfonso, Bases para el derecho a las infraestructuras, Ciudad de México, 2022, Tirant lo Blanch, en AA.VV. El derecho de las infraestructuras, (Jaime Rodríguez Arana y otros, coords.), p. 63.

En virtud de ello, en primer lugar, intentaremos esbozar sus principales características indagar sobre su contenido, con el objetivo de sentar las bases del derecho de las infraestructuras.

Luego, analizaremos el rol que tienen los bienes públicos y los derechos reales administrativos en el campo de las infraestructuras, a partir de la regulación del asunto en la República Argentina.

II. LAS INFRAESTRUCTURAS

1. Aproximación conceptual

Es primer lugar, corresponde poner de resalto que la conceptualización de las infraestructuras no es una tarea sencilla. La complejidad del asunto, desde nuestra perspectiva, viene dada por la circunstancia de que detrás de tal definición se esconden y entremezclan aspectos económicos, jurídicos, técnicos y propios de la ingeniería.

Asimismo, acrecienta la referida dificultad de lograr una noción, el hecho de que pueden existir infraestructuras tanto de índole pública como de titularidad privada e, incluso, que interrelacionen o combinen ambas cualidades, según las características del proyecto cuya realización se pretende.

Amén de lo expuesto, es importante resaltar que la infraestructura presupone una gran variedad de acciones e intervenciones humanas que se realizan con un fin primordial: conseguir un beneficio social y ambiental de la comunidad, que se sustenta en la necesidad de satisfacer una necesidad básica³ que, luego, se convierte en un capital social fijo que se integra al acervo del Estado⁴ o de los particulares.

³ GONZALEZ GONZALES, Oliva, *Proyectos de participación público privada (PPP) para la gestión y la financiación de infraestructuras*, Madrid, Ibergarceta, 2016, p. 2.

⁴ MASSONETTO, Luis F., “Aspectos macrojurídicos do financiamento da infraestrutura”, en AA.VV. *Elementos de direito da infraestrutura*, (Gilberto Bercovici y Rafael Valim, coord.) Sao Paulo, Contracorrente, 2015, p. 35.

Sin perjuicio de ello, corresponde señalar que se ha definido a la infraestructura como el conjunto de equipamientos y servicios necesarios para la realización de actividades productivas.⁵

2. La contratación administrativa y las infraestructuras

Las nociones desarrolladas anteriormente, en lo concerniente a la infraestructura, nos colocan ante el desafío de analizar si existen diferencias entre dicha figura y la contratación pública.

Como bien lo destaca De la Riva debe distinguirse la noción de infraestructura de la obra pública, que constituye una noción más acotada y precisa.⁶ Lo mismo podría decirse, respecto de la concesión de obra pública, de servicios o de la explotación del dominio público mediante la explotación de sus diversos usos, mediante un título habilitante (permiso, concesión, etc.)

Es que resulta evidente que el concepto de infraestructura, al ser “multiconcesional”, tiene la aptitud para involucrar diversos objetos contractuales que convivan entre sí, de un modo dinámico y particular. En virtud de ello, el desarrollo de infraestructuras puede involucrar obras, diversos servicios, bienes del dominio estatal e incluso, la constitución de derechos de superficie, figuras contractuales como el fideicomiso o relacionadas con el financiamiento (empréstito público, por ejemplo)

Tal circunstancia hace que el concepto de infraestructura sea más dinámico y amplio que el de la contratación administrativa. En definitiva, se trata de una figura con mayor alcance y flexibilidad.

Además, es importante apuntar que la noción de infraestructura resulta superadora de la contratación administrativa clásica dado que su costado social está vinculado con la idea de dignidad humana en tanto el desarrollo de las mismas involucra un interés social de la ciudadanía que, en definitiva, es su destinatario final.

⁵ NOHARA, Irene P., “Aspectos gerais de concessões de serviços públicos e parcerias publico –privadas: contratacao pública e infraestrutura”, en AA.VV: Elementos de direito da infraestrutura, (Gilberto Bercovici y Rafael Valim, coord..) Sao Paulo, Contracorrente, 2015, p. 90.

⁶ DE LA RIVA, Ignacio M., Lo público y lo privado en el derecho a las infraestructuras, Buenos Aires, La Ley, 2018, p. 3.

Con esa impronta la Ley 27.328 que regula los contratos de participación público privada en la República Argentina establece expresamente que tales tipos de convenios pueden efectuarse “con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de infraestructura” (Art. 1) e incentivarse el acceso a las mismas (art. 4 inciso f)

3. Las infraestructuras y la dignidad humana

Como vimos, existe una relación estrecha entre las infraestructuras y la satisfacción de los derechos fundamentales de los ciudadanos en tanto y en cuanto tanto el diseño, la construcción y/o el financiamiento se hacen en base a una consideración de las necesidades de los ciudadanos.

La infraestructura, entonces, viene a cubrir esa demanda social habida cuenta que está orientada a mejorar la calidad de vida y a lograr la satisfacción de necesidades de la comunidad en su conjunto. De allí la ligazón de la cuestión con el principio de la dignidad humana, y el principio de la buena administración que colocan al ciudadano como centro de escena de la actuación estatal⁷ y fuente de todos los principios y derechos⁸, poniendo en valor la necesidad de satisfacer sus derechos fundamentales.⁹

Desde nuestra perspectiva, en definitiva, la realización de las infraestructuras constituye una vía para potenciar el desarrollo de los derechos humanos, habida cuenta que el vínculo entre los ciudadanos y su relación con la administración pública –en sus diversas facetas–, depende, en gran medida, de la concreción de las infraestructuras.

Con tal orientación, además, debe procurarse que a través de las mismas se procure la tutela de los derechos de los sujetos más desfavorecidos en el contexto social, tales como mujeres, ancianos, personas con capacidades reducidas o especiales, niños, etc.

⁷ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea”, Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, Santa Fe, vol. 1, n° 2, julio/diciembre, 2014, p. 1 y ss.

⁸ CASSAGNE, Juan Carlos, Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo), Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2021, segunda edición actualizada, p. 90.

⁹ BUTELER, Alfonso, Derecho administrativo argentino, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, T. I, p. XL.

III. CARACTERÍSTICAS DE LAS INFRAESTRUCTURAS

A partir de lo expuesto en los apartados anteriores, corresponde indagarse cuáles son las principales características que presentan las infraestructuras. Es que tales notas tipificantes permitirán advertir la influencia que las infraestructuras tienen sobre los bienes públicos y la interrelación con estos.

1. Pluralidad regulatoria

Generalmente, las infraestructuras funcionan o se materializan a través de redes que se expanden en diversos territorios y de bienes públicos de distinta titularidad, pública y privada. Tal aspecto trae aparejado que tenga lugar la intervención de numerosas y diversas autoridades regulatorias y la necesaria convivencia de diversos marcos jurídicos.

Esta circunstancia nos coloca ante la existencia de una pluralidad regulatoria que se da en dos órdenes bien marcados.

Desde un enfoque vertical deben convivir las autoridades nacionales, provinciales o estatales, municipales, comunales, más allá de si se trata de un estado federal, confederado o de naturaleza unitaria.

Asimismo, la pluralidad regulatoria tiene lugar en el plano horizontal habida cuenta que intervienen, de manera simultánea, agencias o entes reguladores, o diversos ministerios que componen el mismo estado. Ello también tiene la potencialidad para desafiar las reglas básicas de la organización administrativa dado que es necesaria la creación de redes o entes interadministrativos que puedan gestionar la infraestructura, tanto en su diseño como su realización, de manera más eficiente.

Es importante destacar, entonces, que conviven de manera simultánea ambos planos dando lugar a numerosas relaciones regulatorias y jurídicas, lo que dota de cierta complejidad al desarrollo y concreción de la infraestructura.

2. Interjurisdiccionalidad

En razón de lo señalado en el apartado anterior, es común que la concreción de la infraestructura requiera la cooperación, actuación conjunta

o el trabajo en red, de diversas jurisdicciones, sea por tratarse de una autoridad regulatoria y por ser la administración titular del bien público. Esta nota se enfatiza en los estados que tiene una organización federal, lo que redundará en una mayor complejidad.

De este modo, se presenta la necesidad de una cooperación vertical entre el Estado nacional, las provincias y los municipios que puede motivar la firma de convenios entre los diversos sujetos públicos involucrados. Incluso, el desarrollo de las infraestructuras puede hacer partícipes a diversos países o regiones¹⁰.

El régimen jurídico argentino relativo a los contratos de participación público privada normado mediante la ley 27.328 contiene una regulación expresa sobre las infraestructuras interjurisdiccionales, teniendo en cuenta el carácter federal del Estado argentino¹¹.

En tal sentido, el art. 1 del Decreto reglamentario 118/2017 prescribe que en los supuestos en que los proyectos de infraestructura requieran la participación de órganos y entes provinciales y/o municipales a los fines de su implementación, el esquema contractual debe tener la flexibilidad necesaria para adaptar su estructura a las exigencias particulares de cada proyecto y a los de su financiamiento.

A tales efectos contempla, incluso, la posibilidad de que se celebren convenios interjurisdiccionales que prevean o regulen la participación de dichos órganos y entes provinciales.

¹⁰ El art. 124 de la Constitución Nacional estipula que “Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto.”

¹¹ El art. 1 de la Carta Magna federal distribuye el poder de manera territorial entre el Estado federal, las veintitrés provincias y desde 1994, involucra a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios. De esta manera, el federalismo se compone de muchos estados miembros organizando una dualidad de poderes. Por un lado, el Estado Nacional y, por el otro, los gobiernos locales como unidades políticas que lo conforman.

3. Multiconcesionalidad

La infraestructura, habitualmente, es multiconcesional dado que su desarrollo puede involucrar diversos contratos administrativos tales como los contratos de concesión de obra, de servicios públicos y explotación de bienes del Estado a través de técnicas concesionales, permisos, licencias, o cualquier otro título habilitante que permita el uso diferencial de los mismos.

Esto que marcamos puede advertirse, claramente, en la regulación de los contratos de participación público privada en la República Argentina. Pues, el art. 1 del Decreto reglamentario 118/2017 dice: “Podrán ejecutarse a través del régimen previsto en la Ley, los Proyectos cuyo objeto sea la provisión de mano de obra, el suministro y provisión de bienes y la construcción o ejecución de obras.”

La combinación flexible y dinámica entre tales figuras convencionales resulta imprescindible para el desarrollo de las infraestructuras pero también dota de complejidad al sistema, al yuxtaponerse la regulación correspondiente a cada especie contractual.

4. Amplitud del objeto

Los proyectos de infraestructura pueden tener por objeto diversas actividades entre las que cabe mencionar el diseño, la construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, el suministro de equipamientos y bienes, la explotación u operación de bienes públicos y privados y también el financiamiento.

Aquí toma relevante importancia la cuestión relativa a los bienes públicos, tanto en lo que refiera a su utilización como sustrato material de las infraestructuras sino también como mecanismo de garantía para el titular del proyecto sino también como medio de financiamiento, tal como veremos luego.

Es importante tener presente que la amplitud del objeto referida también puede tener impacto en el aspecto económico del proyecto habida cuenta que puede verificarse una especie de subsidio cruzado entre las diversas actividades. A modo ilustrativo puede citarse el caso de la realización de hospitales mediante un contrato en donde quien lo construye también será el encargado de su explotación. En tal supuesto, la rentabilidad

de esta última etapa puede hacer que el costo de la realización de la obra sea inferior.

También, el objeto ampliado puede provocar la reducción de riesgos. Ello se deriva, por ejemplo, del hecho que quien diseña el proyecto sea el mismo sujeto que lo construye y lo explota. Tal aspecto puede evitar que se produzcan errores en el proyecto que requieran mayores costos de edificación.

5. Flexibilidad

La concreción de las infraestructuras requiere la flexibilidad necesaria para adaptar su sustrato material a las exigencias particulares de cada proyecto y a las de su financiamiento, y de las mejores prácticas internacionales existentes en la materia. Esto la diferencia de la contratación administrativa que, generalmente, es rígida y vinculada por el principio de legalidad, lo que acota la autonomía de la voluntad entre las partes contratantes.¹²

¹² La actividad contractual de la administración pública es esencialmente formal pues la validez y eficacia de los contratos se encuentra vinculada al cumplimiento de los recaudos formales previstos tanto para su formación como para su formalización. Es decir, para que puedan invocarse los efectos de un contrato deben haberse respetado el cauce de selección del contratista y forma del contrato prevista en el marco normativo aplicable a la especie. Según la Corte Suprema de Justicia de la Nación “la validez y eficacia de los contratos administrativos se supeditan al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación” (Fallos, 311:2831 “Radeljak”; 316:3157 “Espacio”; 321:174 “S.A. Organización Coordinadora Argentina”; 323:2094 “Cadipsa S.A.”; C.S.J.N., 27/11/14, “Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y Lucha contra el Narcotráfico (SE.DRO.NAR.) c. Misiones, Provincia de si cobro de pesos”, entre muchos otros) Esa regla es un derivado del principio de legalidad –hoy denominado de juridicidad– que tiene la virtualidad de desplazar la regla de la autonomía de la voluntad de las partes en materia de contratación administrativa (BUTELER, Alfonso, “La autonomía de la voluntad en los contratos administrativos”, DJ, Buenos Aires, La Ley, Volumen: 2011-22, p. 27)

6. Valor intergeneracional

Las infraestructuras, debido a su volumen y complejidad, al tiempo que demanda su concreción, habitualmente, están dotadas de un valor que excede a la generación que la va a financiar con sus tributos y a la que la va a utilizar y aprovechar.

Por tal motivo, el análisis del derecho comparado pone de resalto que los sistemas normativos prevén plazos contractuales de más de treinta años para su desarrollo y finalización.

Tal circunstancia evidencia que en esta materia es necesario tener una mirada política a mediano y largo plazo, lo que exige un enfoque de solidaridad intergeneracional para su concreción y desarrollo.

7. Participación ciudadana

Además, debe indicarse que el diseño, la construcción, el emplazamiento, ubicación, etc., requieren el logro de consensos de los diversos sectores interesados en donde van a tener lugar la infraestructura.

Para ello, es preciso permitir y asegurar la participación ciudadana real en procesos de toma de decisión. Ello, requiere, asimismo, la creación de procedimientos administrativos tales como las audiencias o consultas públicas que permitan encausar, de manera adecuada y efectiva, ese tipo de decisiones.

Pues, en este punto, no puede admitirse que el Estado posea el monopolio en materia de infraestructuras, sino que la ciudadanía y los diferentes actores sociales se involucren en el asunto aportando soluciones y puntos de vista.

8. Sostenibilidad económica y financiera

El desarrollo y la concreción de las infraestructuras requiere responsabilidad presupuestaria y financiera por parte del Estado que la va a llevar adelante.

Por tales motivos, debe considerarse primordialmente la capacidad de pago de la administración pública para adquirir los compromisos

financieros, tanto presentes como futuros que se deriven de la ejecución de los diversos contratos involucrados.

En virtud de lo expuesto, resulta aconsejable que no se comprometa la sostenibilidad de las finanzas públicas estatales.

9. Sostenibilidad ambiental

Como vimos anteriormente, la realización de infraestructuras implica la concreción de una gran variedad de intervenciones de la persona humana y, muchas veces, la modificación del entorno –natural y cultural– en donde se han de emplazar. Por tal razón, resulta necesario que el proyecto sea sostenible desde el plano ambiental y que provoque la menor cantidad posible de pasivos ambientales¹³ y, en caso de provocarlos, procure su recomposición.

Entonces, es imprescindible que previo a su desarrollo se lleven adelante los estudios y procedimientos ambientales exigibles¹⁴ y se concrete la intervención correspondiente de las autoridades competentes, como a la población afectada mediante los mecanismos de participación adecuados. También resulta relevante la intervención de las mismas en lo relativo al diseño.

El enfoque de la cuestión debe estar orientado tanto a la prevención como a la compensación ambiental en el caso en que no puedan evitarse las lesiones a la naturaleza.¹⁵

Como lo hemos señalado anteriormente, el diseño y desarrollo de las infraestructuras requiere que las mismas sean sustentables desde el punto de vista ambiental. Por tal motivo, deben preferirse aquellas opciones que no provoquen lesiones en el ambiente.

En lo vinculado a este asunto el art. 5 de la Ley 27.328 establece que “En la estructuración de proyectos de participación público-privada, la

¹³ Los pasivos ambientales son el conjunto de impactos negativos e irreversibles en el ambiente y que pueda importar su afectación o deterioro.

¹⁴ Tales como los procedimientos de evaluación de impacto ambiental.

¹⁵ BUTELER, Alfonso, Medidas de compensación ambiental en Argentina, en AA.VV. Bancos de conservación y otras medidas de compensación ambiental en el derecho comparado. Claves para su implementación, 2022, Zaragoza, (Carmen de Guerrero Manso y Gerardo García Álvarez, coord.) p. 417 y ss.

contratante deberá promover la protección y cuidado ambiental en el ámbito de los mismos, adoptando las medidas de prevención, mitigación, sanción o compensación, según el caso, de los impactos negativos o adversos que eventualmente se ocasionen al ambiente, conforme la normativa vigente y aplicable a cada proyecto. En la documentación contractual deberán especificarse las obligaciones que, a los fines antes indicados, deberán recaer sobre cada una de las partes del contrato de participación público-privada y contener los mecanismos que aseguren el cumplimiento por parte de la contratista de todas las obligaciones que la legislación aplicable pudiere imponerle en esta materia. A estos fines, previo a la aprobación de la documentación contractual, deberá tomar intervención el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación.”

En tal orden de ideas, el art. 5 del Decreto reglamentario 118/2017 estipula que con carácter previo a la emisión por parte de la Autoridad Convocante debe realizarse un dictamen sobre el impacto socioambiental del proyecto y que resulta necesaria la intervención el Ministerio de Ambiente a los fines de que formule las consideraciones que estime pertinentes, respecto de los estudios ambientales exigibles o, en caso que ya hubiera sido expedida la autorización ambiental por parte de la autoridad competente en la jurisdicción, para el análisis propuesta y adopción de medidas de prevención, mitigación y/o compensación del proyecto.

10. Transparencia

Como se sabe, en virtud del principio de máxima divulgación, se presume que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones y obliga a tener una conducta activa en la difusión de la información.¹⁶

Ese deber, propio de un Estado democrático, impone que toda la información pública que se utilice para decidir o evaluar el desarrollo de las infraestructuras sea pasible de conocimiento por parte de la ciudadanía. Es más, resulta aconsejable que mediante un mecanismo de transparencia activa (o información pública positiva) sea la propia administración la que dé a conocer las iniciativas en la materia.

¹⁶ CIDH, “Claude Reyes y otros Vs. Chile”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

Asimismo, dicho principio impone que los contratos por los cuales se ejecuten las infraestructuras tomen en cuenta prácticas anticorrupción, tales como la colusión, prevención de sobornos, implementación de programas de integridad, etc., y todas aquellas que implique una desnaturalización del ejercicio del poder estatal¹⁷.

11. Sustentabilidad social

Es importante que las autoridades públicas involucradas ponderen la rentabilidad social de los proyectos de infraestructura a realizar, y la aptitud de las mismas para incentivar la inclusión social, sobre todo en aquellos ámbitos en donde existan desigualdades estructurales tales como la pobreza, la marginalidad, o la exclusión social por razones de raza, religión, etc.

Por esa razón, al momento de valorar el diseño, la construcción o la financiación resulta imprescindible que se contemple el impacto social que provocará el proyecto y que la infraestructura sea utilizada como un mecanismo para la reducción de las brechas existentes en la comunidad.

Tales aspectos han sido considerados en el ordenamiento argentino¹⁸. En ese orden de ideas, también se contempla el deber de medir el impacto socio ambiental que provocará el proyecto¹⁹ y la obligación de la autoridad contratante, de modo previo a su formalización, de ponderar la rentabilidad económica y/o social de los proyectos de infraestructura que pretendan llevarse a cabo.²⁰

12. Accesibilidad y no discriminación

Asimismo, es necesario que se priorice y optimice el acceso de los ciudadanos a infraestructura y a los servicios que ella involucre. En tal sentido, el Estado se encuentra obligado a garantizar el libre acceso, en

¹⁷ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “*Ética, política y urbanismo*”, Revista del Régimen de la Administración Pública, N° 333 p. 83, esp. p. 98. Para ampliar puede verse: BUTELER, Alfonso, “Corrupción y derecho administrativo”, en A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Editora Forum, Belo Horizonte, Brasil, n° 48, p. 97 y ss.

¹⁸ Art. 13 inciso g de la Ley 27328.

¹⁹ Art. 13 inc. g) de la Ley 27328.

²⁰ Art. 4 inc. e) de la Ley 27328.

condiciones de igualdad y no discriminación, tanto por parte de los usuarios finales como de aquellos operadores que utilizan las redes para brindar un servicio a tercero o para competir.

Es que, como dijimos con anterioridad al referirnos al aspecto social, la concreción de las infraestructuras debe ser un cauce para reducir las desigualdades estructurales en una sociedad.

13. Centralidad burocrática

La complejidad del asunto y la interjurisdiccionalidad denunciada anteriormente, aconseja la creación de un organismo estatal específico en materia de infraestructura que tenga una mirada transversal a todas las carteras que involucren la cuestión.

IV. EL ROL DE LOS BIENES PÚBLICOS Y DE LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS EN LAS INFRAESTRUCTURAS

A partir de lo expuesto, en los apartados anteriores explicaremos seguidamente las particularidades que presenta la cuestión de los bienes públicos y los derechos reales administrativos en el marco de las infraestructuras.

1. La ley 27.328

En primer lugar, corresponde señalar que no cabe efectuar una equivalencia directa entre la noción de infraestructura y bienes públicos. Ello dado que, como hemos explicado, aquella puede involucrar, también, bienes de naturaleza privada. Incluso, los bienes públicos pueden ser de titularidad de distintos estamentos de gobierno (nacional, provincial y/o municipal) lo que genera cierta complejidad en el planeamiento, diseño y concreción de las infraestructuras.

Además, los contratos de participación público privada, pueden involucrar el diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamientos y bienes, explotación u operación y financiamiento de las infraestructuras.

En consonancia con lo expuesto, el art. 9, inciso g) de la Ley 27.328 autoriza que la parte contratante, es decir, la administración pública pueda comprometer como aporte la titularidad de bienes de su propiedad, y/o la concesión de derechos de uso y/o de explotación de bienes del dominio público y/o privado.

Por otra parte, dicho marco legal permite que el Estado Nacional garantice o solvante sus obligaciones de pago mediante bienes públicos, con la correspondiente autorización del Congreso de la Nación (Art. 18)

También, ese marco legal señala que pueden constituirse garantías sobre los derechos de explotación de los bienes del dominio público o privado que hubieran sido concedidos al contratista para garantizar el repago del financiamiento necesario para llevar a cabo los proyectos de infraestructuras que se efectúen en el marco de la presente ley. (Art. 19)

A su vez, cabe añadir que la referida ley estipula que en los pliegos y en la documentación contractual debe dejarse en claro la titularidad y el régimen de explotación, afectación y destino, luego de la terminación del contrato, de los bienes, muebles e inmuebles, que se utilicen y/o que se construyan durante su vigencia (art. 9 inciso o) y la especificación de los bienes muebles e inmuebles que revertirán o que serán transferidos al Estado nacional al extinguirse el contrato, pudiéndose acordar que la titularidad de la obra o infraestructura que se construya recién pasará al Estado a la finalización de la ejecución del contrato; (art. 9 inciso v)

2. El impacto de los bienes urbanos

Como hemos apuntado en otra oportunidad²¹, gran parte de las infraestructuras tienen lugar en las ciudades, debido a la alta demanda en la satisfacción de necesidad públicas y privadas. Tal circunstancia impone una mirada holística de los bienes públicos. Pues, como se ha dicho, la ciudad es el nicho para la ubicación conceptual y fáctica de las infraestructuras.²²

²¹ BUTELER, Alfonso, *Perspectiva actual y desafíos de los bienes públicos urbanos*, en AA.VV. *Los bienes públicos de las ciudades*, 2024, Lima, Yachay, Julián Pimiento, (Gerardo García – Álvarez y Orlando Vignolo, coords.), p. 18.

²² RODRIGUEZ GARCIA, Armando, “Ordenación territorial. Una idea síntesis en el derecho administrativo de las infraestructuras”, Ciudad de México, 2022, Tirant lo Blanch, en

Es que ese punto de vista, descarta una mirada individual de los bienes de dominio público y privado, exigiendo un tratamiento global de los mismo, como parte de esa universalidad que es la infraestructura.

Entonces, es imprescindible que previo a su desarrollo se lleven adelante los estudios, evaluaciones y procedimientos ambientales exigibles²³ y se verifique la intervención correspondiente a las autoridades correspondientes, como a la población afectada mediante los mecanismos de participación adecuados por parte de los ciudadanos. También resulta relevante la intervención de las mismas en lo relativo al diseño.

De este modo, la cuestión relativa a los bienes públicos urbanos no puede hacerse de manera aislada sino con la mirada puesta en la infraestructura dentro de la cual aquellos se insertan.

3. Los derechos reales administrativos

Como se ha señalado, la categoría de los derechos reales administrativos tiene márgenes poco claros en el derecho argentino.²⁴

En ese sentido, debe apuntarse que el Estado como los particulares pueden ser titulares de derechos reales tales como el dominio, la hipoteca, servidumbres, entre otros.

En lo tocante a las infraestructuras, es interesante poner de resalto que en lo que podría denominarse como un derecho real administrativo el art. 9, inciso g) de la Ley 27.328 autoriza que la parte contratante, es decir, la administración pública, pueda constituir derechos de superficie sobre bienes del dominio público.

Cabe agregar que más allá de su enumeración en el listado de derechos reales que contempla el art. 1887 del Código Civil y Comercial, ese cuerpo normativo, prescribe que “El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su

AA.VV. EL derecho de las infraestructuras, (Jaime Rodríguez Arana y otros, coords.) p. 484.

²³ Tales como los procedimientos de evaluación de impacto ambiental.

²⁴ Para ampliar puede verse: FLORES, Alvaro B., Los derechos reales administrativos en la República Argentina, en AA.VV. Limitaciones al derecho de propiedad y su indemnización, 2025, Santo Domingo (República Dominicana), Librería Jurídica Internacional, (Gerardo García Álvarez, Julián Pimiento, Héctor Alies Rivas y Jorge Pacao, y Orlando Vignolo, coords.), p. 369 y ss.

titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales.” (Art. 2114)

Además, agrega que “El superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido. También puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad. En ambas modalidades, el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo.” (Art. 2115)

En lo referente a este asunto importante doctrina nacional ha remarcado que, en el derecho de superficie, las cosas se presentan de un modo bien distinto, desde que el Código Civil y Comercial de la Nación le atribuye al superficiario un derecho de propiedad (temporario) sobre lo construido lo cual, de por sí, permite pensar que su posición frente a las mejoras gozará de mayor solidez si se la compara con aquella del concesionario de uso²⁵.

BIBLIOGRAFÍA

BALBIN, Carlos F., Curso de Derecho administrativo, Buenos Aires, La Ley, 2008.

BARRA, Rodolfo Carlos, “Los actos administrativos coligados en el contrato administrativo”, en AA.VV. Tratado general de los contratos públicos, (Juan C. Cassagne Dir.), Buenos Aires, La Ley, 2013, T. I.

BERCAITZ, Miguel A., Teoría general de los contratos administrativos, Buenos Aires, Depalma, 1980, 2ª ed. corr y act.,

BUTELER, Alfonso, “La autonomía de la voluntad en los contratos administrativos”, DJ, Buenos Aires, La Ley, Volumen: 2011-22, p. 27.

- Perspectiva actual y desafíos de los bienes públicos urbanos, en AA.VV. Los bienes públicos de las ciudades, 2024, Lima, Yachay,

²⁵ DE LA RIVA, Ignacio ¿Es concebible un derecho de superficie administrativo? A la luz de las facultades provinciales y de la ciudad Autónoma de Buenos Aires para regular los usos de los bienes públicos, Revista Jurídica Austral, Vol. 4, N° 2 (diciembre de 2023): 651-67.

Julián Pimiento, (Gerardo García – Álvarez y Orlando Vignolo, coords.), p. 23.

- Bases para el derecho a las infraestructuras, Ciudad de México, 2022, Tirant lo Blanch, en AA.VV. El derecho de las infraestructuras, (Jaime Rodríguez Arana y otros, coords.), p. 63.
- Derecho administrativo argentino, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, T. I, II y III.
- “Corrupción y derecho administrativo”, en A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Editora Forum, Belo Horizonte, Brasil, n° 48, p. 97 y ss.

CASSAGNE, Ezequiel, “Un nuevo marco jurídico para el desarrollo de las asociaciones público-privadas en la Argentina”, en AA.VV., Contratos de participación público-privada, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2017, (Regazzoni, Carlos J.; dir.)

- “El procedimiento administrativo en los contratos de participación público privada”, en AA.VV. Fuente y procedimiento administrativo: cuestiones actuales y perspectivas, Buenos Aires, RAP, 2019, p. 191.

CASSAGNE, Juan Carlos, “Sobre la sustantividad del contrato administrativo y su recepción a través de la doctrina y de la jurisprudencia de la Corte Suprema”, RAP n° 217, 1996, p. 7 y ss.;

CRIVELLI, Julio C., Inversión privada en el sector público, Buenos Aires, Astrea-RAP, 2017.

DE LA RIVA, Ignacio M., Derecho de superficie y bienes del dominio público. ¿Un nuevo instrumento para el desarrollo de las infraestructuras? LL, 10/5/2016.

- Lo público y lo privado en el derecho a las infraestructuras, Buenos Aires, La Ley, 2018.

- ¿Es la “participación público-privada” (PPP) un nuevo contrato administrativo?, El Derecho Administrativo, Buenos Aires, El Derecho, Volumen: 2017, p. 534.

- ¿Es concebible un derecho de superficie administrativo? A la luz de las facultades provinciales y de la ciudad Autónoma de Buenos Aires para regular los usos de los bienes públicos, Revista Jurídica Austral, Vol. 4, N° 2 (diciembre de 2023): 651-67.

FLORES, Alvaro B., Los derechos reales administrativos en la República Argentina, en AA.VV. Limitaciones al derecho de propiedad y su

indemnización, 2025, Santo Domingo (República Dominicana), Librería Jurídica Internacional, (Gerardo García Álvarez, Julián Pimiento, Héctor Alíes Rivas y Jorge Pacao, y Orlando Vignolo, coords.), p. 369 y ss.

GOMEZ ROCHA, Igor, “Concessao de serviço público e parceria público privada – Da garantia ao equilíbrio económico-financiero a partilha contractual de riscos”, *Direito da Infraestrutura*, Guilherme de Salles Goncalves y Emerson Gabardo, coord., Belo Horizonte, Forum, 2012.

GONZALEZ GONZALES, Oliva, *Proyectos de participación público privada (PPP) para la gestión y la financiación de infraestructuras*, Madrid, Ibergarceta, 2016.

IBARZÁBAL, Milagros, “El principio del equilibrio económico-financiero en los contratos de participación público-privada”, *El Derecho Administrativo*, Buenos Aires, *El Derecho*, Volumen: 2017, p. 544.

LAU ALBERDI, Jerónimo, “El régimen de participación público-privada (ppp): concepto, fundamento y posibilidades de inversión en materia energética”, *Revista Argentina de Derecho la Energía, Hidrocarburos y Minería*, Buenos Aires, Ábaco, Volumen: 2017-12, 2017, p. 199.

MAIRAL, Héctor A., “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, *ED* 179:655.

MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, 4ª ed. reimpr, T. III A.

MASSONETTO, Luis F., “Aspectos macrojurídicos do financiamento da infraestrutura”, en AA.VV. *Elementos de direito da infraestrutura*, (Gilberto Bercovici y Rafael Valim, coord.) Sao Paulo, Contracorrente, 2015.

NOHARA, Irene P., “Aspectos gerais de concessões de serviços públicos e parcerias pñblico –privadas: contratacao pública e infraestrutura”, en AA.VV. *Elementos de direito da infraestrutura*, (Gilberto Bercovici y Rafael Valim, coord.) Sao Paulo, Contracorrente, 2015.

PERRINO, Pablo E. “La prerrogativa sancionatoria de la administración en los contratos de participación público-privada”, en AA.VV. *Cuestiones estructurales de Derecho Administrativo: instituciones, buena administración y derechos individuales*, Buenos Aires, RAP, 2018.

RODRIGUEZ, María José, “La huida del derecho administrativo en los contratos de PPP”, en AA.VV. *Cuestiones estructurales de Derecho*

Administrativo: instituciones, buena administración y derechos individuales, Buenos Aires, RAP, 2018.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “*El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea*”, Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, Santa Fe, vol. 1, nº 2, julio/diciembre, 2014, p. 1 y ss.

BENS PÚBLICOS E INFRAESTRUTURAS: RELAÇÃO-BASE E TIPOS DE INFRAESTRUTURAS PÚBLICAS

Jorge Pação

Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
Investigador do *Lisbon Public Law Research Centre*. Consultor da Morais Leitão,
Galvão Teles, Soares da Silva & Associados. Antigo Assessor do Tribunal
Constitucional Português. jorgepacao@fd.ulisboa.pt.

Sumário: 1. Os bens públicos no direito português e sua relação-base com as infraestruturas públicas; 2. As infraestruturas dominiais; 3. As infraestruturas públicas de domínio privado; 4. As infraestruturas públicas privadas; 5. Uma conclusão.

1. Os bens públicos no direito português e sua relação-base com as infraestruturas públicas

Em Portugal, a necessidade de regulação dos bens públicos não é recente, sendo, aliás, possível afirmar que os bens públicos estão na origem de Portugal como Estado¹: a autonomia de um património público distinto do património pessoal do Rei foi decisiva para a autonomia da Coroa enquanto instituição política².

Mais tarde, quando superada a incerteza patrimonial que marcara a época medieval³, o direito liberal permitiu recuperar uma determinação

¹ Sobre a vigência da *regra da inalienabilidade* do património da Coroa desde a fundação do Condado Portucalense, cfr. ALEXANDRE HERCULANO, “Apontamentos para a história dos bens da coroa e dos foraes”, in *Opusculos*, Tomo VI, Lisboa: Viuva Bertrand & Co Sucessores Carvalho & Co, 1784, pp. 244 y 245; JOÃO PEDRO RIBEIRO, *Reflexões Históricas*, Parte I, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835, p. 115. Sobre a história do domínio público no direito português, cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *O Domínio Público. O critério e o regime jurídico da dominialidade*, Coimbra: Almedina Editora, 2005, pp. 15 a 79.

² O que terá ocorrido, com particular peso, no reinado de D. Afonso II, devido à sua recusa em cumprir a vontade testamentária de seu pai, D. Sancho I, que tratou como sua propriedade o que veria a ser considerado património da Coroa (cfr. ANTÓNIO RIBEIRO DOS SANTOS, *Notas ao plano do Novo Código de Direito Público de Portugal do Dr. Pascoal José de Mello*, feitas e apresentadas na Junta de Censura e revisão pelo Dr. António Ribeiro, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844, p. 19).

³ Segundo GIORGIO GIORGI, apenas com as leis liberais foi possível recuperar o conceito romano de *res publicae*, transformado em *domínio público*. Deu-se a separação entre *imperium* e

normativa sólida no sentido de que os *bens de uso público* pertencem em propriedade à Nação, os quais seriam inalienáveis enquanto durasse a sua afetação⁴, enquanto os restantes bens da Nação integravam a *Fazenda pública disponível*⁵.

Sendo indiscutível a influência do direito francês na reforma administrativa liberal ocorrida em Portugal, o conceito de *domínio público* (“*domaine public*”) acabou por ser explicitamente recebido no direito português através dos decretos reais de 31 de dezembro de 1864⁶.

Nestes decretos, inaugurativos da dominialidade no sistema jurídico português, é a *circulação pública* a emergir como a principal razão de ser a sua aprovação: o fim de interesse público justificativo da dominialidade dos bens aí regulados – as estradas, os caminhos de ferro, os portos marítimos, as praias, os rios navegáveis e fluviáveis e suas margens, os canais, os portos artificiais e docas existentes o que de futuro sejam construídos – corresponde à *garantia da conservação e proteção do suporte material à circulação de pessoas e bens*⁷, seja por via terrestre, marítima ou fluvial.

Assim, a ideia segundo a qual integram o domínio público conjuntos de elementos funcionalmente ligados e indispensáveis à prossecução de um determinado fim de interesse público – ou seja, a ideia de *infraestrutura pública*⁸ – encontrou expressão imediata nos primeiros regimes sobre domínio

dominium, assente no repúdio da *confusão medieval* entre direito público e direito privado [cfr. *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, Vol. III (parte especial: o Estado), Florença; Fratelli Cammelli, 1892, p. 253].

⁴ Artigo 1.º do Decreto de 25 de abril de 1821 sobre o Património Nacional e a amortização da dívida pública (Collecção dos decretos, resoluções e ordens das côrtes geraes, extraordinárias e constituintes da Nação Portuguesa, desde a sua instalação em 26 de janeiro de 1821, Parte I, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1822, p. 53).

⁵ Eram estes os exactos termos do Decreto n.º 44 de 13 de agosto de 1832, um dos decretos reformadores de Mouzinho da Silveira, principal responsável da reforma administrativa liberal em Portugal (cfr. *Chronica constitucional do Porto*, Volume I, ...cit., 150).

⁶ Decretos de 31 de dezembro de 1864 (cfr. *Diário de Lisboa* n.º 10, de 13 de janeiro de 1865).

⁷ Além dos regimes aprovados, que gravitam em torno da proteção da circulação enquanto uso público, também a proposta de lei apresentada pelo governo nas cortes gerais - proposta de lei n.º 55-D (cfr. *Diário da Câmara dos Deputados*, sessão n.º 71, de 11 de Abril de 1864, p. 1102) – a lei de autorização legislativa - Lei de 25 de Junho de 1864 (cfr. *Diário de Lisboa* n.º 144, de 2 de julho de 1864) – e o relatório que acompanhou a publicação dos decretos (*Diário de Lisboa* n.º 10, de 13 de Janeiro de 1865)

⁸ Em sentido próximo, referindo-se às *infraestruturas* como suportes físicos compostos por diversos elementos dotados de uma organização em vista do cumprimento de uma finalidade

público, dada a regulação da utilização das estradas, dos caminhos de ferro e dos portos artificiais como complexos de bens nos decretos aprovados em 1864.

Além disso, há época, as linhas telegráficas eram frequentemente erigidas em conjunto com os caminhos de ferro, em aproveitamento dos postes de catenária para a sua fixação, pelo que sua *dominialidade* fora igualmente reconhecida enquanto parte da infraestrutura ferroviária. Ou seja, além de infraestruturas destinadas ao uso público de circulação, deu-se o reconhecimento da *dominialidade* de uma infraestrutura de serviço público: a rede telegráfica⁹.

Verifica-se, então, que a regulação da dominialidade pública em Portugal está, desde a sua origem, associada à proteção de certas infraestruturas destinadas à prossecução de fins de interesse público, algo que se mantém até aos dias de hoje, com a previsão constitucional e legal de tipos dominiais caracterizáveis como *domínio público infraestrutural*¹⁰.

Todavia, à luz do sistema jurídico português, *nem todas as infraestruturas destinadas à prossecução de fins de interesse público, incluindo infraestruturas de uso público, são caracterizáveis como bens do domínio público*.

Este trata-se de um ponto fundamental na relação-base dos bens públicos com as infraestruturas públicas, cuja compreensão assenta, *grosso modo*, na *summa divisio* entre domínio público e domínio privado da Administração, e, em especial, no sistema fechado da dominialidade pública em vigor no direito português. Os bens dominiais são aqueles que se encontram identificados como tal na Constituição e na lei: é isso que resulta

terminada, cfr ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, “Direito do Domínio Público”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial* (coord. Paulo Otero / Pedro Costa Gonçalves), Vol. V, Coimbra: Almedina Editora, 2011, p. 72. Por referência ao *domínio público ferroviário*, já com expressão de que a linha férrea compreenderia “a infraestrutura e a super-estrutura da linha, com suas dependências e obras acessórias”, cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo II, Coimbra: Almedina Editora, 2013 (11.^a reimpressão da 10.^a edição), p. 890.

⁹ É isso que resulta do artigo 1.º do Decreto de 31 de Dezembro de 1864 sobre a *dominialidade* dos caminhos-de-ferro, mas também das «linhas telegráficas neles estabelecidas».

¹⁰ Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *O Domínio Público. O critério e o regime jurídico da dominialidade*, Coimbra: Almedina Editora, 2005, p. 487; JOÃO MIRANDA, *Direito Administrativo dos Bens. Introdução à teoria geral dos bens públicos*, Lisboa: AAFDL Editora, 2021, 136.

do artigo 84.º, n.º 1, alínea f), artigo 84.º, n.º 2, e artigo 165.º, alínea v), todos da Constituição da República Portuguesa, e do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de Agosto, na redação atual, que aprova o Regime Jurídico do Património Imobiliário Público.

Assim, se no direito português a composição do domínio público coincide com os bens subsumíveis aos tipos estabelecidos em normas constitucionais e legais, os critérios da *afetação ao uso público* ou da *afetação ao serviço público* não se mostram suficientes para qualificar uma infraestrutura como dominial. Não se assiste ao fenómeno da *hipertrofia dominial* que promoveria a absorção das infraestruturas públicas pelo domínio público.

Tanto haverá infraestruturas afetas ao uso público dos cidadãos ou à prestação de um serviço público que não integram o domínio público, como haverá infraestruturas sob propriedade de uma entidade pública que não integram o domínio público, mas sim o domínio privado da Administração, como ainda haverá infraestruturas destinadas à prossecução do interesse público que não pertencem à Administração, mas sim a privados.

No pressuposto da aplicação de um conceito de *infraestruturas públicas* relativo aos *conjuntos de elementos artificiais funcionalmente ligados que constituem o suporte patrimonial indispensável à prossecução de um determinado fim de interesse público*, a variabilidade da relação estabelecida entre bens públicos e infraestruturas públicas justifica que se distinga, a partir do seu regime patrimonial, as *infraestruturas dominiais*, as *infraestruturas públicas de domínio privado* e as *infraestruturas públicas privadas*.

2. As infraestruturas dominiais

Como antecipado acima, o domínio público em Portugal corresponde ao conjunto de bens cuja utilidade pública produzida pela sua utilização e gestão é determinativa da sua classificação constitucional ou legal como bens dominiais e a consequente e devida aplicação do regime do domínio público.

Não obstante esta circunstância, que é transversal à dominialidade pública de quaisquer bens, a constituição do domínio público, isto é, a possibilidade de formulação de um juízo sobre a integração de um dado bem ou conjunto de bens no domínio público enquanto acervo patrimonial

diferenciado das entidades públicas territoriais¹¹, não dispensa a distinção entre *domínio público natural* e *domínio público artificial*.

Quanto ao primeiro, relativo aos bens cujas utilidades públicas justificativas da sua dominialidade resultam das suas características físicas intrínsecas, o legislador português estabelece a suficiência da norma de classificação no processo constitutivo do domínio público.

Nos termos do disposto no artigo 16.º, n.º 1, primeira parte, basta que certas parcelas ou zonas do mundo material tenham as características naturais reconhecidas por uma norma constitucional ou legal de classificação dominial para que a utilização e gestão desses bens fique sujeita ao regime do domínio público.

Já no que respeita ao *domínio público artificial*, a vigência da norma de classificação dominial é *necessária, mas não suficiente*: além do reconhecimento normativo de que certos bens erigidos pela Administração (ou a seu pedido) devem integrar o domínio público, essa incorporação depende da *afetação* dos bens às utilidades públicas que justificam a vigência da norma de classificação. Essa *afetação* tanto deve ser *jurídica*, no sentido de corresponder a uma decisão resultante do exercício da competência conferida pela norma do artigo 16.º, n.º 1, segunda parte, do RJPIP, como deve ser *material*, dada a imposição de que a eficácia da decisão de afetação depende da efetiva verificação das utilidades que justificaram a sujeição do bem ao estatuto da dominialidade (artigo 16.º, n.º 2, do RJPIP)¹².

Esta realidade obriga a que se avance para um conjunto de precisões e esclarecimentos sobre o enquadramento a dar às *infraestruturas dominiais*.

Em primeiro lugar, as infraestruturas dominiais serão, sem exceção, tipos de bens do *domínio público artificial*, sendo-lhes por isso aplicável o regime acima descrito quanto à constituição do domínio público, a qual fica dependente da classificação normativa da dominialidade, mas também da afetação, jurídica e material, dos bens. Não se mostrará ajustado ao *direito dos bens públicos* a adoção do sentido amplo (*amplíssimo*) de infraestrutura de

¹¹ No sistema jurídico português, e em cumprimento da tradição jurídico-dominial na matéria, apenas as entidades públicas territoriais podem ser proprietárias de bens do domínio público (artigo 84.º, n.º 2, da CRP e artigo 15.º do RJPIP).

¹² Cfr. JORGE PAÇÃO, “Comentário ao artigo 16.º”, in *Regime Jurídico do Património Imobiliário Público Comentado*, Coimbra: Almedina Editora, 2022 (2.ª edição), pp. 103 a 115.

modo a nele incluir bens dominiais naturais enquanto “infraestruturas naturais”¹³. Os tipos de *domínio público natural* previstos no sistema jurídico português – *domínio público aéreo*, *domínio público hídrico*, *domínio público geológico* e *domínio público radioelétrico* – não justificam a caracterização dos bens nele subsumíveis como infraestruturas¹⁴, devendo por isso o conceito e a sua aplicação ficarem reservados para conjunto funcionais de elementos artificiais.

Com isto não se recusa que as infraestruturas dominiais devam ser geridas em função da proteção e da valorização ambiental, *nomeadamente*, mediante a integração de componentes ambientais nas infraestruturas. Uma coisa é a *função ambiental das infraestruturas dominiais*; outra é a qualificação de ecossistemas ambientais ou zonas naturais como *infraestruturas* (“infraestruturas verdes” e “infraestruturas azuis”), que se ajustará a outros planos do sistema jurídico¹⁵, mas não tanto ao *direito dos bens públicos*.

¹³ No uso do conceito, cfr., por exemplo, ALISSON DE BOM DE SOUZA, *Direito à infraestrutura: fundamentos para uma teoria do fenómeno infraestrutural*, Londrina: Editora Thoth, 2025, pp. 68 a 72.

¹⁴ Com exceção, ao que tudo indica, das *barragens de utilidade pública* enquanto componente artificial das *albufeiras de utilidade pública*. Enquanto *universalidades públicas*, as albufeiras criadas para fins de utilidade pública [artigo 5., alínea e), da Lei n.º 54/2005] compreendem não apenas a massa de água e o respetivo leito, mas também todas as materiais, naturais ou artificiais, destinadas a suportar os usos públicos visados por esse complexo de bens, incluindo os terrenos com ela conexions, isto é, tanto a barragem enquanto infraestrutura erigida pelo homem, como as parcelas de terreno (e outras eventuais construções) necessárias à prossecução dos fins de utilidade pública suportados pela albufeira. Deste modo, as *barragens de utilidade pública* correspondem a uma infraestrutura integrada numa *universalidade pública* subsumível ao *domínio público hídrico* e, em concreto, ao *domínio público lacustre e fluvial*. Sobre as intersecções entre o *domínio público natural* e o domínio público artificial, cfr. CHRISTIAN LAVIALLE, “Existe-t-il un domaine public naturel?”, in *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, Paris: Dalloz, 1987, pp. 627 a 637; VÉRONIQUE INSERGUET-BRISSET, *Propriété publique et environnement*, Paris: LGDJ, 1994, pp. 138 e 139.

¹⁵ Veja-se, no plano da União Europeia, a aplicação de um *conceito amplo de infraestrutura*, com a inclusão de infraestruturas verdes e azuis enquanto redes de zonas naturais e seminaturais, concebidas e geridas para prestar serviços ecossistémicos (zonas costeiras; zonas marinhas; mas também redes verdes e azuis presentes em meios urbanos) – veja-se a Comunicação COM/2013/249 e a Comunicação C/2021/5430, ambas da Comissão Europeia e disponíveis em: <https://eur-lex.europa.eu/>.

Em todo o caso, a exclusão da caracterização de bens do *domínio público natural* como *infraestruturas dominiais* não implica uma sobreposição total entre *domínio público artificial* e *infraestruturas dominiais*. Nem todos os bens do domínio público erigidos pela Administração (ou a seu pedido) são qualificáveis como conjuntos de elementos artificiais funcionalmente ligados enquanto suporte patrimonial para a prossecução de um determinado fim de interesse público. Os cemitérios corresponderão ao exemplo mais significativo de bem dominial artificial não caracterizável como infraestrutura, sendo também esse o caso dos bens integrados no *domínio público cultural* (e.g. palácios, monumentos ou museus de titularidade pública).

Posto isto, e tendo em conta a totalidade dos *tipos* de domínio público previstos no sistema jurídico português¹⁶, as *infraestruturas dominiais* encontram correspondência com os seguintes:

- (i) *Domínio público rodoviário*¹⁷;
- (ii) *Domínio público ferroviário*¹⁸;
- (iii) *Domínio público aeroportuário*¹⁹;
- (iv) *Domínio público portuário*²⁰.

Está em causa a *infraestrutura rodoviária* enquanto rede que se estende pelo território nacional, composta pelas estradas e demais elementos destinados à circulação pública viária e cuja propriedade pública se encontra repartida por diferentes pessoas coletivas territoriais em razão da diversidade

¹⁶ Nos termos da Constituição e da lei, (i) o *domínio público aéreo*, (ii) o *domínio público hídrico*, (iii) o *domínio público geológico*, (iv) o *domínio público rodoviário*, (v) o *domínio público ferroviário*, (vi) o *domínio público aeroportuário*, (vii) o *domínio público portuário*, (viii) o *domínio público radioelétrico*, (ix) o *domínio público militar*, (x) o *domínio público cemiterial*, e (xi) o *domínio público cultural*.

¹⁷ Alínea d) do número 1 do artigo 84.º da Constituição; alínea h) do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 447/80, de 15 de outubro; Decreto-Lei n.º 222/98, de 17 de julho; Lei n.º 34/2015, de 27 de abril; Lei n.º 50/2018 e Decreto-Lei n.º 100/2018.

¹⁸ Alínea e) do número 1 do artigo 84.º da Constituição; alínea h) do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de outubro; Decreto-Lei n.º 276/2003, de 4 de novembro.

¹⁹ Alínea e) do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 477/80; Decreto-Lei n.º 254/2012, de 28 de novembro.

²⁰ Alínea e) do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de outubro.

de acessos e ligações permitidas pelas vias²¹, a *infraestrutura ferroviária* enquanto rede que se estende pelo território nacional, composta pelas linhas e ramais de demais elementos destinados à circulação ferroviária de interesse nacional e cuja propriedade pública pertence ao Estado²², as *infraestruturas aeroportuárias*, que correspondem aos aeroportos e aeródromos de interesse público de implantação dispersa pelo território nacional, destinados à circulação de pessoas e bens e cuja propriedade pública pertence ao Estado²³, e as *infraestruturas portuárias*, que correspondem aos portos artificiais de interesse público dispersos pelo território nacional, implantados em domínio público marítimo, fluvial ou lacustre, destinados à circulação de pessoas e bens e cuja propriedade pública pertence ao Estado em Portugal Continental e às Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores em território insular²⁴.

Com ou sem a intermediação da prestação de um serviço público, é de realçar corresponderem, sem exceção, a infraestruturas destinadas à prossecução do fim de *circulação pública de pessoas e bens* – o que constitui o fim de interesse público clássico ou tradicional justificativo da *dominialidade pública*. É também denominador comum às *infraestruturas*

²¹ Em Portugal Continental, o *domínio público rodoviário* tanto pertence ao Estado como aos municípios. Nos termos do Decreto-Lei n.º 222/98, de 17 de julho, na sua redação atual, e da Lei n.º 34/2015, de 27 de abril, o Estado é proprietário da rede rodoviária nacional enquanto conjunto de estradas que desempenham a função de circulação de interesse nacional ou internacional, e ainda composta por estradas nacionais desclassificadas e por estradas regionais até ao momento da sua transferência, por mutação dominial subjetiva, para os municípios. Já os municípios são proprietários da rede rodoviária municipal, mencionada nos artigos 13.º e 14.º do DL n.º 222/98 e nos artigos 9.º, n.º 2, e 40.º da Lei n.º 34/2015, de 27 de abril, e cuja delimitação resulta do artigo 21.º, da Lei n.º 50/2018, de 16 de agosto, e do artigo 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 100/2018, de 28 de novembro.

²² Nos termos do disposto no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 276/2003, de 4 de novembro.

²³ Ficam excluídos do *domínio público aeroportuário* os aeródromos de uso privado, bem como as infraestruturas aeroportuárias destinadas à navegação aérea militar. A infraestrutura aeroportuária é composta pelo conjunto de bens – terrenos, edifícios e equipamentos – que se encontram concretamente destinados a permitir a navegação aérea no contexto da prestação do serviço público aeroportuário (veja-se, em especial, o Decreto-Lei n.º 254/2012, de 28 de novembro). Sobre os aeroportos integrados no *domínio público aeroportuário*, cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, “Portos e aeroportos”, in *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red* (coord. Isabel González Ríos), Madrid: Dykinson, 2015, pp. 400 a 402.

²⁴ Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, “Direito do Domínio Público”, cit., pp. 81 a 83.

dominiais a sua caracterização como *universalidades públicas*²⁵ assentes no critério funcional da *afetação*, o que as torna complexos de bens que superam o elemento principal da infraestrutura (a faixa de rodagem de veículos; as linhas férreas; a zona destinada a aterragem, descolagem e manobra de aeronaves; a área de atracação de navios). A dominialidade estende-se a todos os elementos funcionalmente destinados à prossecução do fim público que justifica a existência da infraestrutura²⁶.

Deve, todavia, ser notada uma diferença de relevo, concretizada na distinção entre *infraestruturas de rede* e *infraestruturas pontuais*. Enquanto a *infraestrutura rodoviária* e a *infraestrutura ferroviária* constituem redes ou sistemas patrimoniais assentes na ligação e interdependência entre os diferentes elementos da infraestrutura, com extensão territorial e continuidade material, já as *infraestruturas aeroportuárias* e as *infraestruturas portuárias* correspondem a complexos de bens localizados em pontos específicos do território, constituindo, por isso, conjuntos dominiais autónomos e primordialmente geridos em função da concentração territorial dos seus componentes.

No que respeita às *infraestruturas dominiais de rede*, a sua extensão territorial e continuidade material levanta questões que lhe são próprias. Por um lado, é lhes comum a necessidade de uma gestão do domínio público que garanta de forma integrada a permanência da afetação ao interesse público de todas as ligações e pontos da rede. Por outro, na infraestrutura rodoviária verifica-se uma circunstância específica, relativa à repartição da propriedade pública da infraestrutura por diferentes entidades públicas territoriais, isto é, a mesma infraestrutura de rede subdivide-se em diferentes universalidades públicas pertencentes a diferentes proprietários (Estado e autarquias locais em Portugal Continental; Regiões Autónomas e autarquias locais nos arquipélagos da Madeira e dos Açores). Assim, a lei tanto legitima uma gestão autónoma das diferentes sub-redes integradas na infraestrutura rodoviária – e.g. cada município gere, com autonomia e em função dos interesses das respetivas populações, a sua rede viária municipal –, como se exigirá que essa gestão se

²⁵ Isto é, enquanto “complexo de coisas pertencentes ao mesmo sujeito de direito público e afectadas ao mesmo fim de utilidade pública” (MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, cit., p. 890).

²⁶ Como é imposto pelo *critério da afetação*, estabelecido no artigo 16.º do RJPIP e materialmente justificativo da aplicação do regime do domínio público.

realize em cooperação entre os diferentes proprietários públicos (ou gestores) de bens do domínio público rodoviário, de modo a garantir a unidade funcional e a continuidade da rede.

No que toca às *infraestruturas dominiais pontuais*, será incontroverso que a autonomia da gestão dominial de cada aeroporto ou porto se manifesta na generalidade das condutas, jurídicas e materiais, devidas ao proprietário (ou gestor) desse bem do domínio público: as decisões sobre uso comum do domínio público, a gestão da atribuição de direitos de uso privativo do domínio público, a regulação das condutas permitidas sobre o bem dominial, entre outros modos de exercício do direito de propriedade pública, incidem sobre aquela infraestrutura, e não por referência a uma rede de componentes ou bens dominiais. A eventual identificação pelo legislador de redes de infraestrutura pontuais²⁷ não é representativa de uma rede em sentido dominial, mas sim manifestação de uma dada opção de agregação por motivos técnicos ou outros, incluindo a eventual necessidade de cooperação ou articulação na gestão de infraestruturas (e não de uma infraestrutura una e contínua).

As *infraestruturas dominiais*, sejam *infraestruturas de rede* ou *infraestruturas pontuais*, estão naturalmente submetidas ao regime do domínio público, caracterizado pela extracomercialidade de direito privado e a concomitante integração dos bens no comércio jurídico público. As *infraestruturas dominiais* são, com extensão para a totalidade dos seus componentes, inalienáveis a sujeitos privados, insuscetíveis de constituir objeto de direitos reais privados ou outros direitos civis, sendo ainda impenhoráveis e imprescritíveis (artigos 18.º a 20.º do RJPIP). A constituição de posições jurídicas a favor de privados depende da outorga de direitos subjetivos públicos (para alguns, *direitos reais administrativos*²⁸), em especial, o direito de administrar as infraestruturas nas vezes da Administração – *concessão de gestão ou exploração do domínio público* (artigo 30.º do RJPIP) ou o direito de utilizar em termos exclusivos uma dada parcela desses conjuntos dominiais – *direito de uso privativo do domínio público* (artigos 27.º a 29.º do RJPIP).

²⁷ É o caso, por exemplo, da *rede aeroportuária* enquanto conjunto dos aeroportos cuja gestão, exploração e desenvolvimento se encontram cometidos à ANA - Aeroportos de Portugal, S. A., empresa concessionária do serviço público aeroportuário de apoio à aviação civil em Portugal (artigo 3.º).

²⁸ Cfr. JOÃO MIRANDA, *Direito Administrativo dos Bens*, cit., pp. 159 e 160.

É a partir deste regime geral que vigoram normas especiais sobre a gestão e a utilização dos diferentes tipos de *domínio público infraestrutural*, incluindo a decisão político-legislativa de outorgar a sua gestão a entidades integradas na administração indireta do entidade-proprietária. É esse o caso da gestão indireta pela empresa pública de direito privado *Infraestruturas de Portugal, S.A.*, de parte da *infraestrutura rodoviária* – a pertencente ao Estado enquanto rede rodoviária nacional –, bem como da *infraestrutura ferroviária*²⁹, ou ainda a gestão das *infraestruturas portuárias* por várias empresas de direito privado igualmente integradas na administração indireta do Estado. Já a gestão das *infraestruturas aeroportuárias* encontra-se, como se viu acima, concessionada pelo Estado a um operador económico privado.

Em suma, são raros os casos em que *infraestruturas dominiais* são geridas diretamente pela entidade pública territorial que detém o direito de propriedade sobre os bens³⁰. A sua gestão encontra-se, por via de regra, entregue a sujeitos especificamente dedicados ao seu desempenho, sejam empresas detidas pelos proprietários públicos (sociedade privadas de capitais públicos), sejam operadores económicos privados concessionários dessa tarefa pública.

Esta transferência, para sujeitos de direito privado, da gestão das *infraestruturas dominiais* não é equiparável à sua privatização, que ocorrera em sistemas jurídicos próximos do sistema jurídico português com incidência sobre infraestruturas afetas ao fim de circulação pública de pessoas e bens³¹. A *privatização formal* e a *privatização funcional* não se confundem com a

²⁹ Os seus estatutos estão definidos no Decreto-Lei n.º 91/2015, de 29 de maio, com a determinação de que a *Infraestruturas de Portugal, S.A.*, tem por objeto «a conceção, projeto, construção, financiamento, conservação, exploração, requalificação, alargamento e modernização das redes rodoviária e ferroviária nacionais, incluindo-se nesta última o comando e o controlo da circulação» (artigo 6.º, n.º 1).

³⁰ Será assim, *grosso modo*, quanto às redes rodoviárias municipais.

³¹ Por exemplo, no sistema jurídico espanhol, os aeroportos integrados na rede gerida pela AENA Aeropuertos, S.A., foram integrados no seu património, com a permissão de alienação a privados de até 49% das ações da sociedade, por efeito do *Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre*. Ou seja, em vez da sua pertença ao Estado, os aeroportos passaram a integrar o património de uma empresa mista. Sobre o assunto, cfr., desde logo, MARÍA DE LOS ÁNGELES FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, “La rentabilización del dominio público: Dificultades, propuestas y desafíos de futuro”, in *Revista e-Pública*, Vol. 5, n.º 1, 2018, pp. 48 a 53, disponível em: <https://e-publica.pt/>.

*privatização material*³² no aspeto fundamental de que nas duas primeiras modalidades as infraestruturas não abandonam a esfera patrimonial da Administração: permanecem sujeitas ao regime do domínio público e, como é seu elemento caracterizante, mantêm-se sob a propriedade das entidades públicas territoriais.

No que respeita à *privatização formal*, as infraestruturas dominiais não integram, em nenhum dos casos conhecidos no sistema jurídico português, o património das empresas públicas, sejam empresas públicas de direito público ou sociedades comerciais detidas por entidades públicas. A outorga da gestão da infraestrutura tanto ocorre por ato legislativo como por contrato de concessão previsto em lei e celebrado entre uma dada entidade pública territorial e uma dada empresa pública, com a *garantia de separação entre o domínio público e o património da empresa responsável pela sua gestão*.

Já no que toca à *privatização funcional*, a concessão de gestão do domínio público, acoplada ou não a uma concessão de serviços públicos ou a uma concessão de obras públicas, constitui um *contrato de colaboração subordinada*³³ ao abrigo do qual os bens de domínio público não são, sob nenhuma circunstância, transferidos para a esfera jurídica do concessionário³⁴, o qual é exclusivamente titular do *direito de as administrar*. Os bens do concessionário que integrem o estabelecimento da concessão constituem, necessariamente, bens não destinados à prossecução dos fins de interesse público justificativos da dominialidade das infraestruturas cuja concessão fora outorgada pela Administração.

Deve, contudo, ser notado que esta linearidade na proteção das infraestruturas dominiais é uma realidade própria das infraestruturas

³² Sobre diferentes modalidades de privatização, cfr. PAULO OTERO, “Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública” in *Os caminhos da privatização da Administração Pública*, STVDIA IVRIDICA 60, BFDUC, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 31 ss.; PEDRO COSTA GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra: Almedina Editora, 2008, p. 152.

³³ Sobre as propriedades de um *contrato de colaboração subordinada*, cfr., por todos, JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina Editora, 2013 (reimpressão da edição de 1987), pp. 365 e 366; pp. 418 e 419.

³⁴ Sob pena de incumprimento, por via contratual, da norma do artigo 18.º do RJPIP («Os imóveis do domínio público estão fora do comércio jurídico, não podendo ser objeto de direitos privados ou de transmissão por instrumentos de direito privado»).

destinadas à circulação pública de pessoas e bens, mas que já fora comprometida quanto a infraestruturas afetas à prossecução de outros fins de interesse público. É este o caso da *rede pública de telecomunicações* (“rede básica”), cuja *desdominialização* e consequente *privatização material* foram determinadas pela Lei n.º 29/2002, de 6 de dezembro, ou ainda do entendimento generalizado de que a norma determinativa da *dominialidade* das «redes de distribuição pública de energia elétrica»³⁵ fora tacitamente revogada pelos regimes que, à boleia da privatização da sua gestão, transmitiram a propriedade das redes de transporte e distribuição de energia elétrica a empresas públicas que, aos dias de hoje, são empresas privadas em sentido próprio (cfr. *infra*, ponto 4).

Como se percebe, as *redes de utilities* cuja *dominialidade* decorria da lei foram tomadas pelo processo de liberalização das atividades suportadas pelos bens³⁶, enquanto outras, como a rede de transporte e distribuição de gás ou a rede de transporte e distribuição de água, nunca terão beneficiado de uma norma, constitucional ou legal, de classificação dominial. Cumprirá por isso deslindar se esta circunstância implica a sujeição destas infraestruturas ao direito privado em termos equivalentes ao regime do direito de propriedade privada *tout court*, ou se, ao invés, se está perante um regime de direito administrativo de bens pertencentes a sujeitos de direito privado.

Em todo o caso, e por razões autoexplicativas, este ponto extravasa a matéria relativas às *infraestruturas dominiais*, devendo ocupar a nossa atenção adiante, não sem antes se abordar os termos em que o sistema fechado de classificação dominial vigente em Portugal contribui para a autonomização dogmática de uma outra categoria, que será intermédia: as *infraestruturas públicas de domínio privado*.

3. As infraestruturas públicas de domínio privado

Quando o uso público dos bens ou a sua afetação à prestação de um serviço público *não* constituem *critérios gerais* de qualificação dominial, isto é, apenas um conjunto normativamente delimitado de fins de interesse público prosseguidos pela utilização dos bens são justificativos da aplicação do regime

³⁵ Parte final da alínea l) do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de outubro.

³⁶ Com referência a esta circunstância, cfr., por todos, ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, “Direito do Domínio Público”, cit., pp. 71 e 72.

do domínio público, a consequência provável – e que se verifica no direito português – é a amplitude significativa do acervo patrimonial correspondente ao domínio privado da Administração: o domínio privado das entidades públicas torna-se agregador de todos os bens que, sendo propriedade da Administração, não sejam normativamente classificados como dominiais³⁷.

Essa *amplitude* resulta, também, em *heterogeneidade*, associada à constatação de que são vários (a maioria) os bens de uso público erigidos pela Administração e integrados no domínio privado, i.e. sempre que verificada a sua *não subsunção* aos tipos legais de *domínio público infraestrutural* acima identificados. Poderá, todavia, existir dúvida razoável quanto à sua qualificação como *infraestruturas*. Na formulação de um juízo tendencial e empírico, dir-se-á que os bens facilmente identificáveis como *bens de uso público não dominiais* – e.g. escolas públicas, hospitais públicos, piscinas públicas, mercados públicos – não corresponderão a *infraestruturas* se aplicado um conceito estrito assente na ideia de sistema patrimonial de base composto por elementos artificiais funcionalmente ligados.

Não obstante a validade desta asserção, a verdade é que o legislador português, a partir da regulação da propriedade pública do solo, aplica o conceito de *infraestruturas de utilização coletiva* com uma amplitude idónea à inclusão nesse conceito de *bens de uso público não dominiais*. Fá-lo, quer no artigo 22.º da *Lei de bases gerais da política pública de solos, de ordenamento do território e de urbanismo*³⁸, destinado à regulação de espaços de uso público, equipamentos e infraestruturas de utilização coletiva, mas também no artigo seguinte da mesma lei, especificamente relativo à prossecução de políticas públicas de solos através de bens do domínio privado, incluindo de infraestruturas públicas [artigo 23.º, alínea c)].

Em suma, e com esta aceção, o *regime do domínio privado* mostra-se aplicável às infraestruturas de propriedade pública que não sejam bens dominiais – as *infraestruturas públicas de domínio privado*.

³⁷ Já assim, cfr. JOÃO MIRANDA / JORGE PAÇÃO, “Bens públicos e cidades: intersecções a partir do sistema jurídico português”, in *Los Bienes Públicos de Las Ciudades* (coord. Julián Pimiento Echeverri / Gerardo García-Álvarez / Orlando Vignolo Cueva), Lima: Yachay Legal, 2024, pp. x.

³⁸ Lei n.º 31/2014, de 30 de maio, com a última alteração promovido pelo Decreto-Lei n.º 10/2024, de 8 de janeiro.

No que respeita às *infraestruturas públicas de domínio privado* pertencentes ao Estado (e dos institutos públicos do Estado), a sua utilização e gestão encontra-se diretamente regulada pelas normas do Capítulo III do RJPIP, sem prejuízo de, dado o corpo principiológico que lhes é comum (Capítulo I do RJPIP), as Regiões Autónomas³⁹ e as autarquias locais⁴⁰ se basearem regularmente nessas normas para administrar o seu domínio privado.

Nesse regime, destaca-se a permissão para a constituição de direitos reais privados a partir das formas de administração de bens do domínio privado exemplificativamente enunciadas no artigo 53.º do RJPIP – nomeadamente, o arrendamento e a constituição de direito de superfície –, mas julga-se que a principal forma de administração de *infraestruturas públicas de domínio privado* não se encontra enunciada nessas disposições, que corresponderá à celebração de *contratos de transmissão do direito de gestão de um bem do domínio privado*.

O facto de não se encontrar expressamente regulado no RJPIP não tem impedido o recurso à sua utilização em pleno exercício da *autonomia contratual pública*, dado que, através desta figura contratual, por vezes impropriamente designada de “concessão de exploração”, a entidade pública proprietária transmite a um particular a gestão de um de bens do domínio privado municipal, durante um período determinado e, prototipicamente, mediante o pagamento de taxa.

O *direito de gestão* consubstancia-se na transferência do direito de administrar um bem do domínio privado municipal materialmente destinado à prossecução de um fim de interesse público – e.g. piscinas municipais; pavilhões desportivos; equipamentos culturais; equipamentos recreativos, jardins públicos –, logo, distinto de um contrato de atribuição do direito de exploração de uma parcela do domínio privado para fins de interesse privado,

³⁹ Decreto Legislativo Regional n.º 7/2012/M, de 20 de abril, na redação atual, que o regime jurídico da gestão dos bens imóveis do domínio privado da Região Autónoma da Madeira e dos seus institutos públicos; e o Decreto Legislativo Regional n.º 11/2008/A, de 19 de maio, na redação atual, que estabelece o regime jurídico da gestão dos imóveis do domínio privado da Região Autónoma dos Açores.

⁴⁰ Dada a ausência de um regime legal relativo à gestão do domínio privado das autarquias locais, os órgãos e serviços municipais e de freguesia tendem a socorrer-se das normas do Capítulo III do RJPIP como lugar paralelo relevante, seja na adoção das condutas patrimoniais de gestão do domínio privado, seja na redação e aprovação de regulamentos sobre gestão do domínio privado.

em especial, o desenvolvimento de atividade económicas (e.g. instalação de restaurantes ou bares; exploração de parques de estacionamento não integrados no *domínio público rodoviário*).

Em suma, as *infraestruturas públicas de domínio privado* tanto podem ser diretamente geridas pelas entidades públicas proprietárias, como essa gestão pode ser entregue a operadores económicos privados, a que acresce a possibilidade da sua *valorização* mediante a constituição de posições jurídicas reguladas pelo direito civil.

Ainda no contexto da análise de *infraestruturas públicas de domínio privado*, importa sinalizar a existência de circunstâncias nas quais as *infraestruturas de rede* tendentes ao suporte ao transporte e distribuição de serviços essenciais (*utilities*) correspondem a bens do domínio privado da Administração, ficando a sua gestão e utilização sujeitas ao seu regime.

Em boa parte dos casos, essas infraestruturas integram o património de operadores económicos privados enquanto efeito decorrente da celebração de um contrato de concessão de uma tarefa pública. É isso que acontece, por exemplo, com a propriedade sobre as *infraestruturas da rede elétrica*: a infraestrutura de rede que suporta a atividade de transporte de energia elétrica, cuja propriedade pertence a uma empresa privada por efeito da concessão pelo Estado do desempenho dessa atividade, bem como a infraestrutura de rede que suporta a atividade de distribuição de energia elétrica, seja em alta ou média tensão, também por concessão do Estado, seja em baixa tensão, por concessão municipal.

Ponto determinante é o seguinte: aquando da cessação desses títulos jurídico-administrativos que, nos termos legais, suportam a titularidade de um direito de propriedade privada sobre estas infraestruturas (cfr. *infra*, ponto 4), *ocorrerá a sua integração no domínio privado da entidade pública concedente*. Ainda que essa integração possa não subsistir no tempo dada a probabilidade elevada de a Administração decidir, de novo, pela outorga de novas concessões acompanhadas da transmissão da propriedade sobre os bens, justifica-se estabilizar a conclusão de que *estas infraestruturas de rede correspondem a bens do domínio privado da Administração cuja propriedade é transmitida provisoriamente a concessionários de tarefas públicas cujo desempenho é suportado por esse substrato patrimonial*⁴¹. Dito de outro

⁴¹ Correspondem alienações de bens do domínio privado com aposição da destinação pública, as quais se encontram genericamente habilitadas no artigo 77.º, n.º 2, do RJPIP para o domínio

modo, a titularidade originária dos bens coincide com a titularidade pública da atividade concessionada, regressando, em qualquer caso, ao património da Administração findo o título.

A partir deste pressuposto – o de que, nestes casos, está-se perante uma *propriedade privada provisória* – ver-se-á ainda e de seguida que a privatização material destas infraestruturas não resulta na aplicação, sem mais, do regime de direito civil da propriedade privada. Pelo contrário, o direito que lhes é aplicável justifica a sua qualificação como *infraestruturas públicas privadas*.

4. As infraestruturas públicas privadas

A transformação tendencial do modo de agir da Administração Pública, concretizada na *regulação* do desempenho por privados de atividades cuja titularidade e prestação se entendia pertencerem às entidades públicas, produziu efeitos na esfera patrimonial pública. Seria esperado que assim sucedesse, em especial no contexto da liberalização de certos serviços públicos, dada a instrumentalidade dos bens para o seu desempenho.

Todavia, é necessário distinguir casos, dado que, por razões diferentes, a *privatização material* de atividades públicas nem sempre se mostra acompanhada da privatização dos bens representativos do suporte patrimonial para o seu desempenho. Desde logo, como se viu acima, a tendência, ao menos em Portugal, passa pela manutenção da *dominialidade* das infraestruturas afetas ao uso público de circulação de pessoas e bens⁴², mesmo que o setor de atividade relevante se encontre liberalizado. Por exemplo, a infraestrutura ferroviária mantém-se sob propriedade pública do Estado enquanto bem dominial (*domínio público ferroviário*), não obstante a liberalização da atividade de transporte ferroviário de passageiros, promovida pelo direito da União Europeia⁴³.

privado do Estado: «Podem igualmente ser vendidos imóveis afetos a fins de interesse público desde que fique assegurada a continuidade da prossecução de fins dessa natureza».

⁴² Sobre a tendência para manutenção da dominialidade das “infraestruturas terrestres” (rodoviárias, ferroviárias, portuárias, aeroportuárias), em oposição ao que seriam “infraestruturas empresariais” (energéticas e de telecomunicações), cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, “Direito do Domínio Público”, cit., p. 72.

⁴³ Os operadores económicos que pretendam prestar o serviço de transporte ferroviário e disponham de licença de acesso à atividade de transporte ferroviário e de certificado de

Será, por isso, no plano da apreciação das *infraestruturas de rede* enquanto suporte ao transporte e distribuição de *utilities* que se coloca, com predominância, a questão da titularidade privada.

Mesmo que a propriedade privada sobre essas infraestruturas seja *transitória*, o que, como se viu *supra*, encontra justificação na *transitoriedade do título* que confere esse direito ao privado, a verdade é que esses conjuntos patrimoniais se encontram, durante um período tendencialmente alargado, entregues a um operador económico privado que, além de assumir a sua gestão, também assume a sua propriedade.

Em primeiro lugar, deve registar-se ser inapelável que as referidas infraestruturas, não obstante integradas no património de um sujeito de direito privado, estão destinadas à prossecução do interesse público. Correspondem, na conhecida e premonitória expressão de ALDO SANDULLI, a *bens privados de interesse público*⁴⁴. A destinação pública das infraestruturas encontra-se tanto assegurada pelo título jurídico-administrativo que confere ao privado o poder de as gerir – tipicamente, um contrato de concessão –, como também ou em alternativa por um ou mais regimes de direito administrativo cujo desiderato (ou um dos) passa pela garantia de que a utilização e a gestão dos bens se realizam de acordo com o interesse público.

Dito de outro modo, que se pretende mais esclarecedor, está-se perante uma *vinculação jurídico-pública da propriedade privada*, a qual é estabelecida por (i) *via normativa*, dada a vigência de regimes de direito administrativo cujo cumprimento deve ser assegurado pelo proprietário privado da infraestrutura, e por (ii) *via contratual*, sempre que o direito de gestão (acompanhado do direito de propriedade) seja outorgado por efeito de um contrato de concessão. Já o controlo do cumprimento da referida *vinculação jurídico-pública da propriedade privada* mostrar-se-á assegurado (i) pela entidade reguladora do setor da atividade desempenhada com suporte na infraestrutura privatizada⁴⁵, e ainda, na grande maioria dos casos, (ii) pelos

segurança devem ser titularidades de direitos de utilização do *domínio público ferroviário*. Sobre o assunto, cfr. JUAN GARCÍA PÉREZ, *Nuevo marco jurídico del sector ferroviario. Estudio de la Ley del Sector Ferroviario y demás normas de desarrollo*, Madrid: Editorial Reus S.A., 2010, pp. 190 e 191, 225 a 227, 336 a 340.

⁴⁴ Cfr. ALDO SANDULLI, “Spunti per lo studio dei beni privati di interesse pubblico”, in *Il diritto dell'economia*, n. ° 2, Milão: Giuffrè, 1956, pp. 163 a 176.

⁴⁵ Além da entidade reguladora do setor de atividade, a entidade pública com a missão de garantir a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência desempenha igualmente

tribunais administrativos, dado que, apesar da propriedade privada da infraestrutura, o âmbito da jurisdição administrativa abrange a resolução de litígios que tenham por objeto questões relativas a tutela de direitos fundamentais e outros direitos⁴⁶, no âmbito de relações jurídicas administrativas, ou ainda questões relativas à execução de contratos administrativos⁴⁷⁻⁴⁸.

Sobre este último ponto, é de notar serem várias as posições jurídicas de direito público que incidem sobre uma *infraestrutura de rede* destinada à distribuição e transporte de *utilities*, em especial, os *direitos de acesso*, os *direitos de utilização* e os *direitos de ligação ou conexão*, de titularidade e projeção variável consoante o tipo de infraestrutura, mas que constituem posições jurídicas asseguradas pelos regimes de direito administrativo aplicados à gestão e à propriedade da infraestrutura.

Em suma, o exercício do direito de propriedade privada sobre as *redes de serviços essenciais* é predominantemente modelado por efeitos produzidos pela *intervenção pública, normativa, contratual e regulatória*, num cenário de funcionalização da propriedade privada tendente à compressão dos efeitos prototípicos da regulação civil, condensados na exclusividade e na liberdade de uso, fruição e transformação da coisa.

A *destinação pública da propriedade privada* a ponto de consumir, em larga medida, o conteúdo do direito de propriedade tal como assegurado pelo direito privado, deixando-o “adormecido” enquanto dura a destinação, transporta qualquer jurista dedicado ao direito dos bens públicos para a constatação de que a situação patrimonial das *redes de serviços essenciais* nos

um papel relevante na garantia da destinação pública das infraestruturas. Sobre o assunto, com desenvolvimento, cfr. PATRÍCIA REGINA PINHEIRO SAMPAIO, *Regulação e concorrência. A atuação do CADE em setores de infraestrutura*, São Paulo: Editora Saraiva, 2013, em especial, pp. 169 a 319.

⁴⁶ Artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do *Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais* (ETAF) – Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro, na redação atual.

⁴⁷ Artigo 4.º, n.º 1, alínea e) do ETAF.

⁴⁸ Deve ainda considerar-se os poderes dos tribunais administrativos de condenação de particulares, nomeadamente concessionários, a adotarem ou absterem-se de adotar certo comportamento, por forma a assegurar o cumprimento de vínculos jurídico-administrativos decorrentes de normas, atos administrativos ou contratos, quando as autoridades administrativas, solicitadas a fazê-lo, não tenham adotado as medidas adequadas (artigo 37.º, n.º 3, do *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, na sua redação atual).

sistemas jurídicos de tradição dominial, como o português, o espanhol, o francês ou o italiano, tem correspondência como o modelo em vigor no direito das coisas públicas alemão: o *modelo da propriedade privada modificada*⁴⁹. As coisas tornam-se *públicas* mediante a constituição de um “direito real público”⁵⁰ sobre a propriedade privada, em concreto, através da *dedicação* enquanto ato de oneração da propriedade privada em benefício de um *senhorio jurídico-público*⁵¹.

Ou seja, o atual estatuto e regime das *redes de utilities* representam uma cedência (ou mesmo a adoção) do *modelo da propriedade privada modificada* em sistemas jurídicos tradicionalmente fundados na *dominialidade pública* enquanto modo de controlo jurídico-público de bens necessários à prossecução do interesse público: naturalmente, não uma cedência transversal, pois não atinge os bens do domínio público nem os bens do domínio privado da Administração, mas uma cedência circunscrita às que, hoje, se justifica serem descritas como *infraestruturas públicas privadas*⁵².

Tal qual a caracterização das *coisas públicas* no direito tedesco, as *redes de utilities* são (i) *públicas* em razão da sua dedicação ao interesse público e dos regimes de direito administrativo destinados a garantir a permanência dessa dedicação e (ii) *privadas* em razão da posição jurídica de

⁴⁹ Na elaboração dogmática da *propriedade privada modificada*, cfr., em especial, HANS JULIUS WOLFF, *Verwaltungsrecht*, Vol. I, Munique / Berlim: C.H. Beck, 1965 (6.^a edição), pp. 331 a 362; ERNST FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Vol. I, Munique / Berlim: C.H. Beck, 1966 (9.^a edição), pp. 345 a 398.

⁵⁰ Cfr., por exemplo, HANS-JÜRGEN PAPIER / WOLFGANG DURNER, cfr. “Recht der öffentlichen Sachen”, in *Allgemeine Verwaltungsrecht* (coord. Dirk Ehlers / Hermann Pünder), Berlim: Walter de Gruyter, 2016 (15.^a edição), p. 821.

⁵¹ Cfr., entre outros, ERNST PAPPERMANN / ROLF-PETER LÖHR / WOLFGANG ANDRISKE, *Recht der öffentlichen Sachen*, Munique: C.H. Beck, 1987, pp. 1 a 3; HANS-JÜRGEN PAPIER, *Recht der öffentlichen Sachen*, Berlim: Walter de Gruyter, 1998 (3.^a edição), p. 10; HANS JULIUS WOLFF / OTTO BACHOF / ROLF STÖBER / WINFRIED KLUTH, *Verwaltungsrecht*, Vol. II, Munique: C.H. Beck, 2010 (7.^a edição), p. 165.

⁵² Dando-se, desta forma, proeminência terminológica à razão da existência das infraestruturas, à finalidade prosseguida e ao direito predominantemente aplicável à sua gestão e utilização: o exercício do direito de propriedade privada encontra-se funcionalizado à prossecução do interesse público, por aplicação do direito administrativo. Com escolha diversa, mediante a adoção do termo “infraestruturas privadas de interesse público”, cfr. JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA, “Las Tarifas en Explotación de Infraestructuras Públicas”, in *Direito das Infraestruturas: um estudo dos distintos mercados regulados* (coord. André Saddy / Aurilivi Linares Martínez), Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, pp. 135 e 136.

proprietário que sobre elas incide. Logo, o proprietário apenas poderá exercer os privilégios conferidos pelo direito civil na estrita medida em que se compatibilizem com a regulação jurídico-pública que impõe a destinação dos bens à prossecução do interesse público⁵³.

São vários os problemas suscitados pela compatibilização do exercício de um direito de propriedade privada sobre as *redes de utilities* com a sua funcionalização à prossecução do interesse público, e a dogmática relativa a institutos como as servidões administrativas, as restrições de utilidade pública ou, em geral, a função social da propriedade, não se mostrarão suficientes para a sua resolução.

Ao que tudo indica, será a partir da experiência e da dogmática germânicas que se poderá encontrar soluções e respostas consistentes, tendentes à compreensão dos regimes “para-dominiais” que regulam a utilização e a gestão das *infraestruturas públicas privadas*, desde essas lições sejam adaptadas ao contexto do *direito administrativo da regulação* em que serão aplicadas: não se trata de *estradas dedicadas ao interesse público* enquanto exemplo-base do *modelo da propriedade privada modificada* no sistema jurídico alemão⁵⁴; mas sim de infraestruturas que suportam o desempenho de atividades liberalizadas, com a confluência de diferentes interesses e posições jurídicas: do Estado, do gestor e do proprietário da infraestrutura (quando coincidentes), da entidade reguladora, dos prestadores da atividade liberalizada e, como sempre, dos cidadãos.

5. Uma conclusão

Confirmada a presença de uma relação-base sólida e longínqua entre o direito dos bens públicos e a existência, a administração e a utilização de

⁵³ Sobre a circunstância de, no sistema jurídico alemão, o proprietário privado poder recorrer ao comércio jurídico privado desde que se encontre assegurada a prossecução do interesse público a que o bem se encontra destinado, cfr., desde logo, ERNST FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1973 (10.ª edição), cit., pp. 379 e 380.

⁵⁴ Na sua origem, e com projecção no direito germânico em vigor, o modelo da *propriedade privada modificada* foi predominantemente elaborado a partir do *direito das estradas* [cfr., em especial, Rudolf Stammeler, “Das Recht des Gebrauchs öffentlicher Straßen”, in *Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts begündet von Dr. J. A. Gruchot* (coord. Cäsar Predari / Franz Schlegelberger), Vol. 70 (sétimo volume da nova série), Berlin: Franz Vahlen, 1928, pp. 129 e ss., em especial pp. 136 a 140].

infraestruturas, o direito atualmente vigente em Portugal e a realidade física concreta relativa às infraestruturas presentes no país justificam, com as razões que se procuraram explanar neste texto, o traçar da distinção entre as *infraestruturas dominiais*, as *infraestruturas públicas de domínio privado* e as *infraestruturas públicas privadas*.

As *infraestruturas dominiais* correspondem a bens públicos por excelência (dispensando-se a tautologia de qualificação como *públicas*), cuja administração e utilização se realiza ao abrigo de um regime de direito público – o regime do domínio público –, o qual conserva o direito de propriedade na esfera pública e regula, com exclusividade, as posições jurídicas suscetíveis de incidir sobre esse direito: tipicamente, direitos de uso privativo do domínio público e concessões de gestão do domínio público, pelo que a valorização, mesmo que com recurso a privados, dependerá da atribuição de uma posição jurídica regulada pelo regime do domínio público.

As *infraestruturas públicas de domínio privado* correspondem a bens públicos integrados num acervo patrimonial da Administração que se encontra igualmente sujeito ao direito público – *maxime* a princípios e regras do direito administrativo patrimonial e aos princípios e regras gerais do direito administrativo – sendo objeto de um direito de propriedade exercido tendo exclusivamente em vista a prossecução do interesse público. A aplicação do direito administrativo não prejudica a constatação de que a administração das *infraestruturas públicas de domínio privado* pode ser realizada através de meios regulados pelo direito privado – constituição de direitos reais e direitos pessoais de gozo civis, o que incluirá a possibilidade de transmissão do direito de propriedade a privados com a manutenção da destinação da infraestrutura à prossecução do interesse público.

Se verificada a circunstância agora enunciada – a transmissão do direito de propriedade com garantia da destinação à prossecução do interesse público – a gestão e a utilização das infraestruturas permanecem sujeitas ao direito administrativo tendo em vista a garantia da sua destinação pública e da efetividade das posições jurídicas conferidas por normas de direito público, sem prejuízo da titularidade de um direito de propriedade privada pelo proprietário da infraestrutura e da consequente permissividade para o seu exercício ao abrigo de normas do direito civil na medida da compatibilidade desse exercício com os efeitos resultantes das normas de direito público: as *infraestruturas públicas privadas*.

¿LA TEORÍA DE LOS BIENES PÚBLICOS PUEDE DARLE SENTIDO JURÍDICO AL CONCEPTO DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA?

Orlando Vignolo Cueva

Doctor en Derecho la Universidad de Zaragoza (España). Abogado por la Universidad de Piura (Perú). Profesor ordinario de Derecho administrativo de la Universidad de Piura (Perú). Socio de VRA Abogados. Vocal de la sala de eliminación de barreras burocráticas del Tribunal del INDECOPI. Director de la revista Anuario de la Función Pública. Correo electrónico: orlando.vignolo@udep.edu.pe. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3801-9239>.

Sumario: 1.- El objeto del presente trabajo; 2.- Los elementos conceptuales más relevantes de los bienes públicos peruanos; 2.1. El sinuoso dominio público peruano y los cinco elementos; 2.2. Los dos primeros elementos de la teoría: la cosa y el bien; 2.3. El tercer elemento: el bien y el patrimonio público; 2.4. Cuarto elemento: la titularidad pública; 2.5. Quinto elemento: el servicio al interés público; 2.6. El concepto de bien público que se defiende; 3.- La infraestructura pública necesita de la teoría de los bienes públicos; 3.1. La infraestructura pública es un nombre vacío en el Derecho peruano; 3.2. A modo de conclusión: los bienes públicos dan sentido jurídico a la infraestructura (pública o privada); BIBLIOGRAFÍA; ABREVIATURAS

1.- El objeto del presente trabajo

Hace tiempo me vengo preguntando si cabe conectar conceptualmente a los bienes públicos con las nociones más recientes de infraestructura (incluyendo las multi-modales), las cuales desde hace algunas décadas nos acompañan en nuestro Derecho (principalmente en las contrataciones administrativas y en la definición de litigios de las anteriores mediante el arbitraje nacional e internacional). El acompañamiento del término “público” que normalmente se hace del último concepto, hace que –inmediatamente- se pierda cualquier atención o interés para buscar definirla y ver luego si tiene conexión o soporte real en los viejos bienes públicos. Quizás, las obligaciones contractuales y la posibilidad que el cumplimiento contractual, que cumplen un papel definitorio fundamental frente a cualquier duda o incertidumbre que surja en la ejecución contractual, han enturbiado aún más la posibilidad de indagar en esta línea teórica.

Y claro, en un país como el Perú, altamente nominalista¹ y lleno de aversiones a la teorización (para buscar explicaciones más allá de las líneas argumentales forenses), lo planteado resultaría casi una aventura a la profundidad de la jungla amazónica. Sin embargo, creo que debemos quebrar esta mirada limitada recaída sobre de las infraestructuras públicas, reconociendo su innegable cercanía con las teorías de los bienes públicos existentes en las doctrinas más avanzadas. Incluso, diría que es una necesidad acercarse a explorar las cuestiones anteriores, a fin de eliminar diversos tropiezos concesionales en la parte *fieri*, o en la propia ejecución contractual, hasta propias formas de concebir el riesgo concesional y en las definiciones de los aparentes contratos típicos que aparecen en nuestra legislación (como el proyecto en activos).

Pero llegar a la conexión de esas categorías y, además, determinar su correspondiente intensidad de enlace, implica reconocer que la noción de infraestructura tiene poco de jurídica y mucho de ciencias militares, sociales y economía. Por tanto, cuando se le utiliza en un caso concreto, termina por indicar casi nada respecto a muchos temas jurídicos esenciales (como la titularidad de un concreto objeto o elemento del conjunto, el régimen aplicable y las atribuciones de las responsabilidades que correspondan por la aplicación de los dos factores anteriores). Todo esto, a pesar que el artículo 58 de nuestra CP reconoce, en medio de nuestro modelo de economía social de mercado, que el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de (...) servicios públicos e infraestructura”. Luego, esa orientación estatal hacia la infraestructura pública ha sido vagamente retratada por nuestro TC como una forma de materialización del “componente social del modelo económico previsto en la Constitución. Dicha función orientadora presenta, sustancialmente, las siguientes características: a) el Estado puede formular indicaciones, siempre que éstas guarden directa relación con la promoción del

¹ El nominalismo de Ockham niega la existencia de conceptos universales y realza el valor de los particulares. Si esto último se traslada a la ciencia jurídica implica mantener una serie de institutos individuales, imposibles de conectarse entre sí y, por ende, incapaces de crear un ordenamiento jurídico único. Esto último, es lo que nos pasa -normalmente- en el Derecho peruano. El legislador y la administración pública “existen y respiran” para crear nuevas nociones en diferentes campos, y luego no saben qué hacer con ellas, y, menos, muestran formas para conectarlas con las anteriores ya existentes. A partir de esas inclusiones se instala el caos y el desorden, que nos impide tener un sistema jurídico serio, capaz de responder a los diversos problemas de la realidad.

desarrollo del país; b) los agentes económicos tienen la plena y absoluta libertad para escoger las vías y los medios a través de los cuales se pueden alcanzar los fines planteados por el Estado; y, c) el Estado debe estimular y promover la actuación de los agentes económicos”².

Detrás de estas fuentes peruanas antes descritas hay poco que extraer (ni la CP ni su interpretación posterior por el TC aportan mucho en el debate planteado). Pero, cabe señalar, que esto no es sólo un problema nacional³, la propia doctrina especializada reconoce la sinuosidad –de profunda raíz histórica- de la infraestructura, puesto que la “trayectoria del concepto (...) desde su origen, migración, traducción y giros señala que no es un término “técnico” que inició con un terraplén, sino una metáfora legal con dos contenidos básicos: 1) delimitación de las áreas materiales para coordinar a los actores privados y públicos que participan en la construcción y explotación ferroviaria; 2) el terraplén fijo e inmóvil que separaba la “superestructura” conformada por la tecnología y la gestión del sistema como campos diferenciados de acción de la ingeniería civil, ingeniería mecánica y gestión comercial”⁴. En cualquier caso, este contenido de criterio material para identificar y conjuntar los elementos corpóreos e inmateriales, siempre con un mismo propósito o finalidad común, resulta ser un rasgo que se mantiene en todo intento de conceptualización y surge –principalmente- para superar la

² Sentencia recaída en el Exp. No. 4637-2006-PA/TC, f.j. 8.

³ Hago mención que los escasos trabajos peruanos sobre estas cuestiones siempre se concentran en los temas operativos y contractuales de la infraestructura, teniendo una frenética fascinación por describir la inversión privada, las mal definidas concesiones (sin entender la tipología de los contratos administrativos prestacionales), por mostrar números de brechas y catapultar a las APP como una técnica mágica que nos llevará al éxito nacional. Varias de estas cuestiones criticables, que abandonan por completo temas de bienes públicos, pueden ser vistas en Zuñiga Alemán, Laura; “Project finance de proyectos de infraestructura” en revista Themis, número 62, 2012, pp. 255-276. También en Zuñiga Alemán, Laura y Manayalle Chirinos, Alejandro; “Sanciones administrativas y penalidades en concesiones administrativas del transporte” en revista Themis, número 69, 2016, pp. 159-169. Sin embargo, algún trabajo rompió esta inercia e inconsistencia (propias de artículos forenses), pudiendo revisarse a: Vergaray D’arrigo, Giuliana y Huapaya Tapia, Ramón; “Algunos apuntes en relación con la participación público-privada y su vinculación con el Derecho administrativo y la inversión en infraestructura y servicios públicos” en RDA, número 3, 2007, pp. 95-126.

⁴ Guajardo Soto, Guillermo; “¿Qué es la infraestructura? Orígenes, giros y continuidades del concepto” en revista ARQ (Santiago), número 114, 2023, p. 15

sola edificación (que era predicable en exclusiva a la obra)⁵. Incluso, lo dicho, es una característica que puede mostrarse de su propio significado lingüístico actual⁶.

Ahora bien, en este punto no quiero dejar pasar por alto, los intentos plausibles que ha tenido el profesor español RUIZ OJEDA por tratar de juridificar el discurso económico de esta noción. Buscando que las definiciones, siempre intercambiables y llenas de imprecisiones de la economía, puedan ser útiles para el lenguaje jurídico. Por ejemplo, tras la idea de que la infraestructura es un “elemento estructural de nuestra organización social (...) habitualmente considerado como *el conjunto global de capital social que resulta necesario para el correcto funcionamiento de todo el capital directamente productivo*”⁷. Quizás, lo más importante de este autor está en la cercanía que muestra de la definición económica de infraestructura con los bienes públicos, como una de las partes esenciales que diagraman a la primera, sin que medie ninguna colisión con la aparición de propiedades privadas diversas en su conjunto (tan necesarias para financiar y sostener el uso intensivo de capital que necesitan su provisión y mantenimiento). Así, se señala que esta categoría viene configurada “en la literatura económica por dos notas fundamentales: como bienes públicos (*publicness*) y como bienes de capital (*capitalness*). Lo primero significa, fundamentalmente, que la responsabilidad global y suprema en su provisión y control corresponde a los poderes públicos, y que se trata de bienes de uso abierto a todos. Lo segundo implica que las infraestructuras necesitan una aplicación, normalmente enorme, de recursos materiales organizados, lo cual provoca un alto nivel de costes y largos períodos de tiempo para la recuperación de las inversiones y la obtención de su rentabilidad económica y social”⁸.

Por cierto, advierto al lector, que mi intento por acercar ambas categorías, no se centran en tratar de recuperar la vieja escuela del servicio

⁵ Cfr. Bernal Blay, Miguel Angel; “Contrato de concesión de obras públicas” en Vol. Col *Diccionario de contratación pública*, Madrid, Iustel, 2011, p. 161 y ss.

⁶ La RAE define al término infraestructura como un: “conjunto de elementos, dotaciones o servicios necesarios para el buen funcionamiento de un país, de una ciudad o de una organización cualquiera”. Ver el significado en el siguiente enlace: <https://dle.rae.es/infraestructura>

⁷ Ruiz Ojeda, Alberto; “El Eurotunel. La provision y financiación de infraestructuras públicas en regimen de concesión” en RAP, número 132, 1993, p. 470

⁸ Ibidem pp. 477-478

público o de ampliar los alcances del dominio público peruano. Nada más alejado de mi fin último. Muy por el contrario, respetuoso del principio de subsidiariedad horizontal (que sigo fervientemente), busco que las actuales concesiones entregadas a gestores privados funcionen de mejor manera en su formación y ejecución contractual, rebajándose los litigios arbitrales por asuntos tan esenciales (como la falta de provisión de suelo público saneado, el reparto de obligaciones de dominio público en cabeza del sujeto exacto, o el señalamiento claro de la composición e interferencias del subsuelo urbano municipal). Por eso, estoy completamente de acuerdo con lo señalado por JIMÉNEZ DE CISNEROS CID de no aceptar monopolios públicos sobre las infraestructuras de uso general⁹. En el mundo actual, se necesita combinar técnicas contractuales y de bienes públicos, ser imaginativo y aceptar que lo importa es el bienestar común.

Por eso, revalorizar la completa titularidad y gestión privadas para brindar prestaciones en establecimientos resulta clave (siempre que se reconozca las evidentes obligaciones contractuales de uso público y exista control posterior de las organizaciones administrativas), sin dejar de lado, claro está, formas correctas e innovadoras de obras públicas (mediante el peruanísimo mecanismo contractual de obras por impuestos¹⁰). Finalmente, todo sirve para mejorar la vida diaria de los nuestros, entendiendo que no existen primacías conceptuales que valgan en este punto, pues el “uso público y el aprovechamiento general no exigen necesariamente la titularidad pública de las obras y menos aún su carácter como dominio público, con las consecuencias perturbadoras que ello produce en el tráfico jurídico y económico de unos bienes e instalaciones susceptibles de producir renta e inversiones. El dogma de la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de las obras públicas produce más disfunciones que beneficios en lo que se pretende proteger. Si se garantiza el uso general o se sigue conservando la obra que es de aprovechamiento para todos los

⁹ Cfr. Jiménez de Cisneros Cid, Francisco Javier; “Hacia un nuevo concepto de infraestructura pública/obra pública desligado del dominio público y del servicio público” en AFDUAM, número 3, 1999, p. 197 y ss.

¹⁰ Sobre esta materia puede revisarse la tesis del actual profesor Diego Méndez. Para acceder se puede seguir el siguiente enlace: <https://hdl.handle.net/11042/2476>

ciudadanos, de quién sean éstas y su inclusión en el tráfico económico son cuestiones secundarias”¹¹.

A partir de todas estas iniciales explicaciones. Parto entonces por mostrar un concepto de bien público que luego pueda ser útil para la macro noción de infraestructura (imperante en nuestro Derecho desde la CP y con reflejos legislativos en el mundo concesional). Continuo, justificando de manera concisa, si esta inclusión permite explicar todo o parte del contenido de la última noción. Finalmente, termino este trabajo planteando algunas líneas prácticas para entender el valor de los bienes públicos frente a proyectos de infraestructura, sin olvidar el contenido –fundamentalmente- obligacional en el que se desenvuelven ambas categorías en la realidad peruana (y postmoderna).

2.- Los elementos conceptuales más relevantes de los bienes públicos peruanos

2.1. El sinuoso dominio público peruano y los cinco elementos

En este punto quiero ser completamente claro, el *dominio público peruano* creció por varias décadas republicanas en medio de un conjunto de nociones aisladas, colocadas de manera desordenada en leyes de distinta naturaleza (y peor significado jurídico), incluso sin asumirse como la esencia de los bienes públicos¹² y con escasas normas constitucionales de cobertura¹³.

¹¹ Jiménez de Cisneros Cid, Francisco Javier; “Hacia un nuevo concepto de infraestructura pública...Ob.cit. pp. 196-197.

¹² Tal como sucedió por ejemplo en el caso de los recursos naturales con la aceptación acrítica e injustificada del *dominio eminente*. El TC peruano sin mediar explicación alguna, descartó toda referencia al dominio público y, lo que es peor, ligo su categoría inventada a “la potestad estatal de regular el desarrollo de la actividad privada ligada al aprovechamiento de aquellos, es decir, hace alusión a la noción de soberanía del Estado”. *Vid.* Huapaya Tapia, Ramón; “El régimen legal y constitucional de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano (una visión desde el Derecho administrativo de los bienes públicos)” en el Vol. Col. *El dominio público en Europa y América Latina...*Ob. Cit. p. 43. La sentencia del TC aquí criticada es la recaída en el Exp. No. 0048-2004-PI/TC. f.j. 29. Afortunadamente, este despropósito jurídico no ha tenido continuidad en la posterior jurisprudencia del Alto Tribunal.

¹³ Tal como da cuenta el profesor Danos respecto a las Constituciones y leyes anteriores a 1993. *Vid.* Danos Ordoñez, Jorge; “Evolución y formación del concepto de bienes del Estado...Ob.

Las fuentes fueron ordenándose con el tiempo y mejor agrupadas en periodos más recientes del siglo pasado, muestran una historia que es posible de contar, reflejándose en una legislación y jurisprudencia identificables como la sustancia de una materia general de Derecho administrativo.

Así, aunque pueda indicarse que tenemos un Derecho de los bienes públicos, sostenido en los rasgos centrales de un dominio público constitucionalizado y plenamente vigente, las primeras figuras siempre formarán parte de una de las más relevantes y cotidianas actividades jurídico-públicas realizadas por nuestras organizaciones administrativas, no siendo posible considerar a su régimen como uno autónomo o singular (por ende, son sólo un elemento más del Derecho común y normal de la Administración Pública peruana).

Es más, se refuerza esta posición generalista de los bienes públicos en la idea de que son el eje jurídico del dispar grupo de regímenes de *bienes públicos especiales* existentes en nuestro ordenamiento (como los distintos regímenes de los recursos naturales, o la cada vez más frecuente de bienes inmateriales aparecidos a la luz del régimen del Gobierno electrónico y la telematización de la actuación procedimental administrativa, o las ordenaciones municipales y estatales de bienes públicos urbanos de distinta condición funcional, etc.). Todos ellos comparten los elementos de configuración de la teoría general de los bienes públicos que se señalarán a continuación, presentándose -en mayor o menor medida- el siguiente quinteto conceptual: *cosa, bien (derecho), patrimonio, titularidad pública y servicio concreto al bien común*¹⁴.

Cit. pp. 530-543. También existe una cita pormenorizada de Constituciones, normas legales y reglamentarias de propiedad estatal en la obra de Jiménez Murillo, Roberto; “Régimen de la propiedad estatal en nuestro sistema jurídico nacional” en revista Themis, número 39, 1999, p. 206 y ss.

¹⁴ Como se notará, esta tesis de *cinco elementos* trata de superar el trinomio de criterios que tradicionalmente se ha utilizado para explicar el dominio público (titularidad, afectación y régimen especial). La tesis que expongo trata de abarcar a todos los bienes y derechos reales de titularidad administrativa desde una perspectiva holística. Sobre lo primer revisar el trabajo de Fernández Scagliusi, María de los Ángeles; *El dominio público funcionalizado: la corriente de valorización*, INAP, Madrid, 2015, pp. 34-35. Acerca de la postura de unificación de los distintos bienes, más allá de las nomenclaturas y naturalezas específicas, se puede revisar mi trabajo: “La construcción jurídica de los recursos naturales en Perú” en Revista Aragonesa de Administración Pública, número 17 (extra), 2018, pp. 353-354.

Evidentemente, este influjo de esta agrupación de elementos definidores tiene sus posibilidades restringidas respecto de las categorías especiales, por ejemplo las involucradas alrededor del llamado régimen de administración financiera del Estado (LMAFE), principalmente respecto a los bienes fungibles por antonomasia (los fondos públicos gobernados por la LGPP), y, en segundo orden, respecto de las figuras tan desconocidas del endeudamiento público (como los bonos, créditos o colocaciones bursátiles diversas), los cuales aunque comparten con los bienes públicos los rasgos esenciales de la *titularidad pública* y *funcionalidad de uso exclusivo* a favor de un interés público cualificado. Sin embargo, su específica naturaleza obliga a introducir otros elementos propios como las fuentes de financiamiento, los rubros de egreso, el cíclico presupuesto público, la temporalidad (anual), la bancarización, el régimen de crédito y la presencia de una fuerte privatización de fuentes, que eliminan por completo el concepto del bien (cosa apropiable) para referirse más a recursos monetarios (ingresos y egresos), que si se quiere se presentan como “una cosa representativa de un valor extrínseco y medida de valor de las otras cosas”¹⁵, con fuerte tendencia a la desmaterialización y deslocalización (a pesar que la titularidad tienda a una posesión simultánea¹⁶).

Este último régimen sectorial, que aparece tras los fondos públicos, derechos de crédito y otros elementos propios de la gestión bursátil o bancaria aplicable a las organizaciones administrativas peruanas, nos introduce de lleno en el mundo de la intermediación financiera, la contabilidad pública, la economía y el sostenimiento material de las organizaciones administrativas y otros poderes públicos del Estado peruano (por todos ver el artículo 72 de la LOGR). Todas estas cuestiones reflejan parte del inicio de las limitaciones de la teoría de los bienes públicos que se expondrá en las siguientes líneas de este trabajo¹⁷ (los bienes públicos no lo pueden explicar todo pues existen otras categorías con contenidos superiores, como la propia infraestructura).

Pero continuemos con la expurgación conceptual. El Legislador peruano no ha sido tan pulcro en diferenciar las anteriores categorías

¹⁵ Lacruz Berdejo, José Luis y otros; *Elementos de Derecho civil*, Dykinson, Madrid, volumen III, 2015, p. 29.

¹⁶ *Ibidem* p. 29.

¹⁷ Estas mismas limitaciones veré si también se pueden extender a los regímenes de infraestructura pública, principalmente aquellos que vienen contractualizados mediante el sistema normativo de APP y proyectos en activos.

financieras y los propios fondos públicos con los bienes públicos mediante alguna tesis (por ejemplo derecho real versus el derecho personal o de crédito), aunque claro a lo largo de la legislación se asumen distintas y confusas nociones, sin indicarse, a continuación, los fundamentos pertinentes, ni porqué estos elementos juntos conformarían ciertos patrimonios administrativos¹⁸. Por eso, en estos campos, siempre hay que realizar una advertencia para asumir que la teoría general aquí expuesta tiene límites respecto a categorías muy particulares, aunque siga teniendo un influjo innegable en ciertas explicaciones decisivas de protección sobre los ingresos y egresos públicos¹⁹. Estas mismas restricciones podrían aparecer en determinados objetos de infraestructura pública, a pesar de que existan derechos reales por doquier y siempre en el marco concesional, cuando por ejemplo surge la propiedad privada mezclada con bienes demaniales encargados al contratista, o en otros supuestos, en los que este concreto particular recibe la posibilidad de construir infraestructuras complementarias al objeto principal con destino mercantil o industrial (para remunerarlo de mejor manera y bajar los costes a los usuarios de la infraestructura pública principal).

Entonces, la teoría que se mostrará intenta ser flexible, para que en todo o en parte, muestre el influjo innegable de los bienes públicos, primero siempre bien definidos, respecto de múltiples campos, pero sin dejar de entender que frente a éstos pueden aparecer otras propiedades y otros derechos reales ajenos a las organizaciones administrativas, y, que, por tanto, los bienes públicos no se pueden expandir más allá del contenido de la titularidad pública (en cualquiera de sus dos formas). Por ende, el dominio público, como macro

¹⁸ Como si ha sucedido en el mundo español merced al numeral 2 del artículo 3 de la Ley de patrimonio de las administraciones públicas que aparece bien explicada en el trabajo de López-Ramón, Fernando; “Teoría jurídica de las cosas públicas” en RAP, número 186, 2011, p. 12. En nuestra LOM (los artículos 69 a 76), bajo un genérico título de *patrimonio municipal*, se incluyen a los bienes y rentas de estas organizaciones administrativas locales. En cambio, extrañamente, el legislador peruano no incluye el paraguas del patrimonio administrativo para referirse directamente a bienes y rentas regionales (ver el artículo 37 de la LBD).

¹⁹ Tal como las brindó -en su momento- el profesor Baca Oneto, pero asumiendo la imposibilidad que la cláusula constitucional del dominio público del artículo 73 de la CP pueda ser expandible por completo a los fondos públicos. Al menos, no respecto a las condiciones de imprescriptible o inalienable, reafirmandose así la naturaleza crediticia de estos recursos monetarios. *Vid.* Baca Oneto, Víctor, “La ejecución de sentencias condenatorias de la Administración. En especial, el caso del embargo del dinero público” en revista de derecho administrativo CDA, número 2, año 2006, p. 167

categoría que agrupa a todos los bienes públicos, de toda condición y forma, no es absoluto. Necesita convivir obligatoriamente con los particulares y encontrar algunos límites (inmanentes y externos).

Por último, y volviendo al centro de nuestra explicación, es fundamental analizar –de manera específica- los mencionados conceptos esenciales, como piezas que juntas dan lugar a todo el rompecabezas de los bienes públicos, sin importar nombres, ordenaciones concretas o particularidades de gestión, asumiendo que el quinteto propuesto es una muestra de un profundo fenómeno de *hibridización* que aparece a diario en nuestra realidad, pero que, a la par de su caótica irrupción, se muestra como la solución para superar la imperante imprecisión terminológica y conceptual aparecida en nuestro ordenamiento positivo. En cualquier caso, esta tesis de los bienes públicos intenta acoger a todos los *supuestos de naturaleza real*²⁰ que puedan calzar con los señalados elementos, cuestión última que por cierto ha sido plenamente reconocida por la doctrina nacional más reputada, incluso para los supuestos más conflictivos existentes en nuestro Derecho (como el de los recursos naturales)²¹.

2.2. Los dos primeros elementos de la teoría: la cosa y el bien

En primer término, existe una necesidad esencial de definir el *bien* a partir de la noción de *cosa*²², haciendo eco así de una línea de puntualización

²⁰ En consecuencia, esta tesis de explicación tendrá campo fértil y recaerá en cosas cuyo “titular pueda hacer uso de los medios de protección jurídica inherentes a los derechos reales, su eficacia se despliega erga omnes” y, claro está, cuando el sujeto de derecho sea siempre uno “cualificado investido de prerrogativa: la Administración titular del dominio”. *Vid.* González Pérez, Jesús; *Los derechos reales administrativos*, Madrid, Civitas, 1975, pp. 36-37. En la doctrina nacional ver Chang Chuyes, Guillermo; “La titularidad de los bienes de la Administración Pública y sus modos de adquisición”...*Ob. Cit.* p. 83.

²¹ Cfr. Huapaya Tapia, Ramón; “El regimen legal y constitucional de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano (una vision desde el Derecho administrativo de los bienes públicos)” en el Vol. Col. *El dominio público en Europa y América Latina*...*Ob. Cit.* pp. 448-449. Parte de esta problemática también la planteo en mi trabajo “La construcción jurídica de los recursos naturales en Perú”, en Vol. Col. monografías de la RAarAp, Zaragoza, 2018, XVII, pp. 351-383.

²² A pesar de las teorías encontradas planteadas incluso en el propio Derecho civil, la causa sigue siendo una noción clave para diferenciar el derecho real y el derecho de crédito. Pero es necesario agregar que la *res* marcará el derrotero del señorío, los concretos poderes del titular

formulada por el profesor F. LÓPEZ-RAMÓN hace algunos años atrás. El bien es siempre un concepto más elaborado y posterior que la cosa²³, implicando necesariamente el tratamiento jurídico que pueda tener una conducta humana de poder sobre un elemento perceptible por los sentidos y que necesariamente resulta ventajoso para el ejerciente o cualquier otro tercero sujeto de derecho. Por tanto, la cosa siempre implica un objeto que puede ser susceptible de apropiación física o jurídica, específica o colectiva, por parte de un titular, un grupo humano, o cualquier sujeto de derecho. La cobertura para que exista una apropiación es obligatoriamente dada por el Derecho, quedando así algunas cosas incapaces de ser tomadas lícitamente por alguien, no importando la naturaleza privada o pública de este último (como las diversas cosas comunes, los propios seres humanos o espacios continentales ultra protegidos como la Antártida, entre otros)²⁴.

Ahora, debe agregarse que “se designa como cosa al objeto de las relaciones jurídicas. Las cosas pueden ser materiales o inmateriales (también se habla de corporales o incorporeales) en función, respectivamente, de si tienen o carecen de una existencia tangible en la realidad (...) El concepto de bien expresa la relación directa y exclusiva de las personas con las cosas u objetos de la realidad. Un *bien* es una noción jurídica referida únicamente a las cosas que son apropiables porque proporcionan una utilidad a las personas, una utilidad entendida como valor de la cosa, que deriva de su carácter raro,

y la oposición-exclusión frente a otros sujetos de derecho. Por todos ver: Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio; *Sistema de Derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1977, pp. 31-38.

²³ En la doctrina comparada, principalmente la española, austriaca, ciertos códigos civiles de Estados norteamericanos e incluso muchos sudamericanos; la *res* o cosa siempre fue una noción fundante y capaz de poder identificar al objeto que luego podía ser susceptible de una relación jurídica de apropiación. *Vid.* Pimiento Echeverri, Julian; “Reflexiones en torno a la división de los bienes públicos en el Código Civil” en *Revista de Derecho Privado*, número 21, 2011, pp. 210-211. Vale también indicar, tal como se señaló en un sector mayoritario de la doctrina civilista española, que muchas cosas y bienes se pueden confundir en definiciones genéricas o sentidos coloquiales (como sucedería en el CC peruano), sin embargo, el factor utilidad y servicio al titular que se puedan extraer de un análisis más detallado, terminan siendo decisivos para diferenciarlos como categorías específicas. *Vid.* Lacruz Berdejo, José Luis y otros; *Elementos de Derecho civil*...Ob. Cit. pp. 2-3.

²⁴ Cfr. López-Ramón, Fernando; “Teoría jurídica de las cosas públicas”...Ob. Cit. p. 11.

limitado o deseado”²⁵. Por ende, la capacidad de apropiabilidad, en tanto susceptible de titularidad por un sujeto de derecho, determinará que aparezca un bien que será dominado, influenciado y monopolizado por el titular²⁶.

Esta elaboración esta soportada *implícitamente* en las definiciones generales recogidas en el CC y la LGSNBE (por todas ver la de los *bienes accesorios* del artículo 888 del CC), a pesar del olvido que nuestro Legislador ha tenido respecto a este obligatorio tránsito entre cosa y bien, cuestión que por cierto ha sido evadida en años recientes, puesto que como lo indicó J. DANOS en el Código Civil de 1852 existió un “Libro segundo dedicado al régimen de “Las Cosas”, en cuyo artículo 459 se estableció una clasificación de las referidas “cosas” en función de su propiedad o su destino, disponiéndose que se consideran públicas: “(...) las cosas que pertenecen a una nación, y cuyo uso es de todos (...)”, dispositivo que se puede apreciar enfatiza la distinción de las denominadas “cosas” o bienes de carácter público en razón de dos factores, en primer lugar su titularidad a favor de la colectividad y en segundo lugar su destino para uso precisamente de la citada colectividad”²⁷. Esta tendencia de recojo, por cierto, es perfectamente predicable con otras normas legales cercanas que reconocían este fundamental binomio de nociones concatenadas (como el artículo 333 del vigente CC).

Por otro lado, esta construcción abre varias cuestiones de comprobación inmediata respecto a la categorización de los bienes públicos: (i) Los bienes públicos no dependen de la naturaleza material, inmaterial, corporal, incorporeal, natural o artificial de la cosa jurídicada, sólo hace falta que la última sea susceptible de una lícita apropiación funcional o útil por parte de un sujeto de derecho. (ii) El sujeto de derecho que se apropia o aprovecha de la cosa no se corresponde necesariamente con el concepto de persona, pudiendo ser asimilable a la administración pública sin mayor inconveniente, (iii) en concreto, los bienes públicos “son derechos que permiten utilizar las cosas apropiables u obtener ventajas de ellas”²⁸. Por tanto,

²⁵ Ibidem pp. 10-11. En el mismo sentido, buscando revalorizar la doctrina clásica de bien se pronuncia Pimiento Echeverri, Julián; *Derecho administrativo de los bienes*, Universidad del Externado, Bogotá, 2015, p. 25

²⁶ Cfr. Lacruz Berdejo, José Luis y otros; *Elementos de Derecho civil...* Ob. Cit. pp. 4.

²⁷ Danos Ordoñez, Jorge; “Evolución y formación del concepto de bienes del Estado...” Ob. Cit. p. 531.

²⁸ López-Ramón, Fernando; “Teoría jurídica de las cosas...” Ob. Cit. p. 11.

los primeros son valiosos por su *utilidad efectiva*, tal como lo plantean las definiciones generales peruanas (ver por todas los literales a) y b) del numeral 2.2 del RLGSNBE). (iv) Los bienes públicos se van expandiendo en número, clasificaciones y usos en virtud del progreso tecnológico y el avance de la ciencia, en consecuencia, éstos pertenecen siempre a un concreto régimen de *numerus apertus* y dependiente de categorías sectoriales que puedan ir surgiendo para tratar nuevos fenómenos (como por ejemplo la masiva desmaterialización que es tan relevante para la operación de infraestructuras públicas)²⁹.

2.3. El tercer elemento: el bien y el patrimonio público

El Derecho administrativo asume la importancia de que los bienes públicos sean una colección o agrupamiento de cosas funcionalmente útiles puestas de manera ordenada en manos de una puntual administración pública. Por lo anterior, es que, en nuestro ordenamiento, desde la legislación organizativa, sectorial y de bienes públicos mantiene una clara tendencia a recoger la vieja figura³⁰ del *patrimonio* como un mecanismo que garantice un conjunto definido de bienes y derechos (surgidos de los primeros) puestos a favor de este titular para que pueda funcionar, sostenerse y practicar distintas actividades administrativas (ver el recojo del “patrimonio mobiliario e inmobiliario estatal” del artículo 3 del RLGSNBE). Pero, además, esta categoría es utilizada como una *barrera jurídica* para excluir y distinguirse de las titularidades y otros derechos privados reales *ab initio* que puedan

²⁹ Esta idea funcional de la apropiación será muy importante para el desarrollo de infraestructura públicas, sobre todo, cuando los contratistas afronten la aparición de bienes demaniales que permanecían ocultos a los iniciales o posteriores trabajos operativos propios de la ejecución contractual (tales como las corrientes de agua, vetas minerales o yacimientos arqueológicos). La posibilidad de apropiación funcional sobre estas cosas no puede aparecer jamás en manos privadas, no sólo por la decisión previa del legislador sino porque la propiedad privada no puede tener por objeto cosas que nunca serán –verdaderamente- bienes de titularidad privada. Estamos ante casos de apropiaciones reservadas exclusivamente a las organizaciones administrativas, mediante un título jurídico basado en un mandato legal (o incluso constitucional).

³⁰ Tal como da cuenta el profesor Pimiento con datos sobre el patrimonio que provienen desde Roma y se siguieron usando en el Derecho español de los siglos XIV a XVIII. *Vid.* Pimiento Echeverri, Julian; “Reflexiones en torno a la división de los bienes públicos en el Código Civil”...Ob. Cit. pp. 211-213.

obstaculizar la salvaguarda de los intereses públicos (por todos ver las garantías establecidas en el artículo 7 de la LGSNBE).

Si se quiere, tomando en consideración el anterior planteamiento de parapeto, existe una *garantía patrimonial pública* construida por nuestro Legislador en repetidas disposiciones, que se expande o retrocede en números y clases, dependiendo de los niveles de autonomía económica o administrativa otorgada legalmente al sujeto titular, que no sólo genera efectos organizativos internos o externos sino produce la obligatoriedad de su mantenimiento material mínimo de cada organización administrativa, a fin de evitar la imposibilidad de su funcionamiento y servicio efectivo al interés público³¹. Pero además es la fuente de singularización de estas titularidades públicas frente a cualquier derecho real privado, siendo éste el elemento central que tiene nuestro Derecho para presentar una *postura híbrida* sobre los bienes públicos y el dominio público (como categorías de doble efecto funcional y orgánico, en tanto, expresión de una afectación legal de los bienes a determinados intereses públicos y un permanente ingreso o adquisición orgánica de éstos a favor de los respectivos patrimonios públicos)³².

Por otro lado, el recojo del patrimonio en nuestra legislación también implica el reconocimiento de todos los *derechos reales* que puedan ser ejercitados lícitamente por parte de nuestras administraciones públicas, desde la propiedad y otros distintos a la transferencia de dominio, siempre que estas figuras, agrupadas en los denominados *actos de administración y disposición*, aparezcan específicamente contenidas en los listados de técnicas establecidos en el ordenamiento vigente (por todos ver los literales a) y b) del numeral 2.3 y el Título III del RLGSNBE), y, además, su práctica no atente contra la naturaleza esencial del bien (como pasaría como las prevenciones recaídas sobre los demaniales recogidas en el numeral 29.1 de la LGSNBE). Si se quiere, esta idea patrimonialista ha roto por completo la tendencia de la materialidad y la sola titularidad o dominio como objetos estelares de este régimen, para pasar a una visión más amplia y flexible que permita el ingreso

³¹ Cfr. Chang Chuyes, Guillermo; “La titularidad de los bienes de la Administración Pública y sus modos de adquisición”...Ob. Cit. p. 84.

³² Cfr. Pimiento Echeverri, Julián; *Derecho administrativo de los bienes*...Ob. Cit. pp. 26-28. Sobre la entrada y salida orgánicas de bienes y derechos reales al patrimonio administrativo debe revisarse los procedimientos de alta y baja que aparecen regulados en los literales f) y g) del numeral 2.2 del RLGSNBE.

de los derechos dentro de una gran categoría de bienes públicos, no importando si estos últimos son demaniales o sometido al dominio privado³³.

También el Legislador ha considerado que el agrupamiento de números y calidades del patrimonio público sea permanente y continuo, no importando que las formas usadas para este propósito sean propias del régimen general de bienes estatales o de categorías extraídas del propio Derecho civil. En cualquier caso, en todas ellas, es posible encontrar una *implícita prohibición de fundamentación lucrativa o especulativa* de la operación de adquisición, administración o disposición de los objetos, más allá de su naturaleza demanial o de dominio privado³⁴. Si se quiere la ampliación, el tratamiento o la reducción nunca puede estar justificada en la mera eficiencia del mercado (aunque puede resultar útil en muchos supuestos), sino en razones de servicio o tutela al interés público quedando claro que es un patrimonio de atención a finalidades ajenas y cuya perspectiva de eficiencia debe ser correctamente encauzada con el combinado “uso y aprovechamiento económico y/o social (...) atendiendo a los fines y objetivos institucionales” (ver artículo 28 de la LGSNBE)³⁵.

³³ Esta visión es asumida también en el Derecho español, pues “se presta especial atención a la extensión del concepto de bienes demaniales a derechos. La afirmación de que el dominio público puede estar integrado no únicamente por bienes, sino también por derechos, puede sorprender a quienes, imbuidos de la tradicional creencia de que el dominio público no puede consistir en derechos reales limitados, distintos del pleno dominio sobre la cosa, consideran imposible la existencia de *iura in re aliena* de naturaleza demanial. Sin embargo, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (...) ha desterrado esta creencia, al contemplar expresamente la posibilidad de reconocer como objeto posible del dominio público no solo a los bienes, sino también a los derechos”. *Vid.* Fernández Scagliusi, María de los Ángeles; *El dominio público funcionalizado...* Ob. Cit. p. 23.

³⁴ Cfr. Chang Chuyes, Guillermo; “La titularidad de los bienes de la Administración Pública y sus modos de adquisición”... Ob. Cit. 84.

³⁵ Vale recordar que la *valoración* de los bienes públicos (más en los de dominio privado), que tanto se repite en el LGSNBE, aunque pueda usar los conceptos comerciales o de mercado, nunca puede considerarse practicada bajo el uso tradicional de las libertades económicas y el afán lucrativo de los particulares, porque el titular de los primeros no los tiene otorgados constitucional y legalmente como medios, propósitos últimos o, en definitiva, asimilados a su naturaleza de organización del Poder Público. Por ende, la visión patrimonialista debe administrativizarse al máximo para abrirse paso mediante una noción autónoma impuesta desde “una reflexión sobre el concepto de “valor” y (...) una sinergia entre los valores comerciales y no comerciales, entre la apropiación individual y el uso y disfrute común. También nos lleva a preguntarnos sobre las nuevas funciones de las autoridades públicas; el

Lo anterior es la mecánica de entendimiento que considero se debe llevar adelante ante la cláusula legal recientemente introducida denominada: “eficiente gestión del *portafolio inmobiliario de los bienes estatales*, optimizando su uso y valor” (ver el modificado literal c) del numeral 14.1 de la LGSNBE).

Pero además el patrimonio público, como la sumatoria de todos los bienes y derechos reales entregados o adquiridos por las administraciones públicas peruanas, supone un *orden mínimo utilitario*. Desorganizados, insuficientes o en solitario tienen poco valor para salvaguardar los intereses públicos pertinentes, obtener financiación propia o incluso lograr fomentar la iniciativa privada desde el ámbito de la organización administrativa. Sin embargo, en un número apreciable, inventariados, gestionados, con amplia heterogeneidad y unidos alrededor del concepto patrimonial, pueden ser mejores medios instrumentales a favor del bien común. Es más, el patrimonio permite acotar y controlar de mejor manera el grupo de cosas entregadas por el Legislador a favor de un titular, asumiéndose la posibilidad de un reparto sistemático y equilibrado ejecutado principalmente mediante: (i) leyes de bienes públicos, (ii) leyes organizativas (de fundación específica o de clasificación territorial general como la LOPE, LOGR, LOM o la LBD), o, por último, (iii) leyes sectoriales (como pasaría con los dispositivos sobre yacimientos arqueológicos, los recursos naturales, terrenos eriazos, herencia yacente, los bienes incorpóreos referidos a la propiedad intelectual o al software, entre otros).

2.4. Cuarto elemento: la titularidad pública

Las anteriores construcciones obligan a tomar en cuenta que la administración pública es la titular del bien público, a partir de las formas de adquisición lícita y nunca por voluntad propia de ésta. La titularidad o dominio se convierte así en el elemento capital de la definición peruana de esta categoría, pues para que existe este título justo se necesita una titularidad pública correctamente originada y trazable. Así, a este sujeto de derecho se le

concepto de Estado “guardián” recobra fuerza y no hay más que leer a Platón para encontrar cuáles son las cualidades de los guardianes de la *Cité*, una *Cité* ahora mundializada”. *Vid.* Morand-Deviller, Jacqueline; “Los bienes públicos y el derecho de propiedad” en revista de estudios de la Administración local y autonómica, número 317, 2011, p. 26.

atribuye -por imperio de la ley y determinadas fuentes infra-legales- nunca por auto-atribución, un conjunto dinámico de bienes públicos sobre los que puede ejercer distintas potestades y actividades administrativas *dominicales*, partiendo de los fundamentales *actos de adquisición* que suponen la incorporación o recuperación de titularidades esencialmente prediales³⁶ (que bien pueden extenderse -con sus características- a otros bienes de distinta naturaleza no inmobiliaria), reflejándose luego con los esenciales *actos de administración y registro* que se ciñen a ordenar “el uso (...) aprovechamiento” y la protección jurídica de estos bienes (derechos reales que no suponen enajenación). Culminando la extensión del dominio con los *actos de disposición* que implican el cese o extinción definitiva de la titularidad administrativa y posterior “desplazamiento (...) de los bienes” siempre a favor de otro sujeto de derecho de naturaleza privada (ver los literales b), c) y d) del artículo 4 y el artículo 11 de la LGSNBE).

En consecuencia, la titularidad pública es dominio sobre un bien pero asumido de una manera extensa³⁷, originalmente ius-administrativa, que incluso legalmente se *presume* en determinados supuestos³⁸, con ciertas

³⁶ Las normas peruanas intentan disciplinar las diferencias de las *compras y donaciones prediales* gobernadas por la LCE, la DLSNA, el propio CC y normas internas frente a los verdaderos *actos de adquisición* del literal b) del artículo 4 de la LGSNBE, como si fueran objetos radicalmente distintos. La verdad, es que ambas son actuaciones jurídicas para la incorporación general de nuevos bienes públicos surgidos de distintas técnicas (como las propias del *portafolio inmobiliario de los bienes estatales*, los contratos estatales de compra-venta de predios o las dificultosas donaciones particulares a favor de entidades concretas). Aunque debe respetarse sus fuentes distintas, se trata de operaciones administrativas auto-organizativas que comparten similar naturaleza jurídica y un mismo propósito adquisitivo que es irrefutable. Finalmente, todas acabarán en necesarios actos de administración. Valga todo esto como mi crítica directa a la reciente introducción del párrafo agregado por la primera disposición complementaria modificatoria de la LSNA, que antepone su esencia logística a la *ratio* de las categorías involucradas.

³⁷ Es decir, titularidad en el sentido de concepto capaz de soportar toda clase derechos reales administrativos, los cuales han sido debidamente configurados en nuestra legislación de bienes públicos. *Vid.* García-Trevijano Fos, José Antonio; “Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español” en RAP, número 29, 1959, p. 12.

³⁸ Como sucede con los predios estatales no inscritos y “que no constituyan propiedad de particulares, ni de las Comunidades Campesinas y Nativas”, supuestos todos en los que el Legislador los considera como parte del “dominio del Estado”. Ver el artículo 36 de la LGSNBE.

particularidades por clases específicas³⁹ y sin que exista un derecho subjetivo de por medio (como sucedería con la propiedad de las personas preceptuada en los artículos 70 y 71 de la CP)⁴⁰, aunque aparezcan ciertos tintes o rasgos propietarios en nuestra legislación (que serán explicados en otro trabajo).

Por tanto, estamos en presencia de un *dato subjetivo* que configura toda forma de relacionamiento pues la organización administrativa ejerce indistintamente su titularidad sobre el bien mediante: (i) sus *formas jurídicamente naturales* manifestadas -sin dudas- en los bienes demaniales o de dominio público (mediante potestades administrativas sometidas a la presunción iuris tantum de legalidad⁴¹), (ii) mediante *categorías instrumentalmente extraídas del Derecho privado* aunque ligadas a un núcleo jurídico-público⁴² imposible de rebatir en cada caso concreto (esencialmente mediante el derecho de propiedad “con todos sus atributivos”⁴³ y otras categorías que no implican traslado de titularidad).

Estas mencionadas formas jurídicas de la titularidad de las organizaciones administrativas sobre los bienes públicos dan lugar luego a lo

³⁹ Como retraté para los recursos naturales y sus singulares titularidades públicas (y privadas). Ver mi trabajo “La construcción jurídica de los recursos naturales en Perú”...Ob. Cit. p. 376-377.

⁴⁰ Al respecto, debe entenderse que las tesis mayoritarias y eclécticas del derecho subjetivo se refieren a éste “como el poder otorgado por el ordenamiento jurídico para la protección y respecto de determinados integres que se suelen calificar como “propios” del titular de tales poderes, sin referencia alguna a si esos intereses se encuentran o no reconocidos por el ordenamiento jurídico, o lo que es lo mismo, si constituyen intereses jurídicos”. *Vid.* Agudo González, Jorge; “Evolución y negación del derecho subjetivo” en Revista digital de Derecho administrativo, número 5, 2011, p. 42. Por el contrario, en Perú defiende la idea de que los bienes públicos se basan exclusivamente en una singular “propiedad statey”, nunca en un auténtico derecho individual. *Vid.* Jiménez Murillo, Roberto; “El regimen legal de los bienes del Estado”, PUCP, Lima, 2020, pp. 13-30.

⁴¹ Ver definición de bienes de dominio público del literal a) numeral 2.2 del RLGSNBE que preceptúa que sobre “ellos, el Estado ejerce su potestad administrativa, reglamentaria y de tutela conforme a ley”.

⁴² Por ejemplo, toda compra-venta, usufructo o superficie constituida sobre bienes de dominio privado necesitan de *actos administrativos* de la administración pública titular o la SBN que demuestren el “sustento técnico y legal” de esta operación, además de las correspondientes resoluciones de autorización que formalicen la aplicación de estas técnicas de Derecho civil. El núcleo duro de Derecho administrativo está más que reflejado en estos actos administrativos previos e indispensables para la utilización instrumental de estas categorías ius-privadas (ver el artículo 49 del RLGSNBE).

⁴³ Ver la definición de bienes de dominio privado del literal b) numeral 2.2 del RLGSNBE.

que cierto sector de la doctrina nacional ha denominado como los *modos de adquisición del dominio*, cuestiones que comparto por razones de ejemplificación, pero siempre que estos supuestos tengan como base la aparición jurídica (o no) de potestades administrativas como la gran categoría diferenciadora y de orden en medio del enjambre de supuestos de adquisición original, derivada o de institutos especiales que puedan aparecer para este propósito (tales como la expropiación forzosa o la más reciente creada extinción del dominio referida a asuntos criminales)⁴⁴.

Ahora bien, la titularidad permite expresar la fuerte *tendencia híbrida* que tienen los bienes y, en concreto, el dominio público peruano, tal como lo ha reconocido G. CHANG al asumir que en nuestro país no imperaron ni las tesis patrimonialistas, ni tampoco la postura de título de intervención que fue construida en su momento por el formidable profesor J.L. VILLAR. Aquí, de manera desordenada, se fundieron todos los posibles elementos subjetivos, funcionales y el propietario en un ordenamiento que tiene tendencia a la codificación (vía los bienes estatales), pero que de manera apresurada y en fechas más recientes se ha ido acrecentando con la aparición de nueva legislación de corte diverso (como el citado DLSNA y el nuevo régimen de bienes demaniales urbanos contenido en la LGPEP)⁴⁵.

Por otro lado, vale indicar que la titularidad pública es un elemento muy consistente y continuo. En el Derecho peruano, no siempre se presenta en la clásica fórmula de habilitación legal a favor de una específica organización administrativa; por el contrario, a partir de la decisión del Legislador, y el *papel supervisor y de recuperación general* que cumple la SBN en pos de la consolidación dominical de los bienes públicos (en concreto prediales estatales), es posible afirmar la presencia de una titularidad pública especial que podría denominarse *interpósita estatal*, que desde la reversión o asunción de dominio efectuada por la primera organización administrativa, y siempre representando al Estado en su conjunto, se manifiesta sobre terceras administraciones públicas en los siguientes supuestos: (i) por mala gestión de bienes inmuebles por parte de administraciones del Poder Ejecutivo “a partir de destino distinto a la finalidad asignada por Ley, acto administrativo u otro título”, (ii) todos aquellos que “sin tener finalidad expresa, se encuentran en

⁴⁴ Cfr. Chang Chuyes, Guillermo; “La titularidad de los bienes de la Administración Pública y sus modos de adquisición”...Ob. Cit. p. 105-110.

⁴⁵ Ibidem Ob. Cit. p. 87.

situación de abandono por parte de las entidades conformantes del Sistema Nacional de Bienes Estatales”, o, (iii) sobre los inmuebles transferidos a título gratuito a favor de Municipalidades, Gobiernos regionales o empresas públicas siempre que se compruebe “que no han sido destinados a la finalidad para la que fueron transferidos dentro del plazo consignado en la resolución de la transferencia o han sido abandonados”, y, por último, (iv) sobre los bienes públicos inmobiliarios que ninguna organización administrativa quiere debido a que no tienen “utilidad para la finalidad asignada” (ver los artículos 8 y 28 de la LGSNBE).

Sobre esta anterior cuestión, esta titularidad pública singular practicada por la SBN debe ejercitarse con arreglo estricto al principio de legalidad, respetando las autonomías constitucionalmente otorgadas a las organizaciones administrativas de los tres niveles territoriales y asumiendo claramente una instrumentalización mediante las denominadas *mutaciones demaniales*, técnica que aparece usada de manera frecuente en nuestro ordenamiento para asuntos esencialmente prediales y con tendencia de destino a grandes proyectos de infraestructura y actividad prestacional (servicios)⁴⁶. Todo esto actualmente aparece claramente recogido en el funesto y técnicamente incorrecto DLMAEI⁴⁷.

2.5. Quinto elemento: el servicio al interés público

Los bienes públicos existen para servir y salvaguardar al *interés público*, no importando en este propósito si están categorizados dentro del grupo de los demaniales o los de dominio privado. La introducción de una cosa en el alcance de una específica titularidad pública tiene un *doble efecto funcional* pues la tutela descrita se convierte en la causa de justificación para extraerla del régimen de la propiedad privada (de las iniciales manos de la libertad y los derechos constitucionales de los particulares) y, en segundo orden, es el medio comprobable acerca de su destino final. Es más, respecto a lo segundo, el Legislador ha puesto especial énfasis en que el tratamiento y

⁴⁶ Ibidem p. 97-98.

⁴⁷ Mis críticas a esta norma legal de expropiación aparecen recogidas en mi trabajo: “Las garantías fundamentales de los expropiados en el Derecho administrativo peruano” en el Vol. Col. *La expropiación forzosa en América y Europa*, Universidad del Externado, Bogotá, 2017, p. 323 y ss.

gestión de algunos de estos bienes –en concreto los *demaniales*- tengan recaudos que impidan la desnaturalización u obstaculización del “normal funcionamiento del uso público del bien o la prestación del servicio público”, apareciendo así una cláusula de protección de la utilidad efectiva a favor del interés público que se refleja en el “uso eficiente” y el permanente aprovechamiento “económico o social” del referido objeto (ver el artículo 28 y el numeral 29.1 de la LGSNBE)⁴⁸.

Es necesario prevenir al lector, que el alcance, intensidad e inmediatez de estos anteriores datos obligacionales frente al interés público no es predicable por igual respecto a los *bienes de dominio privado* de las administraciones públicas. Aunque los anteriores siguen teniendo el irrefutable compromiso de ser usados a favor del bien común. Si se quiere, estos bienes siguen teniendo carácter instrumental, pero asumiendo un papel más dúctil, indirecto y casuístico, incluso con destino lícito a posibles operaciones de mercado efectuadas por su titular (para obtener financiamiento y fondos públicos)⁴⁹. En estos supuestos el Derecho privado, de la mano de la propiedad y otros institutos (ver el artículo 48 del RLGSNBE), asume un rol protagónico y marca un sub-régimen singular que aparece claramente establecido en nuestro ordenamiento, a pesar que se mantenga un núcleo jurídico-público que siempre intenta proteger a las dos funcionalidades aquí descritas (por ejemplo, mediante la imposición de motivaciones estrictas en

⁴⁸ Incluso, esta cláusula de utilidad tiene la posibilidad de aparecer por adecuación posterior, cuando un predio que estando destinado al uso público o que sirva para la prestación de un servicio público, es afectado en otro uso a posteriori por parte de “la SBN, a favor de la entidad responsable de la administración del bien o de la prestación del servicio” (ver el artículo 46 del RLGSNBE).

⁴⁹ Esta postura se enmarca en los intentos de reconstrucción de la categoría expresados por F. López-Ramón, partiendo por la idea de que el servicio al interés público no se presupone con la mera titularidad pública del bien. Se necesita efectividad y actualización permanente en esas tareas de salvaguarda. Así, este autor indicaba que las “especialidades de los bienes públicos con respecto a los de particulares han de justificarse en específicas razones de interés público que no cabe suponer siempre concurrentes. En tal sentido, es un apriorismo afirmar, como hace algún autor, que topo bien perteneciente a un ente público cumple directa o indirectamente funciones de interés general. La preferencia que damos a los fines públicos no puede convertirse en instrumento de sumisión incondicionado”. *Vid.* López-Ramón, Fernando; “Los bienes públicos en la codificación civil latinoamericana” en Vol. Col. *El dominio público en Europa y América Latina*, CDA, Lima, 2015, p. 224.

las compras-venta por encargo que aparecen preceptuadas en el artículo 49 del RLGSNBE).

En adición, vale indicar que estas dos iniciales consecuencias funcionales sujetan y producen un *límite ordinario* a las administraciones públicas ejercientes del respectivo dominio (mediante potestades) o, que practica cualquier otro derecho real de menos vigor (como las diversas formas de administración sin enajenación del bien que se explicaron antes), o, incluso que simplemente es responsable de cualquier tipo de actividad material o técnica (como los saneamientos técnico-legales o contables). Es un límite que se concretiza en la densa *motivación* de los respectivos actos administrativos que puedan existir a lo largo de la gestión general de la cosa (ver el artículo 34 del RLGSNBE) y el *cuidado* diligente y permanente por parte del titular (y subsidiariamente de la SBN) acerca de su destino, pudiendo ambas actuaciones ser controladas a posteriori en vía administrativa y judicial. Esto determina además que todos los bienes públicos queden marcados estrictamente como medios instrumentales completamente “teleologizados por la ley”⁵⁰ (por todos ver el artículo 28 de la LGSNBE y el literal b) numeral 9.2 del RLGSNBE).

Pero el dominio funcional de los bienes públicos produce otras *cuatro* cuestiones adicionales que se reflejan en nuestro Derecho, temas todos de precisión conceptual y conformación más actual de la teoría general de esta categoría que merecen ser explicados por presentar ciertos datos singulares. Más todavía, si en nuestro país siguen existiendo voces erráticas que no precisan los elementos de los bienes públicos, menos sus clases y simplemente combinan términos para extraer supuestos institutos singulares (como bienes de uso público, del servicio público o de utilidad general), todas voces que terminan por confundir a los operadores⁵¹. Es decir, extraen supuestas categorías a partir de combinar los adjetivos calificativos que acompañan al

⁵⁰ Chang Chuyes, Guillermo; “La titularidad de los bienes de la Administración Pública y sus modos de adquisición”...Ob. Cit. p. 84.

⁵¹ En este punto me estoy refiriendo a un importante sector de la doctrina civilista peruana, qué, sin previamente definir lo pertinente, plantea categorías entremezcladas. Evidentemente, la teoría expuesta en este trabajo se opone a estos desordenados y poco dogmáticos postulados ius-privatistas. Por todos ver Torres Vásquez, Aníbal; “Bienes del Estado” en Revista Docentia e investigatio, volumen 5, número 8, 2003, p. 35 y ss.

sustantivo (el dominio público a secas). Lo anterior obliga a la realización de un verdadero sistema conceptual del dominio funcional aquí expuesto:

- (i) En primer término, no debe confundirse demanialidad, uso público, afectación, desafectación y servicio al interés público como un solo instituto de los bienes públicos peruanos. Es claro, a partir de estos disímiles elementos conceptuales existentes de nuestros grupos legislativos vigentes, que todos los bienes públicos existen y tienen como presupuesto y vocación de destino el interés público, pero siempre con distintos niveles de potencia, inmediatez prestacional o de efectiva tutela jurídica hacia el bien común, no importando en esto si están considerados como bienes demaniales o de dominio privado. En consecuencia, adelanto que la determinación de este *quantum demanial* es casuístico y viene impuesto por nuestro siempre poco ordenado Legislador⁵².
- (ii) En segundo lugar, la *demanialidad* es una condición otorgada jurídicamente al bien para servir directa e inmediatamente al interés público (en distintas actividades administrativas), de manera justificada, normalmente bajo reserva de ley, que permite obtener al respectivo titular el trinomio de protección establecido por la cláusula constitucional del artículo 73 (inalienabilidad e imprescriptibilidad) y el resto del ordenamiento (la inembargabilidad recogida por legislación sectorial, procesal, o coyuntural y mucha jurisprudencia). A su turno, la demanialidad para ser concretizada debe ser

⁵² En este punto nos servirá mucho la famosa *escala de la demanialidad* que ha sido recogida implícitamente en nuestro Derecho, siempre necesaria para entender la funcionalidad y servicio final de estas cosas. En nuestro Derecho, esta categoría es muy necesaria de ser introducida debido a la serie de institutos confusos que he ido relatando y la enorme cantidad de leyes sectoriales que regulan los heterogéneos bienes públicos naturales y artificiales existentes en Perú. En el Derecho español, comparte la necesidad de tener una línea de maestra y superar las deficiencias actuales de los específicos conceptos de afectación, del propio patrimonio y el dominio públicos: Moreu Carbonell, Elisa; “El debate actual sobre el concepto y naturaleza del dominio público en España” en el Vol. Col. *El dominio público en Europa y América Latina*, CDA, Lima, 2015, pp. 68-69.

declarada mediante una *afectación* que puede ser legislativamente recogida (como pasa con mucha legislación sectorial respecto a clases enteras de bienes públicos, tal como puede revisarse en el artículo 7 de la LRH)⁵³, o, mediante un específico acto administrativo que ejecute una ley habilitante (como sucede con las afectaciones declaradas por la SBN sobre bienes estatales previstas en el Segunda Disposición Complementaria Final de la LGSNBE). El contenido material de esta afectación va referida esencialmente a dar cobertura al indistinto uso público, prestaciones de servicios públicos, intereses públicos cualificados (como la defensa nacional) o proyectos de inversión enlistados por decisión previa. A su turno, y a contrario sensu, la *desafectación* es una técnica de eliminación de las obligaciones sobre cualquiera de los mencionados contenidos materiales, incluso -en genérico- del servicio directo hacia el interés público de un determinado bien público, permitiendo su introducción en otras formas de administración o enajenación definitiva mediante técnicas propias del derecho de la propiedad y otros derechos administrativos reales (ver el artículo 43 del RLGSNBE). Finalmente, el *uso público o común* es sólo una de las obligaciones particulares de utilización de un bien público (afectado o no), sin que sea el único o excluyente (los demaniales puede también tener otros usos de aprovechamientos especiales). Incluso el uso público también puede ser aplicado sobre bienes de titularidad privada (como se explicará en los supuestos de puertos y el patrimonio histórico-cultural).

⁵³ A estas afectaciones generales de bienes públicos por vía legislativa se les puede considerar como ejemplos de *publicatio*, en tanto, son extracciones fuera del ámbito de las personas (y sus libertades), debiendo considerarse como auténticas reservas dominicales a favor de una concreta organización administrativa. Vid. Martínez López-Muñiz, José Luis; “La publicatio de recursos y servicios” en Vol. Col. *Estudios de Derecho Públicos. Estudios homenaje a Sebastian Martín-Retortillo*, Cívitas, Madrid, 2000, p. 960.

- (iii) Todos los bienes públicos a partir de la ejecución de los fundamentales actos de administración, deben ser introducidos en verdaderos ciclos de gestión para protegerlos, luego determinar o perfilar el tipo de servicio concreto que tendrán al interés público y finalmente asegurar su permanente o temporal utilidad pública. Es más, el dominio funcional imperante implica aceptar la importancia final de la *explotación económica y social* de todos los bienes públicos⁵⁴ eliminando de plano un dominio de las manos muertas, de mero tenedor material, de la afectación formal sin efectos jurídico auténticos a favor de bien común o, lo que mucho peor, de una prohibida tendencia especulativa del titular administrativo. Por tanto, estamos en presencia de una titularidad pública que asume el proceso “de tres etapas sucesivas: Conservación/Gestión/Valorización”⁵⁵ (ver el artículo 28 de la LGSNBE).
- (iv) Por último, el dominio funcional se manifiesta en una dinámica esencial de origen francés⁵⁶: la *valorización continúa* de todos los bienes propios por parte del titular y la SBN bajo el marco de la eficiencia administrativa general exigible en el SNBE (ver el artículo 5 de la LGSNBE), siendo un principio esencial que puede ser extrapolado a todos los regímenes especiales de bienes públicos existentes en nuestro Derecho (tal como por ejemplo lo recoge el nuevo DLED). Al respecto, nuestro ordenamiento ha recogido la idea de que los bienes sean permanentemente evaluados en base a criterios económicos y sociales, para saber si deben ser demaniales, de

⁵⁴ Cfr. Pimiento Echeverri, Julián; *Derecho administrativo de los bienes...* Ob. Cit. pp. 25-26.

⁵⁵ Ibidem p. 24.

⁵⁶ Los datos sobre los orígenes de la figura y la transformación actual en una valorización que sirva a la utilidad pública, puede ser revisada en Pimiento Echeverri, Julián; *Derecho administrativo de los bienes...* Ob. Cit. p. 24 y ss. También reconoce la importancia actual de este instituto Fernández Scagliusi, María de los Ángeles; *El dominio público funcionalizado...* Ob. Cit. p. 125 y ss. Con datos cortos y mostrándose abiertamente en contra a la valorización de bienes públicos se coloca Moreu Carbonell, Elisa; “El debate actual sobre el concepto y naturaleza del dominio público en España”... Ob. Cit. pp. 77-79.

dominio privado, quedarse necesariamente en manos públicas (siendo la desafectación y subasta pública técnicas de frecuente aplicación)⁵⁷, o incluso ser materialmente destruidos⁵⁸. Por tanto, la gestión de estas cosas públicas, no importando su cercanía o lejanía respecto a obligaciones de servicio al interés público, queda marcada por un permanente trabajo para encontrar un “eficiente uso”. En suma, como bien se ha afirmado, cuando “una Administración pretende valorizar no puede esto significar solamente conseguir los máximos beneficios de todos sus bienes, sino administrar su patrimonio, gestionarlo manteniendo y asegurando el cumplimiento de finalidades públicas, pero intentando también la consecución de los ingresos complementarios que sean posibles, para poder destinarlos a la mejora del interés general”⁵⁹ (ver el literal c) del numeral 14.1 y el artículo 28 de la LGSNBE y el artículo 36 del RLGSNBE).

2.6. El concepto de bien público que se defiende

A partir de una mezcla entre las vertientes orgánicas y funcionales que aparecen tras los cinco elementos antes reseñados, puedo sostener que los bienes públicos son siempre cosas apropiables por una administración pública, no importando sus naturalezas corpóreas, incorpóreas, naturales o artificiales, que bajo titularidad y otros derechos reales menores -lícita y previamente autorizados- por el ordenamiento (sean por mandatos generales legales o

⁵⁷ El ejemplo más interesante sobre la valorización continua de bienes públicos es el conjunto de actividades realizado por el PRONABI respecto a bienes sometidos a la extinción de dominio. Si estas cosas “son fungibles, perecibles (...) por su naturaleza o características pueden ser objeto de pérdida o deterioro, incluidos semovientes; así como aquellos cuya custodia o conservación resulta muy nervosa para el PRONABI, pueden ser objeto de venta por subasta pública anticipada, previo informe del área responsable del proceso de subasta anticipada del mismo programa” (ver el numeral 81.1 del RDLED).

⁵⁸ Tal como se recoge en la actualidad en el régimen de extinción de dominio para diversos supuestos de destrucción y chatarrización de bienes públicos (patrimoniales) judicialmente extraídos y que quedan bajo administración de la PRONABI. Los supuestos concretos de estas figuras de eliminación material aparecen establecidos en el artículo 82 del RDLED.

⁵⁹ Fernández Scagliusi, Maria de los Ángeles; *El dominio público funcionalizado...* Ob. Cit. p. 132.

mediante concretos actos administrativos), pasan siempre a formar parte de una colección ordenada y jurídicamente exigible denominado patrimonio público. Ahora bien, todos estos bienes públicos tienen diferentes formas de servicio a los intereses públicos, siendo obligatorio que tenga un destino funcional, práctico, pre-fijado u operativo hacia ese objetivo *extra commercium*, pues –por exigencia constitucional de nuestra subsidiariedad horizontal⁶⁰– éstos no podrían servir para ser formas de lucro, especulación velada o, lo que sería peor, ser medios ilegales empresariales (todas operaciones basadas en los respectivos derechos reales que pueden aparecer tras estas cosas).

Ahora, y es necesario aclararlo desde la vertiente funcional, que existe una escalera de servicio al interés público que determina luego la tipología, régimen aplicable e instrumentos de tutela de cada bien público. Ésta es una escala sucesiva de cercanía y lejanía respecto a la instrumentalidad y funcionalidad efectiva de servicio a un objetivo de interés público que puede tener un específico bien público. Por ende, no todos son iguales ni merecen el mismo tratamiento jurídico (no todos pueden estar sometidos ni nacen bajo condición demanial), así incluso puedan estar catalogados como de dominio público o privado (dentro de estas dos formas de clasificación hay diversas intensidades y particularidades de cara al interés general). En nuestro Derecho, desde una modélica del TC⁶¹ se sostiene que lo lejano, inmediato, directo o indirecto que pueda ser la asistencia y protección hacia los intereses públicos recaída sobre un bien público, permite, en paralelo, una posible justificación jurídica y técnica para que éste pueda ser considerado demanial o de dominio privado⁶².

⁶⁰ Sobre este principio fundamental puede revisarse mi monografía: *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal. Liberalización de sectores y el surgimiento de la Administración Pública Regulatoria en Perú*, Palestra, Lima, 2019.

⁶¹ Ver la sentencia del TC recaída en los Exp N.º 015-2001-AI, N.º 016-2001-AI/TC Y N.º 004-2002-AI (ACUMULADOS), FJ. 19-26.

⁶² La escala de demanialidad planteada por el profesor francés L. Duguit fue reconocida por varios autores españoles (SAINZ MORENO o LÓPEZ-RAMÓN). Su introducción a nuestro idioma se da por su conveniencia para explicar la heterogeneidad de la realidad pública y la intervención administrativa que corresponda. En concreto, fue planteada para mostrar las diferencias las profesiones u oficios respecto a la intensidad del control administrativo o para demostrar las grandes distancias funcionales en los propios bienes públicos y sus respectivos regímenes jurídicos. *Vid.* López-Ramón, Fernando; “La modernización de los recursos contra

Por otro lado, considero que no es conveniente confundir los bienes públicos con la su-división normativa de estatales, regionales, municipales o de ordenación sectorial, pues los primeros son la especie general que involucraría exclusivamente a aquellos que están bajo titularidad pública exclusiva de una organización administrativa (“entidad administrativa”), no importando su forma de adquisición, su tipología, naturaleza propia, o si sirven o no a otro poder público (como pasaría con los del servicio parlamentario o de la administración del Poder Judicial), su acercamiento o no al dominio público constitucional, la clase de interés público al cual sirve, o el aprovechamiento y gestión por parte de sus correspondientes titulares administrativos o, en casos concretos, a través de terceros intervinientes legítimos o irregulares (concesionarios, poseedores, tenedores materiales, precarios, etc.). En cualquier caso, el adjetivo estatal, regional o municipal hace alusión a un componente de concreción de la titularidad pública involucrada (en cabeza de una organización administrativa que pertenece a un nivel de gobierno exacto), el correspondiente sistema de fuentes aplicable al caso concreto y la especificación final del patrimonio público al que se destina el bien público.

En el mismo sentido, tampoco resulta conveniente entretenerse con las partículas introducidas por el artículo 73 de nuestra CP⁶³ y en cierta doctrina civilista y constitucional que presentó a los “bienes de uso público”, “bienes de dominio público” u otras cuestiones secundarias que aparecen ligadas al *dominio público* (incluyendo las relaciones de particulares vía mecanismos concesionales), puesto que éstos no son institutos por sí mismos. Por el contrario, a desmedro de las tesis que defienden ardorosamente lo contrario, el uso público y otras características extraídas del dominio público son elementos funcionales que permiten una mejor salvaguarda y gestión de éstos, pero por si solos no los definen, tampoco sirven para especificarlos de mejor manera frente a otros, menos pueden ser consideradas nociones jurídicas de agrupamiento frente a su tipología heterogénea. Sus objetivos son

las calificaciones de los registradores de la propiedad, entre la tradición, la administrativización y la fragmentación” en RAP, número 175, 2008, pp. 33-34.

⁶³ Estas confusiones terminológicas y una crítica pequeña fueron presentadas en el trabajo de Danos Ordoñez, Jorge; “Evolución y formación del concepto de bienes del Estado (privados y de dominio público) en el Ordenamiento jurídico peruano” en el Vol. Col. *El dominio público en Europa y América Latina*, CDA-RIBP, Lima, 2015, p. 537.

más modestos en su alcance, y, además, a partir de datos teóricos más recientes, algunas se presentan como usuales o predicables también respecto a ciertos bienes de propiedad privada (los bienes de interés público).

Por último, a partir de lo explicado, considero que los bienes públicos es la nomenclatura-categoría general precisa para asumir, a continuación, una distinción de los regímenes y una posible introducción ordenada de las fuentes jurídicas pertinentes. No es igual señalar dentro de los primeros al sistema de los bienes estatales⁶⁴, que quizás asumir las fuentes mezcladas o muy propias de los bienes regionales, municipales o sectoriales⁶⁵. Aunque, siempre cabe siempre reconocer que –al menos en la tipología predial- lo establecido por la LGSNBE termina siendo un régimen muy influyente sobre los otros (debido al número de cosas involucradas, el nivel de detalle de sus técnicas reguladas para la adquisición y tratamiento respectivos, y, como no, la tendencia a darle una primacía expansiva aplicable en la ejecución de cualquier actividad de corte inmobiliario).

3.- La infraestructura pública necesita de la teoría de los bienes públicos

3.1. La infraestructura pública es un nombre vacío en el Derecho peruano

Al inicio de este trabajo había señalado lo sinuoso del concepto de infraestructura pública, cuestión que se extiende a sus evoluciones posteriores como las infraestructuras en red y las infraestructuras multi-modales que han aparecido en fechas más recientes para definir a emprendimientos altamente tecnificados, con uso intensivo de capital y de servicio a varios intereses públicos. Es claro, entonces que ante las primeras estamos frente a nociones extrajurídicas que sirvieron para explicar una evolución específica de la obra

⁶⁴ La idea que defiendo es contraria al carácter codificador y monolítico que le dan Danos y Jiménez Murillo a los bienes estatales y su régimen. Ver los trabajos respectivos de estos autores: Danos Ordoñez, Jorge; “Evolución y formación del concepto de bienes del Estado...Ob. Cit. p. 543 y Jiménez Murillo, Roberto; *Comentarios al Sistema Nacional de Bienes Estatales*, Ariel Editores, Lima, 2010, p.

⁶⁵ En este punto me alejo de lo alegado por el profesor G. Chang, para quien en aras de “no complicar el tratamiento de los bienes públicos”, usa de manera indistinta “los términos bienes de la Administración Pública, bienes estatales y bienes públicos para referirnos al conjunto de bienes que son de titularidad pública”. *Vid.* Chang Chuyes, Guillermo; “La titularidad de los bienes de la Administración Pública y sus modos de adquisición”...Ob. Cit. p. 85.

pública (resultados finales del avance de los sistemas constructivos y la propia tecnología), y que, como bien desentrañó VILLAR EZCURRA, valieron para integrar “elementos no tangibles (servicios) y, sobre todo, su contenido finalista en el sentido que engloba todo lo indispensable para que funcione una organización. De esta forma se admite que formen parte de las infraestructuras elementos materiales e inmateriales (...) haciendo patente que se trata de una ampliación de la expresión tradicional de la obra pública”⁶⁶.

La segunda mitad del siglo XX fue testigo de esta transformación, teniendo como ejes de cambio a los conceptos civilistas de obra y el propio entendimiento de las obligaciones contractuales que debieron adaptarse a la introducción de tecnología de todo tipo. Estas últimas resultaban indispensables para operar instalaciones físicas y poder brindar servicios masivos a los ciudadanos, incluso con la posibilidad de que sean consideradas como “activos indispensables” para que la infraestructura sea tal y produzca prestaciones a favor de terceros. En la actualidad, este proceso de desmaterialización y deslocalización de elementos intangibles ha ido creciendo de una manera exponencial y es parte de la vida diaria de todos, tanto que también ha impactado en el propio derecho de propiedad, tal como lo planteó el profesor SANTAELLA⁶⁷. En paralelo, como notará el lector, el problema de la titularidad de las infraestructuras (y cualquiera de sus modalidades, clasificaciones o evoluciones ingenieriles), ha sido abandonado tras el utilitarismo y el uso público (no importa si es privada o pública, lo importante es que la infraestructura sirva a los derechos constitucionales de los usuarios involucrados).

Sin embargo, a partir de estas cuestiones que parecen irrefutables y poco tratadas en la doctrina actual, surgen varias preguntas que perfectamente podemos trasladar a nuestro Derecho administrativo, partiendo por: ¿este abandono conceptual puede ser aceptado en Perú? ¿nos podemos dar el lujo de que no definamos nada de titularidades públicas y derechos de propiedad privados en el contenido de un proyecto de infraestructura pública? ¿el uso público y el servicio a los terceros de una infraestructura basta por sí mismo? ¿el uso público es incompatible con las categorías involucradas en este

⁶⁶ Villar Ecurra, José Luis; “Las infraestructuras públicas” en Vol. Col. *Principios de Derecho público económico*, Ara Editores, Lima, 2004, pp. 688-689

⁶⁷ Cfr. Santaella Quintero, Héctor; *La propiedad privada constitucional: una teoría*, Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 249 y ss.

trabajo? Las respuestas que obtenga quizás, de alguna manera, puedan colaborar con limitar el nominalismo jurídico con el cual empecé y, además, con plantear un avance favorable sin perder las bondades del proceso peruano de liberalización, como la expulsión de la *publicatio* de los servicios (esenciales), el confinamiento del monopolio constitucional de las titularidades públicas sólo sobre algunas cosas (como las armas de guerra o las áreas naturales protegidas) y la necesidad de que los bienes públicos -para tener condición demanial- deban asumir una justificación densa y obligatoria.

Pero, para responder en el siguiente acápite, siendo estricto, ¿qué dicen nuestras fuentes jurídicas sobre las infraestructuras? Pues casi nada. En los regímenes de contratación administrativa se introduce como una palabra polisémica, sea de acompañamiento de proyectos, o para referirse a la base material de los servicios públicos, o como noción estadística y lacerante (brechas), o como objeto de las diversas modalidades de contratos (como las concesiones o proyectos en activos). Quizás lo más contradictorio sea su aparición unida a la obra (el legislador peruano utiliza abiertamente la expresión obra de infraestructura, sin entender que la última engloba a la primera, según las explicaciones antes brindadas)⁶⁸. En jurisprudencia la situación no es menos feliz, la infraestructura es todo y nada a la vez, el TC lo puede usar para referirse a un proyecto, como medio instrumental para materializar algunos derechos constitucionales necesitados de la primera, o como un soporte nominal de cualquier otra categoría cercana (como la obra pública o los contratos públicos). Ni siquiera nuestro RNE, norma técnica especializada en construcción, ha puesto algún énfasis en definirla de manera autónoma, y hasta ahora continúa unida, de manera inescindible, a la obra⁶⁹.

En conclusión, estamos en presencia de un nombre completamente vacío de conceptos jurídicos, que no tiene ningún elemento o contorno propio, al cual se le muestra con una importancia capital para el país, pero que las fuentes peruanas han abandonado por completo y esto no se condice con lo que se predica (¿cómo se puede estimar que algo es importante pero no se le

⁶⁸ Por todos, ver los diversos artículos de la reciente LAPP.

⁶⁹ En la actualidad, el RNE sigue definiendo la obra civil sólo desde la edificación física y siempre reduciendo el alcance de la noción de infraestructura. La definición señala los siguientes términos: “la obra civil comprende la construcción de infraestructura vial, servicios públicos, equipamiento y/o cualquier otro tipo de estructura. No se incluyen edificios” (ver norma técnica G.040 definiciones del RNE).

define?). En el fondo, la infraestructura es la demostración que la introducción de conceptos foráneos y extrajurídicos, no significa necesariamente un afianzamiento automático del Derecho receptor, aunque pueda sonar muy sofisticado su planteamiento (o su lectura en un contrato administrativo o laudo arbitral). Se necesita algo más que estos huecos y nombres privados de teoría para afrontar la realidad tan compleja que impera en nuestro país.

3.2. A modo de conclusión: los bienes públicos dan sentido jurídico a la infraestructura (pública o privada)

A partir de las deficiencias mostradas, cabe asumir que la dogmática es muy necesaria para resolver la vaguedad de la infraestructura en el Derecho peruano. Incluso, para salvar su funcionalidad efectiva dentro de un determinado proyecto y su disolución detrás de categorías jurídicas que tienen su propia existencia. Lo que necesita es definirla, retomar su conexión con las titularidades públicas y el derecho de propiedad privados, a fin de poder engazarla en las realidades contractuales públicas o privadas en la que se ve involucrada. Para dar algunas soluciones prácticas planteo lo siguiente:

- (i) En el fondo la infraestructura debe ser definida desde las titularidades públicas, derechos de propiedad privados u otros derechos reales públicos que se vean involucrados. La calificación adjetiva de “pública” o no dependerá, de quien finalmente asumirá la titularidad y registrabilidad final del dominio sobre el proyecto de infraestructura terminado (si pasa por completo o en parte al patrimonio público, o, puede ser asumido –en las mismas condiciones- como un derecho de propiedad de un particular en concreto).
- (ii) Además, la parte orgánica de los bienes públicos (la titularidad pública) permite identificar al conjunto de éstos aportados por una o varias administraciones públicas para un determinado proyecto. Es una colección de bienes públicos que sale de un patrimonio público constituido, identificable y rastreable. Esto, a continuación, debe permitir una valorización de lo aportado (en cabeza de la organización

administrativa) y una obligación del privado de conocer el régimen de estos bienes públicos (al menos en sus específicas titularidades públicas y funcionalidades de servicio al interés público).

- (iii) La teoría de los bienes públicos permite una clasificación del carácter demanial o de dominio privado de los bienes públicos aportados para un proyecto de infraestructura. Esto deberá quedar marcado en las obligaciones contractuales a fin de permitir que la administración pública titular se haga responsable de varias cuestiones que la atañen directamente tales como: a) los bienes demaniales solo pueden ser usados y aprovechados en un sentido funcional estricto (sin desviarse además del servicio al interés públicos normativamente indicado por el ordenamiento), b) los bienes demaniales no pueden ser tocados directamente por el privado, necesitan de un inicial impulso público (para liberarlos, registrarlos o ponerlos a disposición del objeto contractual), c) los bienes públicos de dominio privado tienen menos cargas, gravámenes y condicionantes de demanialidad, sin embargo, las primeras siempre subsisten y deben ser identificadas en las obligaciones contractuales del proyecto.
- (iv) Por otro lado, los bienes públicos deben reflejar la escala de la demanialidad en las obligaciones contractuales pertinentes de un proyecto, permitiendo una asignación de riesgos e incumplimientos contractuales acorde a esta tesis. Así, el tratamiento de los bienes demaniales de las organizaciones administrativas implicará una mayor responsabilidad pública, los bienes públicos de dominio privado podrían tener una responsabilidad compartida (salvo en situaciones demaniales de éstos), mientras los bienes completamente privados de un proyecto serán de responsabilidad superior del particular.
- (v) Finalmente, los bienes públicos en la infraestructura permiten desentrañar muchos problemas de ejecución contractual,

como las singularidades de los regímenes de bienes públicos sectoriales (que deben ser conocidos por las partes), las diferencias de titularidades públicas de los bienes públicos aportados a un proyecto (cuando por ejemplo existen convenios de encargo para la gestión licitatoria), y para superar la disociación o el desorden obligacional cuando intervienen varias administraciones públicas (sobre todo en mega infraestructuras multi-modales como líneas de metro, carreteras o líneas de tren que pasan por múltiples zonas territoriales del país).

Así entendida la infraestructura pública quedaría enmarcada como un conjunto de bienes públicos, o bienes públicos más propiedades privadas o sólo estas últimas, que quedan supeditadas al servicio funcional y efectivo de diversos intereses públicos (esto último, sea por contrato administrativo, acto administrativo o por mandato normativo expreso), cuestión última que hace nacer sobre éstas diversas limitaciones y obligaciones a favor de terceros. Lo público de las infraestructuras se debe dar siguiendo las titularidades y funcionalidades involucradas. Por tanto, como se notará, la teoría de los bienes públicos puede servir para llenar un nombre sin correlato conceptual, siendo útil desde cualquier punto de vista.

BIBLIOGRAFÍA

- Agudo González, Jorge; “Evolución y negación del derecho subjetivo” en Revista digital de Derecho administrativo, número 5, 2011.
- Baca Oneto, Víctor, “La ejecución de sentencias condenatorias de la Administración. En especial, el caso del embargo del dinero público” en revista de derecho administrativo CDA, número 2, año 2006.
- Bernal Blay, Miguel Angel; “Contrato de concesión de obras públicas” en Vol. Col *Diccionario de contratación pública*, Madrid, Iustel, 2011.
- Danos Ordoñez, Jorge; “Evolución y formación del concepto de bienes del Estado (privados y de dominio público) en el Ordenamiento jurídico peruano” en el Vol. Col. *El dominio público en Europa y América Latina*, CDA-RIBP, Lima, 2015.

Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio; *Sistema de Derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1977.

Fernández Scagliusi, Maria de los Ángeles; *El dominio público funcionalizado: la corriente de valorización*, INAP, Madrid, 2015.

García-Trevijano Fos, José Antonio; “Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español” en RAP, número 29, 1959.

González Pérez, Jesús; *Los derechos reales administrativos*, Madrid, Cívitas, 1975.

Guajardo Soto, Guillermo; “¿Qué es la infraestructura? Orígenes, giros y continuidades del concepto” en revista ARQ (Santiago), número 114, 2023.

Huapaya Tapia, Ramón; “El regimen legal y constitucional de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano (una vision desde el Derecho administrativo de los bienes públicos)” en el Vol. Col. *El dominio público en Europa y América Latina*, CDA, Lima, 2015.

Jiménez de Cisneros Cid, Francisco Javier; “Hacia un nuevo concepto de infraestructura pública/obra pública desligado del dominio público y del servicio público” en AFDUAM, número 3, 1999.

Jiménez Murillo, Roberto; *Comentarios al Sistema Nacional de Bienes Estatales*, Arial Editores, Lima, 2010.

“El regimen legal de los bienes del Estado”, PUCP, Lima, 2020.

“Régimen de la propiedad estatal en nuestro sistema jurídico nacional” en revista Themis, número 39, 1999.

López-Ramón, Fernando; “La modernización de los recursos contra las calificaciones de los registradores de la propiedad, entre la tradición, la administrativización y la fragmentación” en RAP, número 175, 2008.

“Los bienes públicos en la codificación civil latinoamericana” en Vol. Col. *El dominio público en Europa y América Latina*, CDA, Lima, 2015.

“Teoría jurídica de las cosas públicas” en RAP, número 186, 2011

Martínez López-Muñiz, José Luis; “La publicatio de recursos y servicios” en Vol. Col. *Estudios de Derecho Públicos. Estudios homenaje a Sebastian Martín-Retortillo*, Cívitas, Madrid, 2000.

Moreu Carbonell, Elisa; “El debate actual sobre el concepto y naturaleza del dominio público en España” en el Vol. Col. *El dominio público en Europa y América Latina*, CDA, Lima, 2015.

Morand-Deviller, Jacqueline; “Los bienes públicos y el derecho de propiedad” en revista de estudios de la Administración local y autonómica, número 317, 2011.

Pimiento Echeverri, Julián; *Derecho administrativo de los bienes*, Universidad del Externado, Bogotá, 2015.

“Reflexiones en torno a la división de los bienes públicos en el Código Civil” en Revista de Derecho Privado, número 21, 2011.

Ruiz Ojeda, Alberto; “El Eurotunnel. La provision y financiación de infraestructuras públicas en regimen de concesión” en RAP, número 132, 1993

Santaella Quintero, Héctor; *La propiedad privada constitucional: una teoría*, Marcial Pons, Madrid, 2019

Torres Vásquez, Aníbal; “Bienes del Estado” en Revista Docentia e investigatio, volumen 5, número 8, 2003.

Vergaray D’arrigo, Giuliana y Huapaya Tapia, Ramón; “Algunos apuntes en relación con la participación público-privada y su vinculación con el Derecho administrativo y la inversión en infraestructura y servicios públicos” en RDA, número 3, 2007

Vignolo Cueva, Orlando; *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal. Liberalización de sectores y el surgimiento de la Administración Pública Regulatoria en Perú*, Palestra, Lima, 2019.

“Las garantías fundamentales de los expropiados en el Derecho administrativo peruano” en el Vol. Col. *La expropiación forzosa en América y Europa*, Universidad del Externado, Bogotá, 2017.

La construcción jurídica de los recursos naturales en Perú”, en Vol. Col. monografías de la RAarAp, Zaragoza, 2018, XVII.

Villar Ecurra, José Luis; “Las infraestructuras públicas” en Vol. Col. *Principios de Derecho público económico*, Ara Editores, Lima, 2004.

Zuñiga Alemán, Laura; “Project finance de proyectos de infraestructura” en revista Themis, número 62, 2012.

Zuñiga Alemán, Laura y Manayalle Chirinos, Alejandro; “Sanciones administrativas y penalidades en concesiones administrativas del transporte” en revista Themis, número 69, 2016.

ABREVIATURAS

CC	CÓDIGO CIVIL
CDA	CÍRCULO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
CP	CONSTITUCIÓN PERUANA
DLSNA	DECRETO LEGISLATIVO DEL SISTEMA NACIONAL DE ABASTECIMIENTO
DLMAEI	DECRETO LEGISLATIVO MARCO DE ADQUISICIÓN Y EXPROPIACIÓN DE INMUEBLES
LAPP	LEY DE ASOCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADA
LBD	LEY DE BASES DE LA DESCENTRALIZACIÓN
LOPE	LEY ORGÁNICA DEL PODER EJECUTIVO
LOM	LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES
LOGR	LEY ORGÁNICA DE LOS GOBIERNOS REGIONALES
LGPP	LEY GENERAL DE PRESUPUESTO PÚBLICO
LGPEP PÚBLICOS	LEY GENERAL DE GESTIÓN DE LOS ESPACIOS PÚBLICOS
LGSNBE ESTATALES	LEY GENERAL DEL SISTEMA NACIONAL DE BIENES ESTATALES
LMAFE	LEY MARCO DE ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL ESTADO
LRH	LEY DE RECURSOS HÍDRICOS
RAP	REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
RAarP	REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
RLGSNBE	REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DEL SISTEMA NACIONAL DE BIENES ESTATALES
RNE	REGLAMENTO NACIONAL DE EDIFICACIONES
SBN ESTATALES	SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE BIENES ESTATALES
TC	TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

REGIME JURÍDICO DOS BENS PÚBLICOS E SUA RELEVÂNCIA PARA OS PROJETOS DE INFRAESTRUTURA NO BRASIL

André Saddy

Pós-Doutor pelo Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford, Doutor Europeu em “Problemas actuales de Derecho Administrativo” pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid, com apoio da Becas

Complutense Predoctorales en España, Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com apoio do Programa Alβan,

Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina, pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito

Público e Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor de direito administrativo da Faculdade de Direito, do Mestrado em Direito Constitucional e do Doutorado em Direitos, Instituições e Negócios da

Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor de direito administrativo do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

(PUC-Rio). Diretor Executivo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). Presidente Honorífico do Centro de Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ).

Idealizador e Coordenador do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Sócio-fundador do escritório Saddy

Advogados. Consultor e parecerista.

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

Professora da Faculdade de Direito da Fundação Getulio Vargas no Rio de Janeiro (FGV Direito Rio). Doutora e mestra pela Faculdade de Direito da USP. Diretora

Acadêmica da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE). Foi

Distinguished Visiting Professor na George Mason University – A. Scalia Law School.

Sumário: I. Breve introdução sobre a disciplina dos bens públicos no Brasil; I.1 Terras Devolutas; I.2 Terrenos de Marinha; II. Classificação e características dos Bens Públicos; III. Instrumentos de uso dos bens públicos para fins de projetos de infraestrutura; III.1 Enfitese (“Aforamento Público”); III.2 Concessão Real de Uso; III.3 Ocupação; III.4 Autorização, permissão e concessão de uso de bem público; IV. Reversão de bens; V. Preocupação dos projetos de infraestrutura com a sustentabilidade no uso dos bens públicos; VI. Participação social nos projetos de infraestrutura; VII. Conclusão

I. Breve introdução sobre a disciplina dos bens públicos no Brasil

O Código Civil brasileiro define bens públicos a partir do critério subjetivo, determinando, em seu art. 98, que “*são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem*”.

No entanto, ciente da insuficiência dessa definição legal, relevante parcela da doutrina reconhece que também se incluem nessa categoria bens pertencentes a pessoas jurídicas de direito privado que estejam afetados à prestação de um serviço público ou a uma finalidade pública relevante, submetendo-os ao regime jurídico de direito público¹.

¹ Como ressaltado, há divergência no que diz respeito ao conceito de bens públicos no Brasil. São três as correntes existentes.

A primeira segue a definição do art. 98, do Código Civil, que diz que são bens públicos os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, seja integrante da Federação ou entidade da Administração indireta (autarquias e fundações públicas de direito público). Para os que concordam com o conceito legal, os bens integrantes do patrimônio das empresas públicas e sociedades de economia mista são bens privados, dada a natureza dessas entidades, é dizer, pessoas jurídicas de direito privado. Entretanto, por força da sua destinação pública, podem se submeter a um regime especial, mas jamais serão considerados bens públicos, em homenagem ao princípio da continuidade do serviço público, que exige que determinadas atividades sejam prestadas de forma ininterrupta e contínua. Ocorre que nem todos concordam com o conceito legal.

Para outros, são bens públicos os bens pertencentes à Administração Pública como um todo, logo, todas as pessoas jurídicas de direito público e privado, desde que integrantes da Administração Pública, possuem bens públicos. Desse modo, a categoria de bens públicos abrange o patrimônio das entidades estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) que são dotadas de personalidade jurídica de direito privado. Entendem que as empresas estatais, embora sejam pessoas jurídicas de direito privado, integram as pessoas jurídicas de direito público interno, assim seus bens também são públicos. Essa inclusão gera para essas pessoas jurídicas certos privilégios e formalidades decorrentes do regime jurídico dos bens público, que também pode não ser adequado. Tem, também, quem entenda que são bens públicos aqueles bens pertencentes às pessoas de direito público bem como aqueles que pertencem a pessoas jurídicas de direito privado desde que os bens estejam afetados à prestação de um serviço público ou a outra finalidade pública, como por exemplo, a ambiental. É a esta última corrente que este artigo se filia.

Sob a perspectiva funcional, SADDY e MOURA² ressaltam que um bem possa ser considerado público mesmo quando não integra formalmente o patrimônio de uma pessoa jurídica de direito público, desde que esteja afetado à prestação de serviço público. A afetação, entendida como a consagração do bem a uma utilização referente a uma utilidade pública, pode ser expressa ou tácita, e constitui elemento central na definição do regime jurídico aplicável ao bem.³ Assim, os bens públicos se justificam como instrumentos voltados à realização das funções do Estado e à produção de utilidades em benefício da coletividade.

Além da classificação quanto à destinação, os bens públicos também se distinguem em razão do ente federativo a que pertencem, podendo ser federais, estaduais, distritais, municipais ou interfederativos, sendo estes últimos pertencentes a consórcios públicos formados por entes federativos⁴.

A Constituição Federal de 1988 define alguns bens como sendo públicos e os destina à União Federal ou aos Estados. Segundo o artigo 20 da CF/88, são bens da União (i) terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei; (ii) os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; (iii) as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; (iv) as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios (exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no artigo 26, inciso II); (v) os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; (vi) o mar territorial; (vii) os terrenos de marinha e seus acrescidos; os potenciais de energia hidráulica; (viii) os recursos minerais, inclusive os do subsolo; (ix) as cavidades naturais subterrâneas e os sítios

² SADDY, André; MOURA, Emerson. A natureza jurídica dos bens das empresas estatais brasileiras: análise da controvérsia acerca do controle dos recursos repassado. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 22, p. 141-161, jul. 2019. p. 145-146.

³ Op. cit. p. 124.

⁴ SADDY, André. *Curso de direito administrativo brasileiro: volume 2*. 4 ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2025. p. 321.

arqueológicos e pré-históricos; as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

O artigo 26 da Constituição Federal, por sua vez, define que alguns bens são de propriedade dos Estados. Incluem-se entre os bens dos Estados: (i) as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União; (ii) as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros; (iii) as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União; e (iv) as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

Apesar de a Constituição Federal não trazer um rol de bens públicos municipais, FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO⁵ lembra que o texto expressamente reconhece aos municípios poder expropriatório em matéria de política urbana (art. 182, III, §§ 3º e 4º), sendo a consequência necessária o reconhecimento, ainda que implícito, de que esses entes federativos podem ser titulares de bens públicos. Além disso, a lei de parcelamento do solo expressamente estabelece, em seu art. 22, que *“desde a data de registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo”*.

A atribuição de titularidade pública federal ou estadual a certos bens por força constitucional tem efeitos diretos sobre projetos de infraestrutura, na medida em que aqueles que necessitem se utilizar desses bens necessitam obter prévio ato de consentimento estatal. Denotando a complexidade que o tema pode assumir, merece ser mencionado que a União Federal já disputou em juízo com Estado da federação a titularidade de áreas adjacentes a um rio estadual. A União alegava que, apesar de o rio ser estadual, as suas margens se enquadravam na definição de terrenos de marinha e, portanto, seriam de dominialidade federal.⁶ Esse caso ilustra que problemas de titularidade de

⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens públicos: função social e exploração econômica. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 151.

⁶ “ADMINISTRATIVO. BEM PÚBLICO. TERRENO DE MARINHA. MUNICÍPIO DE IMBÉ. RIO TRAMANDAÍ. NATUREZA JURÍDICA. IRRELEVÂNCIA. DECRETO-LEI 9.760/1946. LINHA DO PREAMAR MÉDIO DE 1831. BENS DA UNIÃO. REGISTRO IMOBILIÁRIO DE BEM PÚBLICO. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO ANTE

propriedade entre entes federativos podem surgir, por exemplo, em obras de construção de hidrovias.

O setor elétrico precisa também lidar com questões federativas em alguns casos, pois, para se instalar uma usina hidrelétrica em rio estadual, deve-se atentar tanto para a dominialidade (estadual) do recurso hídrico quanto

A OMISSÃO QUANTO À REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO DA SPU. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. 1. Cuidam os autos de Ação Ordinária ajuizada com vista à declaração de nulidade do procedimento demarcatório da linha do preamar médio de 1831, realizado pela Secretaria de Patrimônio da União - SPU, que culminou na inscrição de vários imóveis localizados no Município de Imbé/RS como terrenos de marinha e acrescidos. Alegam os autores que o Rio Tramandaí pertence ao Estado do Rio Grande do Sul, e não à União, e que possuem o domínio pleno dos imóveis, atestado pelo registro imobiliário. 2. O Tribunal *a quo* manteve a sentença de procedência da demanda, sob o fundamento exclusivo de que "o Rio Tramandaí possui nascente e foz no Estado do Rio Grande do Sul, não fazendo limite com outro Estado e nem se estendendo até outro território. Assim sendo, pertence ele ao Estado, por força da Constituição Federal". 3. Todavia, apesar de o Rio Tramandaí pertencer ao Estado do Rio Grande do Sul (fato incontroverso), é possível que haja em sua margem áreas que constituam terrenos de marinha (art. 2º, "a", do Decreto-Lei 9.760/1946). Basta, para tanto, o preenchimento dos requisitos insertos no mencionado artigo: que os imóveis estejam situados na faixa de 33 metros, a contar da linha do preamar-médio de 1831, para dentro da terra; e que as áreas banhadas pelo mar sofram a influência das marés, entendidas como a oscilação periódica de cinco centímetros, pelo menos, do nível das águas, que ocorra em qualquer época do ano (art. 2º, parágrafo único). 4. No Direito brasileiro, ao contrário de outros países, tanto o Código Civil de 1916 como o de 2002 adotaram o sistema de presunção relativa ou *iuris tantum*, segundo o qual a transcrição do título no Registro Imobiliário assegura o domínio, mas admite elisão por meio de prova em contrário. 5. Inoponíveis ao Estado títulos de propriedade referentes a bens que, pela Constituição ou lei, integram o seu domínio. Registrar em Cartório imóvel de terceiro (pior, se integrante do patrimônio público), em vez de assegurar direito incontestável, caracteriza violação frontal à legislação, ou mesmo má-fé, pois não se admite que à força imperativa e inafastável da norma jurídica se oponha ato registrário, que por isso mesmo deve ser tido por inválido e incapaz de produzir efeitos. Precedentes do STJ. 6. Cumpre salientar que o Recurso Especial 968.241/RS noticia que o Tribunal de origem considerou como terreno de marinha alguns imóveis localizados no "braço morto" do Rio Tramandaí. Vê-se, assim, que há, ao menos, divergência na origem sobre a questão da existência ou não de terrenos de marinha nas margens do referido rio, a qual deve ser enfrentada pelo aresto impugnado. 7. Recurso Especial parcialmente provido para anular o acórdão recorrido e determinar a devolução dos autos ao Tribunal *a quo*, a fim de que, superado o tema acerca da natureza jurídica do Rio Tramandaí, o acórdão aprecie a matéria referente à regularidade do procedimento demarcatório efetuado pela Secretaria do Patrimônio da União - SPU, a qual considerou que os bens estão situados em terreno de marinha." (REsp n. 982.039/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/2/2010, DJe de 28/2/2012.)

para o fato de que, independentemente dessa característica, todo potencial para geração de energia hidrelétrica no território nacional constitui, por força do art. 20 da Constituição Federal, bem imaterial da União Federal.

Outra questão relevante advém do fato de que, uma vez que a propriedade dos bens é conferida pela Constituição Federal (e não por um título aquisitivo, como contrato de compra e venda), por vezes surgem dúvidas quanto à sua demarcação. Todavia, em razão do disposto em norma constitucional, é fato que, uma vez comprovada a titularidade pública, o particular tem que deixar o imóvel, em regra sem indenização, pois se entende que quem ocupa irregularmente terreno público não tem posse, mas mera detenção. O tema é, inclusive, objeto da Súmula 619 da Corte: *“a ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias”*.

Ressalva-se, no entanto, que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já reconheceu direito de indenização a particular em caso de benfeitorias úteis e necessárias, em atenção a peculiaridades do caso concreto. Na situação, havia justo título a sugerir, *prima facie*, que a propriedade seria privada. No entanto, o Tribunal limitou a indenização às benfeitorias, excluindo a terra nua.⁷

⁷ “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO DE TERRA DEVOLUTA. JUSTO TÍTULO. HIPÓTESE EXCEPCIONAL. JUSTA INDENIZAÇÃO DE BENFEITORIAS ÚTEIS E NECESSÁRIAS. POSSIBILIDADE. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. RECURSO ACOLHIDO. (...) 2. Embargos de declaração opostos contra acórdão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça que negou provimento a agravo interno, mantendo decisão que havia anulado acordo homologado judicialmente em ação de desapropriação, por reconhecer que as terras eram devolutas e, portanto, não seria devida nenhuma indenização. 4. Para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal, nos casos de particular portador de justo título sobre terras públicas, não há direito à indenização pela terra nua, mas admite-se indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias realizadas de boa-fé. 5. A ausência de ocupação indevida ou de utilização irregular do bem público pela parte embargante, aliada à peculiaridade do caso, justifica o afastamento da Súmula 619/STJ e o reconhecimento do direito à indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias, nos termos do art. 26, § 1º, do Decreto-Lei 3.365/1941. 6. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos. (EDcl no AgInt nos EDCI no AREsp n. 211.333/SP, relator Ministro Paulo Sérgio Domingues, Primeira Turma, julgado em 16/12/2025, DJEN de 19/12/2025.)

Tendo em vista a relevância para o tema, passamos a descrever abaixo alguns dos institutos constitucionalmente mencionados que fazem com que determinados bens sejam públicos *ex lege* por força constitucional.

1.1 Terras Devolutas

Como visto, a Constituição de 1988 atribui titularidade federal ou estadual às terras devolutas, a depender do território em que estiverem compreendidas.

O Decreto-Lei 9760/46, que dispõe sobre bens da União, define em seu artigo 5º que são devolutas, na faixa da fronteira, nos Territórios Federais e no Distrito Federal, as terras que, não sendo próprias nem aplicadas a algum uso público federal, estadual, territorial ou municipal, não se incorporaram ao domínio privado. Essas terras podem ser consideradas devolutas (i) por força da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, do Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854, e outras leis e decretos gerais, federais e estaduais; (ii) em virtude de alienação, concessão ou reconhecimento por parte da União ou dos Estados; (iii) em virtude de lei ou concessão emanada de governo estrangeiro e ratificada ou reconhecida, expressa ou implicitamente, pelo Brasil, em tratado ou convenção de limites; (iv) em virtude de sentença judicial com força de coisa julgada; (v) por se acharem em posse contínua e incontestada com justo título e boa-fé, por termo superior a vinte anos; (vi) por se acharem em posse pacífica e ininterrupta, por trinta anos, independentemente de justo título e boa-fé; por força de sentença declaratória.

As terras devolutas têm relevância para os projetos de infraestrutura porque a sua titularidade pública advém da Constituição Federal, de modo que a ausência de sua demarcação não impede futuros questionamentos do poder público, o que pode ter impacto adverso na segurança jurídica dos projetos.⁸

⁸ Ilustrando as controvérsias que podem advir de ações demarcatórias, veja-se o seguinte precedente do STJ, em que o Estado do Piauí pleiteava a demarcação de área em terra devoluta, sob o argumento de que os documentos que comprovariam a sua titularidade privada eram falsos: “4. A ação discriminatória é o procedimento judicial adequado para separar as terras devolutas das particulares e também se presta ao cancelamento dos títulos de domínio, não havendo necessidade da propositura de ação exclusiva para a regularidade ou nulidade dos registros imobiliários (ex vi do art. 27, c/c o art. 13 da Lei n. 6.383/1976, 214, 249 e 250 da Lei n. 6.015/1973). 5.O registro do título translativo no cartório de imóveis não gera presunção absoluta do direito real de propriedade, mas relativa, vale dizer, admite prova

A repartição constitucional das terras devolutas entre a União e os Estados tem reflexos diretos sobre projetos de infraestrutura, pois a identificação da titularidade dominial influencia a competência administrativa de sua gestão, os procedimentos de regularização fundiária e a possibilidade de transferência ou destinação dessas áreas para finalidades públicas específicas.

Além disso, a própria conceituação jurídica das terras devolutas decorre de um critério residual, segundo o qual tais bens correspondem às áreas que não foram legitimamente apropriadas por particulares e, por conseguinte, permanecem no patrimônio estatal. Trata-se de terras que retornam ou permanecem sob domínio público em razão da inexistência de titularidade privada válida, o que reforça sua natureza como reserva patrimonial pública e evidencia a necessidade de adequada identificação e

em sentido contrário (...). 6. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o EREsp 617.428/SP (DJe 17/06/2014), firmou o entendimento de que, ‘se as terras devolutas são definidas pelo critério de exclusão, cabe ao Estado na ação discriminatória demonstrar que a terra não se encontra no domínio de particular, podendo fazê-lo por meio de certidão cartorária’ ou outros meios em direito permitidos (ex vi dos arts. 333, I, e 390 do CPC/1973). 7. Relativamente à posse, concluiu o Órgão especial deste Tribunal que ‘se trata de prova negativa, de difícil ou impossível produção pelo Poder Público’, pois ‘corriqueiramente essa situação jurídica não se encontra documentada ou não é levada ao conhecimento do Poder Público’ e, em observância aos preceitos da Lei n. 6.383/1976, entendeu que a comprovação deve ser feita pelo particular ocupante. 8. Hipótese em que o Estado alegou a falsidade/nulidade dos títulos de domínio privado registrados no cartório imobiliário em nome de alguns dos recorrentes, competindo ao autor da demanda, nesse aspecto, o ônus da prova do fato alegado. 9. De outro lado, cabe a quem alega a existência de sentença transitada em julgado em que se reconhece o domínio privado fazer tal prova, competindo também ao réu interessado em obter a legitimação da posse a prova da ocupação lícita das terras públicas. 10. Aqueles que não possuem título hábil para buscar a propriedade, mas detêm legitimidade para reivindicar o seu direito possessório, notadamente se reconhecida a ocupação lícita e a existência de benfeitorias sobre as áreas, devem ser considerados habilitados na ação discriminatória. 11. Acórdão recorrido parcialmente reformado para: a) declarar a incompetência do Juiz de Direito da Vara Agrária da Comarca de Bom Jesus para dirimir os conflitos pertinentes aos registros dos imóveis efetuados em outras comarcas; b) atribuir ao Estado do Piauí o ônus de provar que os títulos de domínio privado registrados em cartório sejam nulos ou falsos, a fim de que este tenham suas transcrições canceladas; c) reconhecer a legitimidade dos recorrentes posseiros para reivindicar os seus direitos na presente ação discriminatória, competindo-lhes a prova da ocupação lícita e dos requisitos legais para a regularização da posse.” (AREsp 888195 / PI, j. em 28/02/2020)

discriminação dessas áreas para viabilizar sua utilização em políticas públicas e projetos estruturantes⁹.

1.2 Terrenos de Marinha

No direito brasileiro, define-se “terrenos de marinha” como aqueles situados em uma profundidade de 33 metros, medidos horizontalmente, a partir da posição da linha do preamar-médio de 1831, conforme estabelecido pelo Aviso Imperial de 12/07/1831 e pelo artigo 2º do Decreto-Lei 9760/46. De acordo com este dispositivo, são terrenos de marinha, em uma profundidade de 33 metros medidos horizontalmente para a parte da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831: (i) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés; e (ii) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das marés. Para os efeitos desse dispositivo legal, a influência das marés é caracterizada pela oscilação periódica de cinco centímetros pelo menos, do nível das águas, que ocorra em qualquer época do ano.

A titularidade federal dos terrenos de marinha decorre diretamente do texto constitucional, que os inclui expressamente entre os bens da União, abrangendo não apenas as áreas originariamente caracterizadas como terrenos de marinha, mas também seus acréscidos. E, por força de determinação legal, a sua definição tem por marco a linha média da preamar média de 1831. Dessa forma, aterramentos e acréscimos, naturais ou artificiais, acompanham o regime dos terrenos de marinha, sendo denominados os “acréscidos de marinha”.¹⁰ Essa previsão legal tem por consequência fazer com que se submetam ao seu regime jurídico áreas que atualmente (no século XXI) se encontram muito além da atual linha da preamar (pois a descrição alude a preamar de 1831). A natureza dominial implica a submissão dessas áreas a

⁹ MARRARA, Thiago. Bens públicos na Constituição de 1988: repartição federativa, monopolização e classificação. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, a. 18, n. 74, p. 125-146, out./dez. 2018. p. 130.

¹⁰ Decreto-lei 9760/1946. Art. 3º São terrenos acréscidos de marinha os que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagoas, em seguimento aos terrenos de marinha.

regime jurídico de direito público e condiciona sua utilização a instrumentos jurídicos específicos previstos na legislação patrimonial da União.¹¹

II. Classificação e características dos Bens Públicos

O artigo 99 do Código Civil estabelece que os bens públicos se dividem entre: (a) os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; (b) os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; e (c) os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

A classificação é tradicionalmente compreendida como fundada na destinação do bem público, servindo para definir o regime jurídico aplicável quanto ao seu uso, fruição e proteção.

Os bens de uso comum do povo caracterizam-se pela possibilidade de utilização conjunta e concorrente por toda a coletividade, ou por sua relevância social e ambiental que justifica proteção diferenciada¹². Já os bens de uso especial são aqueles afetados ao desempenho das atividades administrativas, sendo utilizados para dar cumprimento às funções estatais, podendo inclusive pertencer à Administração indireta quando vinculados à prestação de serviços públicos¹³.

Por sua vez, os bens dominicais integram o patrimônio disponível das pessoas jurídicas de direito público, sendo identificados, em regra, por exclusão, isto é, quando não estiverem afetados ao uso comum do povo nem ao uso especial¹⁴.

Assim, rodovias podem ser consideradas infraestruturas desenvolvidas sobre bens públicos de uso comum do povo (acesso livre e irrestrito de pessoas, sujeito apenas a normas de segurança do trânsito), ao passo que sítios aeroportuários são bens de uso especial (afetados a serviços aeronáuticos e aeroportuários).

São características dos bens públicos, segundo o direito brasileiro:

¹¹ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 262.

¹² id. *ibid.*

¹³ id. *ibid.*

¹⁴ id. p. 326.

(i) alienabilidade condicionada: os bens públicos são, em regra, inalienáveis, salvo a hipótese dos bens desafetados, ou seja, bens dominicais, os quais podem ser alienados, observadas as exigências do dever de licitar;

(ii) impenhorabilidade: não é admitida a penhora, o arresto e o sequestro de bens públicos, sendo o regime de execução contra a Fazenda Pública regrado pelo sistema constitucional do pagamento via precatório, conforme art. 100 da CRFB;

(iii) não oneração: não podem, sem autorização legislativa, ser utilizados como garantia sobre coisa alheia; e

(iv) imprescritibilidade: não podem ser objeto de usucapião.

Um tema de grande relevância para os bens públicos afetados a projetos de infraestrutura consiste na histórica controvérsia acerca da possibilidade de sua exploração econômica. O Código Civil admite, como regra geral, essa exploração, inclusive sobre os bens de uso de comum do povo, dispondo seu art. 103: *“o uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem”*.

No entanto, discute-se a possibilidade de cobrança pelo uso de bem público quando o requerente do uso é prestador de serviço público, como é o caso de redes de saneamento e de transmissão e distribuição de energia elétrica. O Superior Tribunal de Justiça, em linha com decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, entendeu não ser cabível a exploração econômica de bens públicos de uso comum afetados à prestação de serviço público.¹⁵ Assim, por exemplo, a União Federal não pode cobrar remuneração

¹⁵ “ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. COBRANÇA DE TAXA A PESSOA JURÍDICA RESPONSÁVEL POR SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL EM RAZÃO DA UTILIZAÇÃO DE FAIXA DE DOMÍNIO DE BEM PÚBLICO DE USO COMUM. IMPOSSIBILIDADE. ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO INTERNO PROVIDO.

pelo uso da faixa de domínio de rodovia federal para que uma concessionária de serviço público de distribuição de água instale tubulação de saneamento básico, e concessionárias de serviço público também não podem instituir essa espécie de cobrança.

III. Instrumentos de uso dos bens públicos para fins de projetos de infraestrutura

No caso de projetos de infraestrutura construídos e operados por entidades de direito público, tem-se o fenômeno da afetação. Os bens públicos são classificados, nesses casos, como bens de uso comum do povo ou de uso especial e manterão as características expostas na seção anterior enquanto o serviço estiver sendo prestado.

Quando os projetos são desenvolvidos e operados por investidores privados, faz-se necessário assegurar a posse legítima desses ativos pelo particular. O direito brasileiro possui um amplo conjunto de instrumentos para permitir o uso privativo de bem público por particulares, tais como autorização de uso, permissão de uso, concessão de uso, concessão real de uso (conforme o Decreto-Lei 271/67), aforamento (ou enfiteuse), e ocupação.

1. A Primeira Seção desta Corte Superior de Justiça alterou seu entendimento, alinhando-se à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme julgamento levado a efeito em 07/08/2025, quando da apreciação do REsp n. 2.137.101/PR, da relatoria do Exmo. Senhor Ministro Sérgio Kukina (acórdão publicado no DJEN de 18/8/2025). 2. Mesmo nas hipóteses em que ocorre a concessão à iniciativa privada para exploração de bem público de uso comum, esse não perde a destinação primitiva (pública) e, nesse panorama, revela-se não condizente com o direito pátrio a imposição de taxa, por parte da concessionária da rodovia à pessoa jurídica que presta serviço público essencial, com o fulcro de que essa última remunere a primeira a título de utilização da faixa de domínio de rodovia estadual para a passagem de infraestrutura necessária à transmissão de energia elétrica. 3. Agravo interno provido, a fim de reconsiderar a decisão agravada para, por outro fundamento, conhecer do agravo, conhecendo do recurso especial, dando-lhe parcial provimento, apenas para afastar a multa imposta pela Corte de origem quando do julgamento dos embargos de declaração”. (AgInt no AREsp n. 1.097.491/SP, relator Ministro Teodoro Silva Santos, Segunda Turma, julgado em 15/10/2025, DJEN de 22/10/2025.)

III.1 Enfiteuse ("Aforamento Público")

A enfiteuse é um instituto pelo qual o Estado permite ao particular o uso privativo de bem público a título de domínio útil, mediante a obrigação de pagar ao proprietário uma pensão ou foro anual, certo e invariável. O aforamento envolve o pagamento de foro anual e laudêmio na transferência do domínio útil do bem.

Os terrenos de marinha podem ser objeto de aforamento, conforme estabelecido no artigo 49, parágrafo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que determina que a enfiteuse continuará sendo aplicada aos terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima. Assim, o desenvolvimento de projetos portuários por particulares pode se embasar no aforamento de áreas públicas federais.

O aforamento faz com que o imóvel público se desdobre em duas dimensões: a terra nua e o domínio útil. A legislação estabelece que o titular (privado) de domínio útil deve pagar foro anual à União e laudêmio na venda do domínio útil. Nesse sentido, o STJ já decidiu que *“os bens dominicais possuem especificidades com relação à propriedade privada, que é regulada exclusivamente pelo Código Civil. Dentre elas, existe o direito de transferir onerosamente o domínio útil do imóvel mediante o pagamento de laudêmio, pois se trata, como dito alhures, de uma relação de natureza híbrida. Portanto, o contrato de compra e venda desses imóveis devem revestir formalidades sem as quais desnaturam a sua natureza jurídica. não é somente o pagamento do laudêmio que diferencia essa espécie de transferência onerosa entre vivos, mas, e, principalmente, a autorização da União para a realização do negócio jurídico. Como se trata de bem público de interesse da União, ela deve acompanhar de perto, através da Secretaria de Patrimônio da União, a realização de sua transferência, pois, como dispõe a lei, pode ocorrer a vinculação do imóvel ao serviço público. Dessa forma, “os Cartórios de Registro de Imóveis têm a obrigação de não lavrar nem registrar escrituras relativas a bens imóveis de propriedade da União sem a certidão da Secretaria do Patrimônio da União - SPU, sob pena de responsabilidade dos seus titulares”*¹⁶.

¹⁶ REsp 1590022 / MA.

Embora o Código Civil de 2002 tenha abolido a instituição de novas enfiteuses no âmbito do direito privado, o ordenamento jurídico preservou a validade das enfiteuses já existentes, bem como sua manutenção no regime jurídico dos bens públicos federais, especialmente nos terrenos de marinha e seus acrescidos, por se tratar de situações jurídicas consolidadas e protegidas como atos jurídicos perfeitos (art. 2.038 do Código Civil c/c artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal). Nesses casos, permanece o desmembramento da propriedade entre o domínio direto, pertencente à União, e o domínio útil, exercido pelo particular, o que evidencia a natureza híbrida do instituto e sua relevância para a estruturação de projetos de infraestrutura em áreas públicas estratégicas¹⁷.

A ocupação e exploração econômica de terrenos de marinha por particulares pode ocorrer por meio do regime de aforamento (ou enfiteuse pública), instituto preservado pelo ordenamento jurídico brasileiro para disciplinar a utilização de terrenos de marinha e seus acrescidos, especialmente em áreas estratégicas da orla.¹⁸ O regime determina que o particular não adquire o domínio pleno do bem, mas apenas o domínio útil, permanecendo o domínio direto com a União, o que repercute diretamente na modelagem jurídica de empreendimentos de infraestrutura¹⁹. ~

O direito brasileiro define os portos organizados como bens públicos²⁰. Dessa forma, a disciplina da exploração de terminais portuários por particulares depende, em regra, de licitação para celebração de contratos de arrendamento (terminais públicos)²¹. Fora dos portos organizados, podem ser

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 1.209.

¹⁸ Nesse sentido, dispõe o art. 49 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCTs): §3º A enfiteuse continuará sendo aplicada aos terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima.

¹⁹ Id. *ibid*.

²⁰ Lei 12.815/2013. Art. 2º. I - porto organizado: bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária;

II - área do porto organizado: área delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado; (...)

²¹ Lei 12.815/2013. Art. 5º-B. O arrendamento de bem público destinado à atividade portuária será realizado mediante a celebração de contrato, precedida de licitação, em conformidade com o disposto nesta Lei e no seu regulamento.

instalados terminais de uso privado (TUP), para os quais também será necessário comprovar regularidade da posse da área, inclusive da parcela pública (por exemplo, por meio de aforamento).²²

III.2 Concessão Real de Uso

O Decreto-Lei 271/67, em seu artigo 7º, institui a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas. As principais características desse instituto estão relacionadas a sua natureza de direito real, de modo que, em regra são transmissíveis entre particulares inter vivos ou mortis causa.

III.3 Ocupação

A ocupação é o ato administrativo pelo qual a União Federal permite o uso privativo de bem público por particular de forma precária. A principal característica desse instituto é que o consentimento estatal é revogável a qualquer tempo, sem indenização. Dessa forma, traz pouca segurança jurídica ao investidor.

²² Lei 12.815/2013. Art. 8º Serão exploradas mediante autorização, precedida de chamada ou anúncio públicos e, quando for o caso, processo seletivo público, as instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado, compreendendo as seguintes modalidades: I - terminal de uso privado; II - estação de transbordo de carga; III - instalação portuária pública de pequeno porte; IV - instalação portuária de turismo. (...) Art. 10. (...) Parágrafo único. O interessado em autorização de instalação portuária deverá apresentar título de propriedade, inscrição de ocupação, certidão de aforamento, cessão de direito real ou outro instrumento jurídico que assegure o direito de uso e fruição do respectivo terreno, além de outros documentos previstos no instrumento de abertura.

III.4 Autorização, permissão e concessão de uso de bem público

A autorização e a permissão de uso de bens públicos constituem atos unilaterais, discricionários, precários e revogáveis. A concessão, por sua vez, tem natureza contratual (bilateral) e, em regra, deve ser precedida de licitação. Caso o poder público decida encerrar este contrato por interesse público superveniente, deverá indenizar o contratado.

De acordo com MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO²³, autorização de uso é o ato administrativo unilateral e discricionário, pelo qual a Administração consente, a título precário, que o particular utilize bem público com exclusividade. Trata-se de instituto voltado ao interesse privado do beneficiário, não se destinando à consecução de utilidade pública, razão pela qual se reveste de maior precariedade, confere menores garantias ao usuário e, em regra, dispensa licitação e autorização legislativa. Excepcionalmente, admite-se a autorização qualificada, com prazo determinado, hipótese em que a fixação de prazo mitiga a precariedade do ato e gera para o particular direito subjetivo à utilização até o termo final, sendo devida indenização em caso de revogação antecipada por interesse público²⁴.

A permissão de uso, igualmente ato unilateral, discricionário e precário, segundo a mesma autora²⁵, distingue-se da autorização por se destinar à utilização privativa de bem público para fins de interesse coletivo. Por essa razão, o uso exercido pelo permissionário deve proporcionar algum benefício de caráter geral, o que faz com que, diferentemente da autorização, a permissão imponha ao particular verdadeiro dever de utilização conforme a finalidade estabelecida. Quando outorgada com prazo determinado, a permissão qualificada reduz significativamente a precariedade e aproxima-se da concessão, de maneira a assegurar ao permissionário direito subjetivo à indenização em caso de revogação antecipada.

A concessão de uso, por fim, é contrato administrativo pelo qual a Administração faculta ao particular a utilização privativa de bem público conforme sua destinação, sendo instituto próprio das situações em que a exploração do bem envolve atividades de maior vulto e encargos elevados para

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 36 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 1.856.

²⁴ *id.* p. 1.857.

²⁵ *id.* p. 1.858.

o concessionário²⁶. Em razão da estabilidade inerente à forma contratual e da fixação de prazos, o concessionário somente pode ser privado do uso antes do termo final por motivo relevante de interesse público e mediante justa indenização, sendo a concessão, como regra, precedida de licitação.

IV. Reversão de bens

O instituto da “reversão” de bens refere-se, como regra geral, ao retorno de bens ao patrimônio do poder público quando se extingue a relação jurídica que justificou sua transferência ao particular. A identificação do que é “bem reversível” depende do vínculo funcional com a prestação do serviço (bens essenciais/indispensáveis), devendo ser definida no edital, no contrato de concessão ou, ainda, em regulamentos setoriais. A reversão é mecanismo tradicional nas concessões, destinado a garantir que a extinção do contrato não interrompa a prestação do serviço público.

A reversão dos bens tem como fundamento imediato o princípio da continuidade do serviço público, consistindo na transferência ao poder concedente, ao término da concessão, dos bens do concessionário afetados ao serviço e necessários à sua continuidade²⁷. Por essa razão, a reversão alcança tanto os bens eventualmente cedidos pelo poder concedente quanto os bens de propriedade da própria concessionária, sendo que, neste último caso, a indenização é sempre devida, sob pena de caracterização de verdadeiro confisco.

A Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviço Público (Lei 8.987/1995) determina que, extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário, conforme edital e contrato. A reversão ocorre no momento da extinção, qualquer que seja o motivo - término do prazo, caducidade, encampação, anulação, falência etc. - com imediata assunção do serviço pelo poder concedente. Além disso, independentemente da reversão, o poder concedente pode ocupar instalações e utilizar todos os bens reversíveis para assegurar a continuidade do serviço público.

²⁶ id. p. 1.862.

²⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. p. 319-320.

Em regra, a reversão ocorre sem indenização, mas, se houver investimentos ainda não amortizados, pode haver direito a indenização na forma dos arts. 36 e 37 da Lei 8.987/1995.

Podem ser revertidos tanto bens que já eram públicos e foram postos à disposição do concessionário quanto bens privados adquiridos ou construídos por ele e afetados ao serviço. Na situação de reversão, é importante distinguir os bens que já eram públicos e foram apenas colocados à disposição da concessionária daqueles que foram adquiridos por ela ao longo da execução contratual e afetados ao serviço.

Os bens originariamente públicos (por exemplo, áreas e instalações pertencentes à União, Estados ou Municípios) apenas retornam à esfera plena de disponibilidade do poder concedente ao fim da concessão, de modo que a reversão aqui tem função essencialmente restitutória e não abre espaço, em regra, para indenização, pois não houve perda patrimonial do Estado nem investimento privado a ser ressarcido sobre o bem.

Já os bens adquiridos ou construídos pela própria concessionária, com recursos próprios, para a prestação do serviço, integram a categoria de bens reversíveis enquanto afetados à prestação do serviço. Dessa forma, ao término da concessão, passam à titularidade do poder concedente para garantir a continuidade do serviço, cabendo discutir a indenização das parcelas de investimentos ainda não amortizadas ou depreciadas.²⁸

Atos normativos podem determinar que as concessionárias elaborem relatórios acerca do estado dos bens reversíveis, com avaliação de estado de conservação, vida útil, valor de mercado e necessidade de reparos, para que retornem em condições de operação. A Administração Pública deve definir previamente quais bens são indispensáveis à continuidade do serviço e, ao final, verificar se foram entregues adequadamente, podendo exigir substituição ou correção às expensas da concessionária.

Há indenização por bens reversíveis, em regra, quando existirem investimentos vinculados a esses bens que ainda não tenham sido amortizados ou depreciados no momento da extinção da concessão ou da transferência do serviço.

²⁸ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; GUERRA, Sérgio. Relicitação das concessões de serviço público e a reversão de bens. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 9, n. 1, abril 2019.

A reversão não exige que a indenização seja prévia à transferência dos bens ao poder público: existe precedente judicial do STJ no sentido de que a declaração do termo final do contrato e devolução da concessão ao poder concedente não está condicionada ao prévio pagamento da indenização. A reversão e a assunção do serviço pelo poder concedente ocorrem, e a indenização é apurada e paga em momento próprio, após apuração em processo administrativo, arbitragem ou decisão judicial.²⁹

Por fim, deve ser mencionado que existem diferentes critérios possíveis de indenização. O valor contábil tem sido bastante utilizado, mas há ocasiões em que a legislação determinou o uso do critério do valor novo de reposição dos investimentos em bens reversíveis não amortizados. No caso das renovações antecipadas de geração de energia elétrica, em 2012, a lei determinou a aplicação do valor novo de reposição.³⁰

V. Preocupação dos projetos de infraestrutura com a sustentabilidade no uso dos bens públicos

O ordenamento brasileiro integra a sustentabilidade ambiental e social nos projetos de infraestrutura, sobretudo, pela combinação de normas constitucionais, leis que estabelecem políticas de proteção ao meio ambiente, licenciamento ambiental e regramento setorial que condicionam o uso de bens públicos à proteção do meio ambiente e à consideração de impactos sociais.

²⁹ “ADMINISTRATIVO. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. REVERSÃO DOS BENS UTILIZADOS PELA CONCESSIONÁRIA. INDENIZAÇÃO PRÉVIA. DESCABIMENTO. 1. Extinto o contrato de concessão por decurso do prazo de vigência, cabe ao Poder Público a retomada imediata da prestação do serviço, até a realização de nova licitação, a fim de assegurar a plena observância do princípio da continuidade do serviço público. Não está condicionado o termo final do contrato ao pagamento prévio de eventual indenização referente a bens reversíveis que, se for devida, tem de ser garantida nas vias ordinárias. Precedentes do STJ. 2. Recurso especial não provido”. (REsp n. 1.314.050/RJ, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 6/12/2012, DJe de 19/12/2012.)

³⁰ Lei 12.873/2013. § 4º O valor da concessão de que trata o § 1º deverá: I - ser calculado a partir de metodologia definida em ato do Poder Executivo; e II - considerar o valor dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou não depreciados. § 5º O cálculo do valor dos investimentos de que trata o inciso II do § 4º utilizará como base a metodologia de valor novo de reposição, conforme critérios estabelecidos em regulamento do poder concedente..

No Brasil, a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, constitui princípio fundador da Ordem Constitucional Econômica (art. 170, VI). A Constituição Federal assegura o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225) e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo, o que tem consequências diretas sobre a forma como bens públicos são utilizados em obras e serviços de infraestrutura. Entre as leis estruturantes, destacam-se-se a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981), o Código Florestal (Lei 12.651/2012), a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998) e a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010), que estabelecem padrões de proteção, uso do solo, recuperação de áreas degradadas e responsabilização por danos.

Na fase de planejamento de grandes projetos, vem ganhando espaço a Avaliação Ambiental Estratégica (AAE), utilizada para integrar variáveis ambientais e sociais na formulação de políticas, planos e programas de infraestrutura, apontando problemas e alternativas antes da definição de empreendimentos específicos. Além disso, planos diretores, planos de mobilidade, planos de bacia e instrumentos de ordenamento territorial funcionam como filtros prévios que condicionam a localização, o traçado e o padrão de ocupação de bens públicos (vias, áreas verdes, margens de rios) por obras de transporte, energia ou saneamento.

O principal instrumento de controle prévio é o licenciamento ambiental, previsto na Política Nacional do Meio Ambiente, que exige estudo de impacto ambiental e relatório de impacto (EIA/RIMA) ou estudos simplificados para obras de infraestrutura que afetem significativamente bens públicos e áreas sensíveis. No licenciamento são impostas condicionantes que incluem medidas de prevenção, mitigação, compensação de impactos, monitoramento, recuperação de áreas degradadas e exigências específicas sobre fauna, flora, recursos hídricos e comunidades afetadas.

Além das exigências ambientais estritas, normas e guias recentes aproximam a gestão pública da agenda ESG, incentivando contratações públicas sustentáveis, critérios socioambientais em licitações e avaliações mais amplas de impactos sociais (como distribuição de ônus e benefícios, reassentamentos e compensações às comunidades).

A incorporação da sustentabilidade aos projetos de infraestrutura também se relaciona diretamente com o papel do Estado como agente indutor de mudanças estruturais na gestão e no uso dos bens públicos. Conforme observam SILVA e RIBEIRO³¹, o Estado, quando devidamente aparelhado, funciona como um desses meios de organização, sendo a máquina pública “verdadeiro motor de mudança”, especialmente a partir das diversas dimensões do orçamento governamental. Nesse contexto, o uso de bens públicos em projetos de infraestrutura, para além de uma decisão técnica ou econômica, passa a refletir escolhas políticas e jurídicas voltadas à promoção do desenvolvimento sustentável.

A atuação estatal manifesta-se, ainda, por meio da função de fomento, que compreende a promoção da inovação, do desenvolvimento econômico e social, da correta aplicação dos recursos públicos e da defesa do meio ambiente. Trata-se de dimensão essencial para os projetos de infraestrutura, na medida em que o Estado autoriza ou controla o uso de bens públicos e direciona sua utilização para fins compatíveis com o interesse público ambiental e social³².

No âmbito específico das contratações públicas associadas à infraestrutura, observa-se a progressiva incorporação de critérios ambientais e sociais, em aproximação à gestão pública da agenda ESG. Alguns entes subnacionais têm adotado critérios ambientais em licitações, priorizando fornecedores que utilizam materiais recicláveis, eficiência energética ou logística reversa³³. A exigência da logística reversa, inclusive, vem sendo considerada desde a fase de habilitação dos certames, como forma de assegurar maior segurança ambiental e responsabilidade compartilhada.

As práticas reforçam o papel estratégico do poder público como agente promotor de práticas sustentáveis, uma vez que seu poder de compra possui elevada capacidade de influenciar o mercado e fomentar inovações nos processos de oferta e aquisição de bens e serviços. Tal perspectiva é particularmente relevante em projetos de infraestrutura, nos quais a

³¹ SILVA, Daniel Pondé Costa e; RIBEIRO, Livia Maria de Pádua. ESG no setor público: iniciativas de governos e instituições públicas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 43, n. 2, p. 40-53, dez/2025. p. 40.

³² id. *ibid.*

³³ id. p. 43.

contratação pública envolve vultosos recursos e impacta diretamente a gestão de bens públicos materiais e naturais.

A adoção de políticas institucionais de sustentabilidade também evidencia a internalização desses valores na governança pública. Instituições públicas têm instituído políticas de sustentabilidade voltadas à gestão eficiente de recursos naturais, à racionalização do uso de insumos como água, energia e papel, bem como à mobilidade sustentável, acessibilidade e educação para a sustentabilidade³⁴. Essas diretrizes demonstram que a preocupação com o uso sustentável dos bens públicos extrapola a fase de execução das obras e alcança a cultura organizacional da Administração.

No campo da infraestrutura propriamente dita, tais projetos, embora gerem expressivos ganhos sociais e econômicos, produzem custos ambientais relevantes, frequentemente distribuídos no espaço e no tempo. MOTTA e OUVÉNEY³⁵ ressaltam que essas externalidades colocam os investimentos em infraestrutura, em muitos casos, em contraposição aos objetivos de sustentabilidade ambiental. O dado reforça a necessidade de que o uso de bens públicos em projetos dessa natureza seja orientado por critérios preventivos e integrados de sustentabilidade.

As decisões de investimento em infraestrutura possuem caráter estrutural e intemporal, tendo em vista vez que definem limites futuros à capacidade de preservação ambiental. Investimentos assim exigem grandes montantes de capital e apresentam longa vida útil, sendo altamente custosa a alteração dos empreendimentos já realizados, o que amplia a responsabilidade do Poder Público na fase de planejamento³⁶. Dessa maneira, a sustentabilidade no uso dos bens públicos deve ser considerada desde a concepção do projeto, e não apenas na etapa de licenciamento ambiental.

Outrossim, o nexo entre infraestrutura e meio ambiente não pode se restringir ao licenciamento, de modo que deve ser compreendido como o desafio de prover a infraestrutura necessária, ocasionar o menor impacto ambiental possível e promover maior bem-estar social. Isso implica ampliar a inserção da variável ambiental em todas as etapas do planejamento, reduzindo

³⁴ id. p. 44.

³⁵ MOTTA, Ronaldo Seroa da; OUVÉNEY, Isaque Regis. *Infraestrutura e Sustentabilidade Ambiental no Brasil*. Revista de Direito da Cidade, v. 7, n. 2, p.760-775, jul./2015. p. 761.

³⁶ id. p. 768.

ajustes tardios na fase de implementação, quando se inicia o licenciamento ambiental³⁷.

A agenda ESG contribui para esse redesenho do planejamento público ao oferecer instrumentos de avaliação e gestão de impactos ambientais, sociais e de governança. Como enfatizam TEIXEIRA, SOBRINHO e REATO³⁸, a sustentabilidade contemporânea articula dimensões econômica, social e ambiental, em superação a uma visão exclusivamente ambiental do tema. A Agenda ESG, por sua vez, busca analisar e gerenciar tanto as consequências positivas quanto as negativas causadas à sociedade e ao meio ambiente, lógica que pode ser transposta, com as devidas adaptações, à atuação estatal.

Nesse aspecto, a governança pública apresenta uma especificidade relevante: os administradores públicos gerem bens que pertencem à sociedade como um todo, o que acentua a responsabilidade na incorporação de critérios sustentáveis³⁹. Apesar dos avanços, a literatura aponta que ainda são limitadas as ações estatais que integrem de forma sistêmica os três pilares do ESG, em que prevalecem iniciativas isoladas e pouco articuladas⁴⁰. Tal diagnóstico evidencia que a consolidação da sustentabilidade no uso dos bens públicos em projetos de infraestrutura permanece como desafio central da Administração Pública contemporânea.

O diagnóstico crítico tem sido reiterado em espaços multilaterais recentes, como os debates paralelos realizados durante a COP 30, nos quais representantes da sociedade civil e lideranças comunitárias amazônicas destacaram que grandes projetos de transporte, energia e logística vêm sendo historicamente implementados sem a devida atenção às especificidades socioambientais dos territórios, com o aprofundamento do desmatamento, dos conflitos territoriais e das emissões, além de reproduzirem processos

³⁷ id. p. 773.

³⁸ TEIXEIRA, Alessandra Vanessa; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; REATO, Talissa Truccolo. Sustentabilidade e ESG: o Consumo Sustentável no Cenário Neoliberal. *Veredas do Direito*, v. 21, e212633, 2024. p. 3.

³⁹ SILVA, Daniel Pondé Costa e; RIBEIRO, Livia Maria de Pádua. ESG no setor público: iniciativas de governos e instituições públicas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte*, v. 43, n. 2, p. 40-53, dez/2025. p. 47.

⁴⁰ id. p. 49.

decisórios dissociados de análises prévias de riscos, impactos acumulados e diálogo com a sociedade civil⁴¹.

Os encaminhamentos formulados no âmbito da COP 30 reforçam a necessidade de reorientar o planejamento de infraestrutura a partir de critérios técnicos, transparência e participação social, com destaque para o reconhecimento da conectividade ecológica e sociocultural como elemento central do uso sustentável dos bens públicos, a análise de impactos cumulativos e sinérgicos, o respeito ao direito à Consulta Livre, Prévia e Informada e a vinculação do financiamento público e multilateral ao cumprimento de salvaguardas socioambientais robustas⁴². Essas diretrizes evidenciam que a sustentabilidade nos projetos de infraestrutura exige não apenas instrumentos normativos formais, mas uma governança substantiva orientada à proteção dos bens públicos naturais, territoriais e culturais.

VI. Participação social nos projetos de infraestrutura

No Brasil, a Lei nº 9.784/1999, que rege o processo administrativo federal, traz uma previsão legal geral de possibilidade de instauração de mecanismos de participação dos administrados na formação da decisão administrativa prevendo, por exemplo, a realização de consulta e audiência pública (art. 31 e 32).

O processo administrativo pode permitir a discussão pública, aumentando a legitimidade das decisões públicas e servindo como instrumento de consenso e aceitação da atividade administrativa, além de evitar erros. A participação social, por meio da consulta pública, audiência pública ou coleta de opiniões, permite ao poder público obter maior fonte de informação, permitindo, por um lado, à Administração conhecer outras opções e interesses, ajudando a reflexão do decisor e, por outro lado, educando a população a conviver em comunidade. Entende-se, inclusive, que, sem o direito de

⁴¹ INSTITUTO DE ENERGIA E MEIO AMBIENTE. Especialistas e lideranças defendem critérios técnicos e participação social no planejamento de infraestrutura durante COP 30: Organizações da sociedade civil promovem painel sobre como aprimorar a infraestrutura de transportes na Amazônia com integridade socioambiental e climática. IEMA, nov. 2025. Disponível em: <https://energiaambiente.org.br/especialistas-e-liderancas-defendem-criterios-tecnicos-e-participacao-social-no-planejamento-de-infraestrutura-durante-cop-30-20251113>. Acesso em: 10 fev. 2026.

⁴² idem.

participação, não há identificação precisa dos interesses que devem ser ponderados; logo, a decisão tende a ser ineficiente, ilegítima e sem motivação suficiente. Conhecer e considerar os interesses privados singulares e coletivos envolvidos antes de decidir são ações a participação dos interessados na formulação da vontade administrativa é considerada uma das dimensões do Estado democrático, por isso a realização da democracia substancial é considerada um fim da procedimentalização. É dizer, a participação do cidadão nos atos do Estado é essencial à democracia o que nos leva a concluir que o processo administrativo é imprescindível ao Estado Democrático, mantendo com este uma íntima relação de dependência.

A participação do interessado, com a exposição de suas razões e contrarrazões, permite-lhe influenciar na formação do ato final, tornando-o agente ativo do processo de tomada de decisões, como afirma ADOLFO MERKL⁴³. Assim, o administrado passa de mero expectador a participe do exercício do dever-poder estatal, e tende a aceitar a decisão mais facilmente, ainda que seja diametralmente oposta a seus interesses privados, porque ele sabe ser essa vontade resultado de um complexo percurso, trilhado com a participação de todos os interessados. O processo administrativo é, sob esse prisma, uma forma de dar legitimidade à decisão administrativa.

Sob esse ângulo, em uma democracia representativa como a brasileira, o cidadão não tem apenas o direito de participar da formação das decisões administrativas mediante escolha dos seus representantes, o que realiza por meio do voto direto, mas também de influenciar individualmente na construção das decisões que possam atingir sua esfera jurídica, o que se dá por meio desses diferentes meios de participação popular.

Neste bojo, o processo administrativo é um instrumento de exercício da democracia. A participação permite enriquecer o conhecimento da hipótese da norma e da realidade fática na qual a Administração pretende atuar, dessa maneira, facilita o controle da interdição da arbitrariedade, pois, melhor conhecida a realidade sobre a qual atua a Administração, mais fácil é julgar a razoabilidade ou arbitrariedade da medida adotada.

Vale citar, como exemplo, que o art. 10, inc. VI, da Lei n.º 11.079/2004, que rege as Parcerias Público-Privadas, exige a submissão da minuta de edital e do contrato administrativo à consulta pública, mediante

⁴³ MERKL, Adolfo. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 277.

publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital.

A abertura do processo decisório administrativo também se insere em uma concepção contemporânea de governança pública que reconhece a sociedade como coparticipante na formulação, execução e fiscalização das políticas públicas, especialmente aquelas relacionadas a projetos de infraestrutura, que, por sua natureza, produzem impactos sociais, econômicos e ambientais de larga escala.

Destaca-se que a própria construção do planejamento público passou a valorizar a interação entre Estado e sociedade como elemento estruturante da tomada de decisões, com o reconhecimento do papel social como destinatário e como agente capaz de influenciar o direcionamento e o monitoramento da atuação administrativa⁴⁴.

Nesse contexto, a participação social deve ser compreendida como um processo político que ultrapassa o exercício periódico do voto, e permite aos cidadãos e às coletividades que intervenham diretamente nas decisões públicas e influenciem seus resultados, em fortalecimento à dimensão substancial da democracia administrativa⁴⁵. Tal concepção mostra-se particularmente relevante nos projetos de infraestrutura, nos quais as decisões estatais podem interferir diretamente na organização territorial, no acesso a serviços públicos essenciais e na fruição dos bens públicos pela coletividade.

Em todo caso, a previsão formal de instrumentos participativos não garante, por si só, a efetividade da participação social, sendo necessário avaliar a qualidade e a profundidade dessas interações. Observa-se que os mecanismos participativos podem assumir diferentes graus de influência sobre o processo decisório, variando desde modelos meramente consultivos até formas mais densas de corresponsabilização ou cogestão entre Estado e sociedade.

⁴⁴ PIRES, Roberto; VAZ, Alexander. Participação social como método de governo? Um mapeamento das “interfaces socioestatais” nos programas federais. Rio de Janeiro: IPEA, 2012. p. 9.

⁴⁵ NADALIN, Vanessa Gapriotti; AVELINO, Daniel Pitangueira de. O Papel da Participação Popular na Política Urbana Brasileira. Rio de Janeiro: IPEA, 2023. p. 21.

Aponta-se que esses espaços de interlocução devem ser compreendidos como arenas políticas nas quais se desenvolvem processos de negociação, deliberação e, não raramente, conflito entre os diversos atores envolvidos. Conforme destacam PIRES e VAZ⁴⁶, “a interface consiste num espaço político, isto é, num espaço de negociação e conflito, estabelecido intencionalmente entre atores, cujos resultados podem gerar tanto implicações coletivas, quanto implicações estritamente individuais”. A característica revela que a participação social representa mais do que um mero mecanismo formal de escuta, constitui real instrumento de mediação de interesses, essencial à formulação de projetos de infraestrutura que impactam múltiplos grupos sociais.

Sob outro prisma, a participação social apresenta potencial para promover maior racionalização administrativa e melhor alocação de recursos públicos, ao possibilitar que decisões sejam tomadas com base em informações oriundas dos próprios grupos afetados pelas intervenções estatais. Nessa toada, os mesmos autores supramencionados⁴⁷ afirmam que os fóruns e canais de interlocução teriam o potencial de “promover maior inclusão, bem como maior racionalização de recursos, em face da adoção de métodos de consulta àqueles próprios indivíduos, grupos e entidades impactados por decisões eventualmente tomadas”. A dimensão assume especial relevância em projetos de infraestrutura, que envolvem elevados investimentos públicos e exigem alto grau de legitimidade social.

Mais além, a participação social qualificada depende da articulação entre diferentes formas de conhecimento, exigindo a conjugação entre o saber técnico-científico e o conhecimento empírico das comunidades afetadas. A integração desses saberes é fundamental para compreender a complexidade dos impactos econômicos, sociais e ambientais dos empreendimentos estruturais, os quais frequentemente envolvem variáveis de difícil mensuração e previsão.

Outro ponto relevante refere-se à diversidade das formas de participação social existentes, que podem variar quanto à periodicidade, ao alcance e ao público envolvido. As interfaces entre Estado e sociedade não são homogêneas, de forma que podem abranger diferentes níveis de inclusão e distintos formatos institucionais, o que exige do Poder Público a adoção de

⁴⁶ op. cit. p. 15.

⁴⁷ id. p. 7.

estratégias participativas adequadas à natureza e à dimensão de cada projeto de infraestrutura⁴⁸.

Por fim, cumpre destacar que a participação social também se articula com a agenda internacional de desenvolvimento sustentável, que reconhece a necessidade de promover cidades e assentamentos humanos inclusivos, seguros e resilientes, com a incorporação de mecanismos participativos como instrumentos essenciais para a governança urbana e para a gestão dos bens públicos⁴⁹. Desse modo, a consolidação de modelos participativos nos projetos de infraestrutura fortalece a legitimidade democrática das decisões administrativas ao mesmo tempo em que contribui para a sustentabilidade e para a adequada gestão dos bens públicos destinados ao atendimento das necessidades coletivas.

VII. Conclusão

A análise empreendida ao longo deste capítulo permite afirmar que o regime jurídico dos bens públicos constitui uma das engrenagens centrais do direito administrativo e, por conseguinte, dos projetos de infraestrutura. A disciplina dos bens públicos não se limita à identificação de categorias dominiais ou à descrição de atributos formais do patrimônio público, projetando efeitos diretos sobre a própria estrutura jurídica da atuação estatal.

Os institutos da afetação e da desafetação evidenciam que a titularidade estatal se subordina a uma lógica funcional, orientada por finalidades públicas juridicamente qualificadas. O bem público se insere em um regime de destinação que condiciona sua utilização e impõe deveres específicos à Administração. Essa característica afasta qualquer leitura patrimonialista do domínio público e revela que o vínculo jurídico estabelecido entre Estado e bem opera como instrumento de concretização de políticas públicas, de organização de serviços e de proteção do interesse coletivo.

No mesmo sentido, as modalidades de uso privativo demonstram que o direito administrativo construiu técnicas diferenciadas para compatibilizar a

⁴⁸ PIRES, Roberto; VAZ, Alexander. Participação social como método de governo? Um mapeamento das “interfaces socioestatais” nos programas federais. Rio de Janeiro: IPEA, 2012. p. 27.

⁴⁹ op. cit. p. 12.

utilização individual de bens públicos com a preservação de sua finalidade pública. Autorizações, permissões e concessões expressam modelos jurídicos distintos de alocação de utilidades públicas, com impactos relevantes sobre a estabilidade dos vínculos, sobre os direitos dos particulares e sobre os poderes da Administração. A distinção entre interesse predominantemente privado e interesse predominantemente coletivo assume, nesse ponto, função dogmática decisiva para a compreensão dos limites da precariedade e das garantias jurídicas atribuídas aos usuários.

A arquitetura normativa alcança seu ponto de maior densidade institucional no regime das concessões de infraestrutura, em que os bens públicos deixam de ocupar posição meramente instrumental e passam a integrar o núcleo da equação contratual. A disciplina da reversibilidade revela que o patrimônio público se projeta para além da titularidade formal, e opera como elemento de garantia da continuidade do serviço e de preservação do interesse público ao término da relação contratual. A reversão, nesse contexto, não se reduz a um mecanismo de restituição patrimonial, visto que se apresenta como técnica jurídica de estabilização institucional dos serviços públicos e de contenção dos riscos estruturais inerentes à delegação contratual.

A centralidade dos bens reversíveis evidencia, ainda, que o regime jurídico do patrimônio público interfere diretamente na modelagem econômico-financeira dos contratos administrativos. A definição prévia dos bens, a disciplina da indenização e os critérios de amortização dos investimentos influenciam a repartição de riscos, a atratividade dos projetos, a segurança jurídica dos agentes privados e a própria viabilidade dos empreendimentos. O direito dos bens públicos, nessa linha, atua como vetor silencioso de regulação econômica, capaz de estruturar racionalmente as decisões dos agentes envolvidos.

Dessa forma, o estudo dos bens públicos revela-se essencial para a compreensão do Estado administrativo contemporâneo, marcado por modelos complexos de cooperação público-privada, por regimes regulatórios setoriais e por formas contratuais de organização de políticas públicas. O patrimônio público deixa de figurar como categoria residual do direito administrativo e assume posição estrutural na conformação jurídica da ação estatal, operando como elo normativo entre poder, função e economia. A dogmática dos bens públicos, longe de representar um capítulo secundário da disciplina, projeta-se como elemento constitutivo da própria teoria jurídica do Estado regulador.

LA GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURAS EN EL DERECHO COLOMBIANO: análisis a partir de la configuración de derechos reales administrativos

Julián A. Pimiento Echeverri

Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Titular de un DSU en derecho administrativo y Magíster en derecho público interno de la Universidad París II, Panthéon-Assas. Doctor en Derecho público por la Universidad París II, Panthéon-Assas. Docente Investigador de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: julian.pimiento@uexternado.edu.co.

Sumario: I. Problemas actuales y perspectivas en el derecho colombiano de la infraestructura. A. Insuficiencia cualitativa y exceso cuantitativo de la regulación. B. Leyes “precontractuales”. II. Nacimiento y reconocimiento de los derechos reales administrativos en el derecho comparado. III. El reconocimiento legal de los derechos reales administrativos en Colombia. IV. Algunas preguntas que pueden surgir con ocasión de su reconocimiento. V. A manera de conclusión

En el artículo 97 de la Ley 1955 de 2019 el legislador colombiano decidió -por fin- crear el derecho real administrativo de superficie. Una figura novedosa, necesaria, útil para modernizar la gestión de los bienes públicos, pero que ha encontrado numerosos obstáculos entre los operadores jurídicos, principalmente por el desconocimiento de las reglas básicas de la propiedad pública. Este artículo es una defensa de los derechos reales administrativos, como herramienta para gestionar financieramente las infraestructuras públicas.

El punto de partida es el reconocimiento de las dificultades inherentes a la creación, gestión, explotación y/o mantenimiento de infraestructura en Colombia y el reconocimiento de los derechos reales administrativos como una herramienta necesaria para solucionar, en parte, los problemas que se presentan. La historia del derecho colombiano se encuentra marcada por esas oportunidades perdidas, esos momentos definitivos que se dejaron pasar o que se aprovecharon, pero con una visión demasiado restrictiva de lo que debe entenderse por bienes de uso público –en otros países le llamarían el demanio- y de la posición jurídica que frente a ellos puede llegar a tener el particular ocupante –concesionario- de ellos.

En primer lugar, se hará una breve explicación de la gestión de la infraestructura en el derecho colombiano, a partir de la idea de valorización

de los bienes públicos; en un segundo momento se analizará la regulación de los derechos reales administrativos en el marco del derecho colombiano, con las particularidades que se derivan del estado embrionario que tiene la figura en el derecho nacional.

I. Problemas actuales y perspectivas en el derecho colombiano de la infraestructura

Sin entrar en los escollos muy particulares al derecho colombiano en cuanto a gestión de infraestructuras públicas, ni en las dificultades propias de una cultura marcada, en muchos aspectos, por la corrupción, acercamiento éste que también puede explicar, desde puntos de vista sociológicos dichos obstáculos, lo cierto es que desde 1993, con la expedición de la Ley 80, se ha utilizado el argumento de la modernización en la creación, gestión y explotación de la infraestructura como el argumento principal o, mejor, el motivo determinante para la expedición de los diferentes cambios regulatorios en la materia. Sin embargo, en nuestro criterio, el acercamiento que han utilizado tanto el legislador como el poder reglamentario en la materia resultan deficientes por cuanto no atacan los verdaderos problemas que afectan una gestión adecuada de los bienes públicos, o mejor, ni siquiera se preocupan por ellos. Existe, entonces, una evidente insuficiencia cualitativa contrastada con un exceso cuantitativo en la regulación de la creación y gestión de infraestructuras públicas, ello ha llevado a privilegiar la parte previa a la celebración del negocio, son entonces “leyes precontractuales”, normas de carácter procedimental que poco se han ocupado de los asuntos sustanciales.

A. Insuficiencia cualitativa y exceso cuantitativo de la regulación.

En el derecho colombiano, igual que ocurre en otras latitudes, la materia de los contratos estatales ha sido uno de los aspectos que ha sido regulado de manera más intensa por el ordenamiento jurídico. Aun cuando se puedan identificar algunas normas al respecto durante el siglo XIX y la primera parte del siglo XX¹, lo cierto es que no sería sino hasta 1964, con la

¹ Cf. Rodrigo Escobar Gil, *Teoría de los contratos de la Administración Pública*, Legis, Bogotá, 1999, p. 48 a 53.

Ley 4 de ese año, que se inauguró una regulación sistemática de los contratos estatales.

La aparición de lo que se podría llamar la *administratividad* de los contratos estatales se fue decantando poco a poco, caso por caso, según las necesidades de cada contrato en particular. Así, sin ánimo de exhaustividad, se pueden identificar disposiciones comunes a los contratos de prestación de servicios, de suministro y de obras públicas, como aquellas que ordenaban la inclusión de las razones que podrían llevar a su declaratoria de caducidad, principalmente en casos en los que se evidenciara la imposibilidad del contratista de continuar con la ejecución del contrato, por ejemplo en caso de muerte o de incapacidad financiera, igualmente, se establecieron cláusulas de revisión de precios.

En 1974 el legislador facultó al Gobierno para que expidiera un Decreto con fuerza material de ley en el que se regularan los aspectos esenciales de los contratos administrativos, lo cual se hizo en los Decreto-ley 150 de 1976. Con posterioridad en 1983, se expidió el Decreto-ley 222 de 1983, el cual constituiría la principal regulación que en la materia se expidió antes de la expedición de 1991, de nuevo con ánimo de integralidad.

En 1993 se promulgó la Ley 80, la cual significó un cambio profundo en el enfoque que hasta ese entonces se había manejado en el país en el marco de los contratos celebrados por las personas de derecho público²; se abandonó la tradicional distinción entre contratos administrativos y de derecho privado de la Administración, para acoger un criterio orgánico a partir del cual todos los contratos que celebren las entidades estatales señaladas en el artículo 2 de la referida Ley, debían ser considerados como “contratos estatales”³, a los

² En efecto, “Desde la exposición de motivos del proyecto de ley, el Gobierno insistía en la intención de modernizar la reglamentación de los contratos de la Administración para adaptarla al proceso de apertura económica en curso desde el final de los años 80”, José Luis Benavides, *El Contrato Estatal*, 2ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 29.

³ Así lo ha considerado de manera reiterada el Consejo de Estado colombiano, para el cual: “la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza”, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de marzo de 2010, Exp. 18636, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

cuales se les aplicaría el régimen de derecho público allí contemplado. La Ley 80 de 1993, Estatuto de Contratación Estatal, ley de principios, reguló todos los aspectos previos a la celebración del contrato, estableció las reglas de utilización de las cláusulas exorbitantes y los supuestos de hecho en que ellas debían incluirse, eran facultativas o se encontraban excluidas de ciertos tipos contractuales, tipificó algunos contratos, pero consagró como principio de la contratación pública, la libertad de configuración contractual.

Esta modernización de la contratación pública trajo consigo una explosión de la actividad reglamentaria que llevó a la expedición de no menos de 20 Decretos reglamentarios, entre los cuales habría que contar tres reglamentos integrales; en 2007, atendiendo la cantidad masiva de demandas contra el Estado en aplicación de la teoría de la imprevisión se promulgó la Ley 1150 de 2007, el cual trajo consigo la expedición de tres decretos con vocación generalista, el 2474 de 2008, el 734 de 2012 y, finalmente, el 1510 de 2013, cada uno de ellos atendiendo una lógica diametralmente opuesta del anterior, hoy derogados o compilados en el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015, a lo que se suma un número importante de guías, manuales y conceptos emitidos por las autoridades administrativas en la materia.

Lo anterior evidencia un defecto que no sólo es de excesiva cantidad normativa, sino de cacofonía reglamentaria, las administraciones públicas que están llamadas a aplicar dichas disposiciones normativas, con las importantes consecuencias que su indebida utilización conllevan en cuanto a la responsabilidad penal, fiscal, disciplinaria y civil para los funcionarios, sino que hace ineficiente la gestión del mercado de la contratación estatal; agréguese a ello que, en la mayoría de los casos, las normas son derogadas

Por ello concluye José Luis Benavides que “*el que una de las partes sea una entidad pública parece no solamente un elemento necesario para la calificación del contrato estatal, sino un elemento suficiente, por cuanto en principio todos los contratos celebrados por las entidades estatales tienen el carácter de contrato estatal. El criterio orgánico se manifiesta de dos maneras: por una parte, incluye todas las entidades públicas contratantes y, por otra, incluye todos los contratos celebrados por éstas*”, José Luis Benavides, *El Contrato Estatal... op. cit.*, p. 50. En igual dirección, Rodrigo Escobar Gil, afirmó que con la Ley 80 de 1993 “*el legislador con base en el fracaso dogmático de la falsa teoría de los contratos administrativos y de derecho privado de la Administración Pública, denominándolos genéricamente contratos estatales y eliminando la doble clasificación que se le había impartido a la institución, sin un sólido fundamento científico*”, *Teoría General de los contratos de la Administración Pública*, Legis, Bogotá, 1999, p. 53.

apenas han entrado en vigor sin que se pueda conocer los efectos –positivos o negativos- de su aplicación.

Ahora bien, si desde el punto de vista de la calidad normativa el panorama no resulta muy alentador, en cuanto al fondo, la regulación de la contratación estatal en Colombia se ha preocupado más por los procedimientos que llevan a celebrar el contrato y muy poco por el objeto mismo del contrato público y por las eventualidades que se pueden presentar durante su ejecución, con la no muy notable excepción de los contratos de infraestructura.

B. Leyes “precontractuales”

Aun cuando ello pueda parecer razonable desde el punto de vista de los contratos públicos, la legislación nacional se ha visto marcada por un desarrollo hipertrófico, de lo cual daremos cuenta más adelante, de las reglas relativas a la etapa precontractual, es decir, la regulación de aquellos pasos que llevan, finalmente, a la escogencia del contratista-colaborador de la Administración y la posterior celebración del negocio jurídico público. Ello tendría sentido, más aún resulta completamente adecuado a dicho subsistema, si se tiene en cuenta el desarrollo material que tienen los diferentes ámbitos que constituyen el objeto de los referidos contratos.

La legislación colombiana se encuentra marcada por una importante y detallada regulación de los procedimientos previos, requisitos habilitantes, calificación de propuestas, confección de pliegos, discusión de los aspectos técnicos, pero muy poco relativo a las condiciones de ejecución del contrato estatal; se trata, así, de una regulación dedicada, casi exclusivamente, a gestionar el patrimonio público a través del contrato, pero muy poco se ha dicho de su objeto, de los elementos que debe cumplir el contrato para lograr la finalidad de interés general, que constituye su razón de ser o de los aspectos relacionados con su ejecución. El contrato público es entonces un mero instrumento, pero no por ello menos importante, en la consecución de una particular finalidad de interés general, cuya regulación debe garantizar según la etapa en la que se encuentre, la libre concurrencia –y por esta vía la libertad de empresa- de los oferentes, su igualdad, la consecución del objeto contractual y la modificación de las condiciones de ejecución del contrato cuando ello se mostrare como una necesidad.

La cuestión es que, en el marco del derecho colombiano, la fascinación por el estudio de los instrumentos ha *tomado* el espacio que requiere una regulación sustancial del objeto mismo del contrato; mucho se sabe sobre la capacidad residual, pero poco sobre el régimen de la obra pública, mucho se ha escrito sobre las generaciones de concesiones y muy poco sobre las reglas de gestión de los servicios públicos; por ello se conoce a la perfección el procedimiento para escoger el mejor oferente –aun cuando no se cumpla– para la construcción de una determinada obra, pero nada o muy poco se ha buscado aprender sobre el régimen jurídico de la infraestructura.

La Ley 1508 de 2012, de Asociaciones Público Privadas, no escapa a la situación que venimos describiendo. En efecto, ante la constante confusión o difícil aplicación de la Ley 80 de 1993, particularmente en respuesta a dos ideas, el legislador consideró necesario expedir una ley que permitiera: *i)* alcanzar el imperativo económico de consecución de financiación privada de infraestructuras y *ii)* la disminución de la litigiosidad, por motivo principalmente de la aplicación de la teoría de la imprevisión.

En cuanto a lo segundo, se expidió la Ley 1150 de 2007, cuya finalidad fue la de generar un esquema de distribución de riesgos, durante la etapa precontractual, en la que se tipificarían, cuantificarían y atribuirían los riesgos a aquella parte en el contrato que fuere más apta para gestionarlos de manera eficiente; la finalidad de dicho esquema resulta absolutamente clara, evitar, al distribuir los riesgos desde antes de la celebración del contrato, o mejor, limitar al máximo las hipótesis de ocurrencia de riesgos imprevisibles que llegaren a ocurrir durante la ejecución del contrato, en la medida en que se previeran, los riesgos se convertían en una materia manejable, evitando su concreción⁴. La falta de formación en la materia, junto con la redacción general de la norma, tuvo efectos perversos en la práctica, llegando a

⁴ En el Documento CONPES No. 3714 de 2011, se afirmó que “[d]icha previsibilidad genera la posibilidad de establecer responsabilidades y tratamientos específicos de asignación y mitigación // Con lo anterior, se busca la determinación de responsabilidades en cabeza de cada una de las partes frente a la posible ocurrencia de riesgos propios de la ejecución del objeto contractual y el establecimiento de condiciones y reglas claras en materia de riesgos previsibles que, al incluirse dentro de los derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar, excluyan dichas circunstancias –si ocurren– de la posibilidad de alegar desequilibrios económicos de los contratos, reduciendo las consecuencias económicas y litigiosas frecuentes en los mismos”

“distribuir” todos los riesgos al contratista; si ello no constituía su finalidad, sí fue, al menos, su efecto.

En cuanto a lo segundo, la ley de APP tampoco resuelve los problemas que motivaron su expedición, por el contrario, los ahonda; el documento CONPES 3615 de 2009 señaló que la finalidad de la ley de APP era la de *“establecer políticas para la gestión de los activos fijos públicos, encaminadas a optimizar el uso de los recursos del presupuesto nacional utilizando fuentes complementarias de recursos en el corto plazo y generar esquemas para la modernización, gestión y operación eficiente de dichos activos, que faciliten la solución de los problemas anteriormente mencionados”*, razón por la cual resultaba *“particularmente importante estudiar las diferentes herramientas de gestión de activos, para analizar la viabilidad de su uso por parte de las entidades públicas, y explorar la implementación de esquemas de Asociación Público- Privada (APP), que han sido ampliamente utilizados con éxito, en diversos sectores, en la gestión de diferentes tipos de activos públicos en países como el Reino Unido, Irlanda, Australia, Canadá, Estados Unidos y México, entre otros”*⁵. De la misma manera, en la exposición de motivos del proyecto de ley que presentó el Gobierno Nacional se señaló: *“es necesario trabajar en el fortalecimiento del marco normativo para que este genere las condiciones adecuadas y los incentivos correctos a los inversionistas, para desarrollar proyectos que vinculen capital privado en diferentes sectores de la economía nacional y que potencien el uso del mercado de capitales como fuente de financiamiento”*⁶.

La cuestión, sin embargo, no sería tan simple. La definición de concesión que aportó el artículo 32.4 de la Ley 80 de 1993⁷ resultaba tan

⁵ Disponible en www.dnp.gov.co.

⁶ Gaceta del Congreso de la República No. 823 de 2011, p. 7.

⁷ A cuyo tenor :

“Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...)

“4o. 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

amplia que ese contrato financiero por excelencia terminó completamente desnaturalizado, se perdió de vista la relación que existía entre dicho contrato y la retribución tanto de la obra o del servicio mediante la explotación de aquella o de éste. De allí que, como gran aporte, el artículo 3 de la referida Ley 1508 de 2012 señaló, con absoluta claridad que:

“ARTÍCULO 3o. ÁMBITO DE APLICACIÓN. La presente ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura.

“También podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos.

“En estos contratos se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera...”
(negritas por fuera del texto).

Es decir, la gran novedad de la Ley colombiana de APP fue volver al concepto más tradicional posible de concesión, por ello se puede afirmar que en el derecho colombiano las Asociaciones Público Privadas no se perciben

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”.

como una modalidad especial, novedosa, de provisión y gestión de infraestructuras, sino como un modelo, más moderno quizá, de la tradicional concesión de obra pública, una cuarta generación si se quiere, la cual, por la práctica misma y la importante conflictividad que generó, se fue desnaturalizando poco a poco. La respuesta del legislador, en todo caso, resultó defectuosa, por cuanto se dedicó más, como se entiende en Colombia debería hacerlo una típica ley de contratos, a desarrollar los aspectos procesales –selección del contratista– que a tocar los aspectos puntuales que permitirían la modernización de la vetusta infraestructura colombiano, creando un régimen tan complejo que casi dos años después de su promulgación, ningún proyecto de APP se ha convertido en realidad, al no haber pasado, en una abrumadora mayoría, la primera etapa de las cuatro que fueron contempladas para la celebración de ese tipo de contratos⁸.

Lo cierto, sin embargo, es que la mencionada ley de Asociaciones Público Privadas se debía constituir en un mecanismo destinado a modernizar la gestión de la infraestructura del país, pero para ello se pensó en dos instrumentos solamente: la obtención de financiación privada para los referidos proyectos y la distribución de riesgos, dejando de lado instrumentos que en otros países se han constituido, quizá, en la expresión más importante de una gestión eficiente tanto de los recursos públicos como de las infraestructuras: los derechos reales administrativos.

La Ley de APP resultó entonces en una oportunidad desaprovechada de repensar el modelo de gestión de infraestructuras en el derecho colombiano; su reconocimiento debe ser completado por un régimen jurídico de derecho público de los contratos que tienen por objeto esos derechos reales; es decir que la constitución de derecho reales abre el camino para nuevas tipologías contractuales (arrendamiento enfitéutico administrativo, asociaciones, leasing con opción de venta, contratos llave en mano, entre otros) que permiten la financiación de infraestructuras y su valorización, con

⁸ De acuerdo a los datos consultados en el Registro Único de APP, a noviembre 20 de 2013, de los 167 proyectos de APP que se han presentado desde la promulgación de la Ley 1508 de 2012, las cifras son las siguientes: 29 proyectos fueron rechazados en etapa de prefactibilidad; 23 se encuentran en estudio de factibilidad; a 5 les fue rechazada la factibilidad; en 1 caso fue rechazado el Acuerdo de Condiciones; 105 se encuentran en la etapa del estudio de prefactibilidad; 3 han pasado satisfactoriamente dicho estudio de prefactibilidad; y, lo que es más grave, sólo 1 de los 168 proyectos de APP se encuentra en etapa de factibilidad. Todas estas etapas son anteriores al proceso de adjudicación del proyecto.

más o menos inversión pública inicial y una rentabilidad económica y social importante a mediano y largo plazo. Estos negocios financieros necesitan de la realidad de los derechos reales administrativos; los derechos reales administrativos no benefician solamente a los ocupantes privativos, sino que sobre todo permiten una mejor gestión de los bienes de uso público y de la propiedad pública en general. El derecho colombiano conoce desde hace mucho tiempo estos negocios, las concesiones de la ley 80 de 1993 presentan en buena parte las características de las APP y de otros contratos similares, por lo que su utilización es factible, aun cuando las normas en vigor parecen oponerse a su constitución.

El imperativo de explotación social y económica de los bienes de uso público⁹ debe suponer el reconocimiento de los derechos reales administrativos a favor del ocupante privativo¹⁰, esos derechos, se dice, son el instrumento principal de esta valorización¹¹. No basta con aceptar que el Estado detenta sobre esos bienes un derecho de propiedad, y establecer sus reglas de gestión, resulta también necesario otorgar al ocupante privativo las herramientas que le permitan gestionar de la mejor manera la parte del bien que le sirve de soporte para sus actividades económicas¹², en conclusión, “*hay una necesidad urgente de construir un nuevo derecho de las ocupaciones del dominio público*”¹³.

⁹ Que hemos defendido en otras oportunidades: *Teoría de los bienes de uso público*, U. Externado, Bogotá, 2010 y *Derecho Administrativo de Bienes*, U. Externado, Bogotá, 2015.

¹⁰ Recientemente los cambios de legislación han ubicado de nuevo los derechos reales en el centro del debate en el derecho francés. Cf. Y. Gaudemet, *Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit public*, Revue de Droit Immobilier, Paris, 2009, p. 8, del mismo autor, *Valorisation des propriétés publiques*, JCP N, n°. 43-44, 2006, p. 1903; “El objetivo de la valorización es un factor incontestable de unidad del derecho público de los bienes. Se trata de una unidad conceptual que marca la referencia a la propiedad en el título del nuevo código”, Ch. Pisani, *Valorisation des propriétés publiques*, JCP A, 2006, p. 1381; J.-P. Duprat, *L'évolution des logiques de gestion du domaine de l'État*, AJDA, 2005, p. 578.

¹¹ Y. Gaudemet, *Valorisation des propriétés publiques... Op. cit.*, p. 1903.

¹² “Siempre el objeto de los derechos reales acordados sobre el dominio público es permitir a los ocupantes obtener mayor estabilidad”, Ph. Juen, *La compatibilité du principe d'inaliénabilité avec la constitution des droits réels*, Revue de Droit Immobilier, Paris, 2000, p. 130.

¹³ J. Morand-Deville, *La valorisation économique du patrimoine public*, in *Mélanges Drago*, Economica, Paris, 1996, p. 279. Como lo señala Y. Gaudemet “el efecto económico es considerable. El reconocimiento al ocupante demanial de los atributos de propietario, constituye para éste una fuente de valor, de riqueza. Permite la valorización del bien por la

En estos tiempos de reformas, vale la pena cuestionarse sobre la naturaleza y régimen jurídico de los derechos reales administrativos, mostrar su difícil integración en el ordenamiento jurídico colombiano y los retos que su necesario reconocimiento afronta en la actualidad; la cuestión se debe resumir, entonces, a los siguientes aspectos: ¿qué debe entenderse por derecho real administrativo? ¿cuál es el objeto de los derechos reales administrativos? Y, finalmente, ¿cuáles son las consecuencias de su reconocimiento?

II. Nacimiento y reconocimiento de los derechos reales administrativos en el derecho comparado

En este panorama, poco menos que desolador, del derecho de la contratación pública en Colombia, la propuesta que queremos exponer busca poner en lugar preponderante el contenido sustancial de los contratos –más allá de los aspectos procedimentales relevantes para su adjudicación–, en el cual se debe privilegiar el análisis del objeto que se pretende desarrollar con el negocio jurídico y, principalmente, encontrar la manera en que la evolución del derecho de los bienes públicos puede beneficiar una mejor gestión contractual de las infraestructuras públicas. En nuestro criterio, la regulación de los contratos públicos y, por lo tanto, la gestión eficiente de la infraestructura debe reconocer, como ha sucedido en otros países, la existencia de derechos reales administrativos creados por los títulos habilitantes de la ocupación privativa de los bienes públicos, para ello será necesario explicar su nacimiento, contornos y las consecuencias positivas que se pueden generar con ocasión de su reconocimiento.

Una vez reconocida, al menos por parte de la doctrina, la propiedad de las personas públicas sobre los bienes del dominio público, la doctrina francesa debió extraer algunas consecuencias de esa calificación¹⁴. Así, con

disposición de herramientas jurídicas que se desprenden de la propiedad”, *Actualité... Op. cit.*, p. 10.

¹⁴ Por lo tanto, no sorprende que quienes niegan la propiedad del dominio público, no hayan admitido la constitución de los derechos reales administrativos, “los autores de la Escuela de Burdeos, al negar todo derecho subjetivo al usuario del dominio y toda diferencia entre el uso común y exclusivo, definieron la utilización del dominio como una situación legal y reglamentaria. Duguit, cuya concepción fue retomada por Ségur, rechazaba la idea de derecho real administrativo, al considerar que ‘la categoría jurídica de derecho real fue inventada para el régimen de la propiedad privada’ y no se podría transponerla impunemente al derecho

ocasión del fallo del Consejo de Estado francés, 15 de mayo de 1906, *Chemins de fer d'Orléans*, en el cual esa alta instancia afirmó que el concesionario “tiene sobre esos terrenos un derecho exclusivo de goce”¹⁵, M. Hauriou construyó una teoría de los derechos reales administrativos¹⁶, teoría que, sin embargo, no fue aceptada por toda la doctrina propietarista.

La tesis de la propiedad administrativa de M. HAURIOU está fundada sobre un hecho: la existencia de un comercio jurídico público¹⁷ que se desarrolló de forma paralela al comercio jurídico privado, de allí también se derivaron sus principales consecuencias¹⁸, una nueva comprensión de las competencias administrativas sobre el dominio público y las desmembraciones de esta particular propiedad, los derechos reales administrativos; por lo tanto, la inalienabilidad no podría oponerse a la constitución de derechos reales administrativos, puesto que estos últimos

público”, Ph. Yolka, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, París, 1997, p. 328. En efecto, según L. Duguit, refiriéndose a las servidumbres sobre el dominio público, “ese derecho no existe, no puede existir incluso con el carácter que se le ha querido otorgar al llamarlo derecho real público. El derecho real de servidumbre es un derecho sobre una cosa que propiedad de otro; lo que implica, como consecuencia, que existe una propiedad; sin embargo, ya hemos mostrado que la propiedad es totalmente extraña a la demanialidad pública”, *Traité de Droit Constitutionnel*, T. III, 2ª edición, Fontemoing, París, 1923, p. 373.

¹⁵ M. Hauriou, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, T. III, Sirey, 1929, p. 270 y s.

¹⁶ Algunos autores ya habían hecho referencia a esos derechos reales, Ph. Yolka, *La propriété... Op. cit.*, p. 313.

¹⁷ Así, “existe todo un comercio jurídico de la vida administrativa, todo un conjunto de derechos reales especialmente administrativos y toda una serie de operaciones especialmente administrativas para la constitución de esos derechos reales; el comercio jurídico de la vida administrativa se distingue de la vida privada en que no aspira a lo perpetuo y a lo definido, sino por el contrario se complace con lo provisional, lo temporal, lo pasajero”, M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 12ª edición, Sirey, 1933, p. 796; En este sentido, Philip Yolka nos explica que “[l]a doctrina propietarista superará esta objeción haciendo un desdoblamiento del orden jurídico; cuando en realidad no hay sólo un comercio jurídico, el del derecho civil, sino que además está el comercio administrativo, la inalienabilidad puede interpretarse que decreta que los bienes estén fuera del comercio civil, manteniendo un comercio especial regido por el derecho público. Era reconocer que no prohíbe los derechos reales administrativos, que se inscriben, a diferencia de sus homólogos del derecho civil, en este orden jurídico particular”, Ph. Yolka, *La propriété publique... Op. cit.*, 337.

¹⁸ “Puesto que la propiedad pública – como la Revolución según Clemenceau – forma un bloque; no es posible (como lo han hecho Trotabas y sobretudo Laubadère) aceptar el principio sin extraer sin consecuencias. Las dos nociones son, para su autor, indisociables”, Ph. Yolka, *La propriété publique... Op. cit.*, p. 337.

nacen en el comercio de la *vida pública*, además se trata derechos esencialmente temporales y revocables, la afectación se mantendría, entonces, indemne. Estos derechos solamente pueden surgir a la vida jurídica por la voluntad de la Administración.

Sin embargo, su similitud –en todos los casos nominativa– con los derechos reales del derecho civil creó un obstáculo que parecía insuperable, incluso para los defensores de la teoría de la propiedad de los bienes de uso público¹⁹: El derecho del ocupante privativo era ciertamente una relación entre un sujeto y una cosa, sin embargo, de allí a considerar que esta relación podía ser perpetua y absoluta había un largo camino²⁰. Así, modelados sobre el concepto de propiedad, los derechos reales eran considerados como una venta parcial del bien, como su desmembración o como su limitación, razón por la cual, para una parte de la doctrina, al encontrarse sometidos al principio de inalienabilidad, cuyo fundamento es la afectación, los bienes del dominio público no podían ser objeto de tales derechos reales, puesto que la propiedad pública no puede desmembrarse²¹.

Aunque la jurisprudencia se mostró reticente, en principio, a la constitución de esos derechos, la cuestión fue finalmente definida en el fallo *Eurolat*; el Consejo de Estado francés afirmó en esa oportunidad que la constitución de derechos reales era incompatible “*con los principios de la demanialidad pública ... por lo tanto genera la nulidad total de las*

¹⁹ Principalmente A. de Laubadère, y L. Trotabas, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, Tesis Grenoble, 1924, p. 90. La creación de un derecho real para este último es inadecuada por tres razones: 1. No es necesario utilizar nociones del derecho privado; 2. La inoponibilidad de ese derecho con respecto a la Administración; y, 3. Aunque hay un derecho, su naturaleza no puede ser la de un derecho de carácter mueble. Cf. J.-M. Auby, *Les contrats comportant occupation du domaine public*, Recueil Dalloz, París, 1953, p. 99.

²⁰ Según J. González Pérez, “[l]a polémica ha girado en torno a dos ideas centrales: la incompatibilidad de la figura del derecho real con una de las características esenciales del régimen de dominio público –la inalienabilidad– y que en la facultad reconocida a los particulares sobre el dominio público quiebra una de las características esenciales de los derechos reales –su eficacia *erga omnes*”, *Los derechos reales administrativos*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1984, p. 20.

²¹ La posición es resumida por R. Chapus, “permitir que el dominio público sea grabado, en beneficio de terceros, con derechos reales ... sería permitir una desmembración del derecho de propiedad del cual es objeto, y por lo tanto una inalienabilidad parcial del dominio público”, pero “ciertamente, puede suceder de otro modo en virtud de la ley”, *Droit administratif général*, T. II, 14ª edición, Montchrestien, París, 2000, p. 428.

mencionadas convenciones”²². Las críticas no se hicieron esperar, pues las necesidades financieras apremiaban y ese *desajuste creciente*²³ entre la posición del juez administrativo y los imperativos de la gestión de los bienes del dominio público impulsaron al legislador a intervenir²⁴; en efecto, “*a falta de flexibilidad en la jurisprudencia, corresponde al poder legislativo la tarea de hacer que la cuestión evoluciones, al prever un derecho de participación del acreedor sobre la indemnización de la eventual evicción debida al ocupante*”²⁵.

La negativa inicial realizada por el fallo *Eurolat* estuvo rápidamente seguida de un cambio legislativo, la prohibición de constituir derechos reales fue así “*presentada como una consecuencia lógica y necesaria de la inalienabilidad del dominio que la ley misma puede eliminar*”²⁶. Para contrarrestar esta postura, mediante una ley de 5 de enero de 1988 el legislador

²² CE, 6 de mayo de 1985, *Association Eurolat-Crédit Foncier de France*. Aunque es posible sostener que la negativa con respecto a la constitución de los derechos reales, no fue tan absoluta como parece deducirse de la lectura del fallo, es la totalidad de la operación la que el juez consideró contraria a los principios de la demanialidad pública. Sin embargo, encontramos acertadas las observaciones de Ph. Yolka, para quien “no hay nada más lógico, parece, pues la desmembración de la propiedad pública se asimila a una enajenación; ahora bien esta última está, a falta de una desclasificación, afectada de nulidad absoluta, pues el artículo 1598 del Código Civil prohíbe la venta de los bienes fuera del comercio”, Ph. Yolka, *La propriété publique... Op. cit.*, p. 342; No obstante, “la firmeza del Consejo de Estado con respecto a los derechos reales fue aún más criticada al ir en contra de la tendencia de revalorización de la condición del ocupante privativo”, G. Delaloy, “Faut-il supprimer le principe d’inaliénabilité du domaine public ?”, RDP, París, 2006, p. 587; Cf. Jaques Arrighi de Casanova, en sus conclusiones acerca del fallo del Consejo de Estado francés, 25 de febrero de 1994, *SA SOFAP-Marignan immobilier*, RFDA, París, 1994, p. 510.

²³ Ph. Yolka, *La propriété publique... Op. cit.*, p. 347, quien concluye que “asistimos entonces aun creciente desajuste entre la doctrina administrativa oficial (expuesta principalmente en los *contrats de plan* suscritos entre el Estado y los grandes establecimientos públicos de carácter industrial o comercial) que hace énfasis en la rentabilidad de los patrimonios públicos, y los principios tradicionales del régimen demanial”, Ph. Yolka, *Ibidem*; las propuestas de reformas eran unánimes por parte de la doctrina: la búsqueda de un nuevo criterio reductor de la demanialidad pública, la creación de derechos reales y su aplicación a todas las ocupaciones demaniales siempre que resultaren compatibles con la afectación. Cf. Y. Gaudemet, *La domanialité remplacée dans le contexte de la loi de 1994*, JCP N, 2001, p. 690.

²⁴ Y. Gaudemet, *Actualité de la dissociation... Op. cit.*

²⁵ Ph. Yolka, *La propriété publique... Op. cit.*, p. 351.

²⁶ Y. Gaudemet, *Actualité de la dissociation... Op. cit.*, p. 9.

francés permitió la constitución de derechos reales sobre algunos bienes, con el fin de permitir el arrendamiento enfitéutico, se trataba de una medida necesaria pero muy limitada en su alcance²⁷. Aunque la norma permitió a las personas públicas propietarias la constitución de esos derechos en beneficio del ocupante, la regla seguía siendo la imposibilidad de constituir derechos reales sobre el dominio público, el alcance de esta reforma estuvo entonces comprometido; la ley de 25 de julio de 1994 significó otro paso en esta evolución.

En 1994, el legislador optó por cambiar profundamente esta regla. La constitución excepcional de los derechos reales fue sustituida por la regla general de creación de esos derechos²⁸, *salvo disposición en contrario*. Aunque nuevamente fue criticada por su alcance—se aplicaba solamente para los bienes nacionales— y por su redacción confusa²⁹, esta ley permitió responder—siempre que seamos optimistas, según la fórmula de Ph. Yolka— a varios interrogantes.

En primer lugar, era claro que, en todo caso, los títulos habilitantes dan al ocupante las mismas prerrogativas del propietario de las obras construidas sobre el dominio público; en segundo lugar, el carácter administrativo se caracterizaría por la existencia de reglas para su ejercicio que limitan de manera significativa su cesión así como la posibilidad de constituir hipotecas; y, finalmente, antes de su promulgación, el juez Constitucional francés se pronunció al respecto, su decisión constituye la base de una nueva construcción más ambiciosa de los derechos reales administrativos.

En efecto, “[s]i el Consejo determinó que no había contradicción entre un derecho real que gravara el dominio público y el mencionado

²⁷ Y. Gaudemet, *Actualité de la dissociation...* *Op. cit.*, p. 11.

²⁸ Ley de 5 de enero de 1988, “El texto contiene una disposición con dos finalidades, busca de una parte garantizar al ocupante una estabilidad mínima, y de otra facilitar el financiamiento de las inversiones al permitir al arrendatario hipotecar su derecho y sus obras para garantizar eventuales créditos”, Ph. Yolka, *La propriété publique...* *Op. cit.*, p. 366. Ch. Pisani, *Valorisation...* *Op. cit.*, p. 1380.

²⁹ La verdad es que, según la doctrina, esta ley y el Decreto de 6 de mayo de 1995, generaron más interrogantes de los que resolvieron, afirma Ph. Yolka, “en otras palabras, retomando a Shakespeare, ‘mucho ruido y pocas nueces’”, *La propriété publique...* *Op. cit.*, p. 366. Cf. Y. Gaudemet, *Actualité...* *Op. cit.*, p. 11; Cf. O. Raymundie, *Le champ d’application de la loi sur les droits réels*, JCP N, 2001, p. 692.

*principio, es porque se tomaron todas las precauciones para que no atente contra la afectación del dominio público ... poco importa entonces que haya o no desmembración de la propiedad; lo que importa es que no se atenta contra la afectación demanial*³⁰; en otras palabras, el Consejo Constitucional francés centró de nuevo el debate sobre su verdadero objeto³¹, ya que si el fundamento de todo régimen demanial es la afectación, es bajo esta perspectiva que debe analizarse la constitución de los derechos reales administrativos, mientras éstos no se opongan a aquella, no puede considerarse que sean contrarios a los principios que inspiran y rigen la demanialidad pública.

Por ello, las condiciones para una declaración general sobre el asunto estaban dadas, si los derechos reales administrativos no atentan contra la inalienabilidad y por lo tanto no atacan la afectación al interés general, en la medida en que se tomaran medidas para garantizarla y protegerla, nada se opondría a su constitución³², al contrario se mostraban como una necesidad³³. Fue precisamente lo que hizo el legislador con la expedición del CGPPP, 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*

³⁰ Ph. Juen, *La compatibilité...* Op. cit., p. 131.

³¹ “Al considerar que no atenta contra la inalienabilidad, en tanto que incluso la ley prevé la constitución de derechos reales sobre el dominio público, el juez constitucional se centra de nuevo en la inalienabilidad, cuyo alcance había sido extendido por la jurisprudencia, más allá de su campo de aplicación original: juzgar que sólo la enajenación contraviene el principio de la inalienabilidad es, propiamente dicho, ‘revolucionario’, puesto que se trata de volver a una concepción más restrictiva que autoriza la constitución de los derechos reales compatibles con la afectación demanial”, Ph. Yolka, *La propriété publique...* Op. cit., p. 401.

³² En las claras palabras de Ph. Yolka, “esta idea se desarrolla en tres momentos. En primer lugar, la prohibición de los derechos reales sobre el dominio público se refería y descansaba sobre un único fundamento, la protección de la afectación del dominio público, que constituía la justificación y la medida de la inalienabilidad. La evolución posterior, condujo a una dualidad de fundamentos, que resultó en una desconexión entre las nociones de inalienabilidad y afectación. A medida que la afectación se extiende, principalmente al dominio privado, la inalienabilidad deja de aparecer como resultado necesario de la misma; al conquistar cierta autonomía, al punto de suplantarla, para finalmente convertirse, la afectación, en el fundamento de la prohibición de los derechos reales sobre el dominio público”, Ph. Yolka, *La propriété publique...* Op. cit., p. 402.

³³ Una reforma que no se ha consolidado, Cf. Y. Gaudemet, *Actualité de la dissociation...* Op. cit., p. 12.

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”.

La dificultad de aceptar la existencia de los derechos reales administrativos se fundaba en su pretendida inadecuación al principio de inalienabilidad –cuyo alcance se amplió para acoger dicha interpretación- y a la precariedad inherente a todas las ocupaciones privativas.

Fue gracias a que la *realidad* de algunos derechos fue confrontada con la *administratividad* de algunos bienes públicos – aquellos sometidos al régimen de la demanialidad pública– que esta idea nueva de los derechos reales administrativos pudo surgir; así, el adjetivo *administrativo* modifica sustancialmente dicha institución del derecho privado, a tal punto que tanto la doctrina como la legislación acogieron tal figura atendiendo su funcionalidad, más que buscando descubrir su verdadera naturaleza, y es que como lo afirma C. Combe, “[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”³⁴.

M. Hauriou ya había afirmado, en su primera formulación de la teoría de los derechos administrativos, que “*encontramos que existen los derechos reales especialmente administrativos, sobre los cuales no podría decirse que son desmembraciones de la propiedad, ya que en principio, no se encuentran en el comercio, por lo menos de forma separada, sino que producen algunas utilidades, variables, y que, en tanto que son revocables o susceptibles de valoración económica, son compatibles con la demanialidad pública*”³⁵. La noción pacíficamente admitida de los derechos reales partía de su carácter perpetuo y oponible incluso frente al propietario³⁶, la única forma de admitir

³⁴ C. Combe, “Les droits réels sur le domaine public. Ambiguïtés et limites”, JCP N, París, 2002 p. 760.

³⁵ M. Hauriou, *jurisprudence administrative... Op. cit.*, p. 272.

³⁶ En efecto, “al tratarse del arrendamiento enfiteútico, nos encontramos en presencia, como lo hemos señalado, de un ‘pálido sustituto’ de los derechos reales civiles”, C. Combe, *Les droits réels... Op. cit.*, p. 783; Este análisis en términos de derecho privado es criticado, con razón por Ph. Yolka “al invertir la problemática, es necesario notar un relativo declive del derecho real civil, cuya definición genera además numerosas dificultades ... Habría entonces algo de

la constitución de tales derechos era su necesaria *administrativización*.

Por ello el adjetivo “administrativo”, impone a los derechos reales dos limitaciones: se trata de derechos que son temporales y esencialmente revocables. El carácter temporal de los derechos reales administrativos se encuentra en las reglas del dominio público, la afectación al uso público de un bien es incompatible con la constitución de los derechos perpetuos, reales o no³⁷; se trata, bajo el mismo título, de derechos reales condicionados a su adecuación a la afectación del bien³⁸, por lo tanto la particularidad más importante de los derechos reales administrativos es su carácter revocable. Esta revocatoria a la luz de la explotación social y económica de los bienes de uso público debe estar acompañada de una indemnización.

Así mismo, con respecto a las condiciones de ejercicio de los derechos reales administrativos la legislaciones de los distintos países previeron algunas reglas necesarias para su adaptación a la demanialidad pública. Esos derechos no son, en principio, cedibles sin la autorización de la Administración que los concede³⁹ y, aún cuando sea posible utilizarlos como garantía real de las obligaciones contraídas, ésta sólo puede constituirse con el fin de financiar las

maniqueísmo al distinguir un modelo puro de derecho real civil y una forma alterada propia del derecho público”, Ph. Yolka, *La propriété publique... Op. cit.*, p. 336. Ver, también, G. De Reina Tertièr, “Los derechos reales administrativos: fundamentos para una categoría”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 2009, p. 1683.

³⁷ Salvo el caso particular de las concesiones de los cementerios. En el derecho colombiano, la naturaleza jurídica de los cementerios no es clara. Estos bienes pueden ser tanto propiedad privada como propiedad pública, sin embargo, el ordenamiento jurídico no aporta reglas claras en cuanto a su gestión. Parece claro, de otra parte, que no son considerados forzosamente como bienes de uso público. El artículo 205 de la ley 4 de 1913, hace referencia a una privatización de los cementerios, y permite a los municipios que han elegido mantener estos bienes vender las criptas y los lotes sin necesidad de utilizar la venta mediante subasta del artículo 204. Cf. art 43 del Decreto-ley 1333 de 1986.

³⁸ Los italianos lo llamarían derechos debilitados, De Reina Tartièr, *Los derechos reales... Op. cit.*, p. 1687.

³⁹ En el derecho francés, el artículo L. 1311-6 del CGPPP confirma esta regla: “El derecho real conferido por el título, las obras, construcciones e instalaciones de carácter inmobiliario no pueden cederse, o transmitirse en el marco de las transferencias inter vivos o de fusión, absorción o escisión de sociedades, durante la validez del título, incluyendo también la realización de la garantía sobre los mencionados derechos y bienes en los casos previsto en el primer y segundo inciso del artículo L. 1311-6-1, una persona autorizada por las colectividades territoriales, los grupos y los establecimientos públicos, a fin de realizar una utilización compatible con la afectación del dominio público ocupado”.

obras objeto de la garantía real⁴⁰.

Para algunos la *administratividad* de los derechos reales va en contra de la finalidad perseguida⁴¹, para otros, como J. Morand-Deville, “*esas técnicas extraídas del derecho privado se han adaptado necesariamente a su misión y se han rodeado de garantías inusitadas. Su gran mérito es lograr promover serenamente esas garantías contractuales sin menoscabar los fundamentos de la demanialidad pública: la afectación y la inalienabilidad*”⁴². Los derechos reales administrativos, al ser derechos reales sólo pueden coexistir con el dominio público después de un profundo reajuste, el cual es jurídicamente posible; esa institución no es exclusiva del derecho privado, constituye una construcción de la teoría jurídica que sirve para explicar una relación directa e inmediata entre un sujeto y un objeto por fuera del estrecho marco de la propiedad. Consolidados en el derecho comparado, para toda ocupación privativa en el derecho francés y para las ocupaciones concedidas mediante contrato en el derecho español, es tiempo de analizar su posible y deseable introducción en el derecho colombiano.

El derecho francés reconoce que los derechos reales administrativos conceden al ocupante todas las prerrogativas del propietario frente a cualquier persona – salvo la Administración – que quiera usurpar su derecho. El ocupante dispone entonces de las acciones posesorias y de todo mecanismo

⁴⁰ En el derecho francés, el artículo L. 1311-6-1 del CGPPP confirma esta regla, “[e]l derecho real sobre el título, las obras, construcciones e instalaciones no pueden ser hipotecados sino para garantizar los créditos realizados por el titular de la autorización para financiar la realización, la modificación o la extensión de las obras, construcciones e instalaciones de carácter inmobiliario situados sobre el bien ocupado”, esos derechos no hacen parte de la prenda general de los acreedores. Esta limitación para la constitución de garantías reales encuentra un fundamento preciso “[p]recisamente la salvaguarda del interés público justifica, por una parte, que no se admita la hipoteca de concesiones en garantía de deudas que no guarden relación con la concesión correspondiente y, por otra, que se requiera autorización administrativa previa para poder hipotecar las concesiones de obras públicas con los bienes y derechos que lleven incorporados”, P. Hernández Emeid, “Régimen general de las obras públicas”, in J. González García (coord.), *Derecho de los bienes públicos*, Madrid, Tirant Lo Blanch, 2005, p. 767.

⁴¹ “Aunque las leyes de 1988 y 1994 han aportado a los inversionistas privados algo de seguridad jurídica, no han eliminado el carácter precario y revocable de la autorización de ocupar el dominio público, lo que sigue siendo contrario a la voluntad de hacer del bien una riqueza productiva”, C. Combe, *Les droits réels...* *Op. cit.*, p. 756.

⁴² J. Morand-Deville, *La valorisation...* *Op. cit.*, p. 281.

que la ley disponga para proteger sus derechos; contempló también, eventualmente la reivindicatoria y es allí donde está todo el interés de la categoría, la posibilidad de constituir garantías reales sobre las instalaciones o las obras que se han construido. En su ejercicio los derechos reales administrativos se encuentran en el comercio jurídico público, para nosotros el particular es titular de un derecho real administrativo sobre el bien de uso público y sobre las construcciones, será un verdadero propietario.

Resta aclarar su naturaleza jurídica y su objeto en el derecho colombiano y latinoamericano.

III. El reconocimiento legal de los derechos reales administrativos en Colombia

El reconocimiento de los derechos reales administrativos (DRA) es una de las consecuencias primordiales del reconocimiento de la propiedad pública, como institución subyacente a los regímenes de afectación, que ya es aceptada en derecho colombiano. 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.

Esta figura no es original en el derecho de la infraestructura colombiano, pues, como se explicó, en el derecho francés, desde 2006 es claro que toda ocupación privativa genera derechos reales; en el sistema jurídico español desde 2003, los DRA eran una realidad tangible⁴³; en el derecho peruano, se consagró la posibilidad de hipotecar la concesión, lo que, por vía

⁴³ 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”.

consecuencial, permitiría considerarla como un derecho real en sí mismo⁴⁴. En Chile⁴⁵, se hace referencia a la prenda especial de la concesión de obra pública.

⁴⁴ 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”^[1]_{SEP}.

⁴⁵ 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:

“Artículo 43°.- 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

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”⁴⁶.

El punto de partida en el derecho colombiano se encuentra 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

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 Alejandro Vergara Blanco en su brillante estudio titulado “Los derechos mineros como derechos reales administrativos”, Revista de Derecho Público, V. 2, No. 115, Madrid, 1989, p. 473 a 493.

⁴⁶ Combe, Christine., “Les droits réels sur le domaine public. Ambiguïtés et limites”, JCP N, París, 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”, *Lo público y lo privado en el Derecho de las infraestructuras*, La ley, Buenos Aires, 2018, p. 67.

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.

Por su parte, el artículo 287 de la Ley 2294 de 2023 también reguló la materia, para ampliar el plazo y permitir que se utilizara por fuera de la infraestructura de transporte vial, en particular para los bienes públicos municipales.

Artículo 284. Derecho Real Accesorio de Superficie. Una entidad pública denominada superficiante, titular de un **bien inmueble fiscal o de uso público** destinado a la infraestructura de transporte, podrá otorgar el Derecho Real de Superficie (DRS) de origen contractual, enajenable y oneroso, a un tercero denominado superficiario, por un plazo máximo de ochenta (80) años, incluyendo prórrogas. El superficiario tendrá la facultad, conforme a la normatividad de ordenamiento territorial” del lugar donde se ubique el inmueble y las disposiciones urbanísticas vigentes, de realizar y explotar por su cuenta y riesgo construcciones o edificaciones en áreas libres aprovechables con todos sus atributos de uso, goce y disposición, a fin de que 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. En todo caso, las construcciones que realice el superficiario requerirán licencia de construcción cuya titularidad recae en el superficiario. La curaduría o la autoridad distrital o municipal, según corresponda, aprobará los planos de deslinde de las áreas que corresponden a dichas construcciones.

El DRS se constituye mediante contrato, elevado a escritura pública, suscrito entre las partes, el cual contendrá como mínimo la delimitación del área aprovechable, el plazo, las condiciones de reversión de las construcciones, las causales de terminación, las obligaciones y la retribución que corresponde al superficiante, el cual se inscribirá ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos en el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble base como

derecho accesorio, identificándose el área conferida al superficiario y sus linderos y construcciones, así como los actos jurídicos que se efectúen en relación con el DRS. La cancelación procederá mediante escritura pública suscrita por las partes, que será objeto de registro.

Parágrafo 1º. Respecto de las construcciones derivadas del DRS, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos procederá a habilitar subfolios, en los cuales se anotarán los actos jurídicos sujetos a registro que puedan soportar estas construcciones, sin que se trasladen al folio de matrícula inmobiliaria del inmueble base. Con la extinción del DRS, los subfolios, así como sus gravámenes, limitaciones y medidas cautelares cesarán sus efectos. Al finalizar el contrato se deberá declarar la edificación construida como construcción en suelo propio sobre el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble base y la mejora revertirá a la entidad pública superficiante. La Superintendencia de Notariado y Registro deberá adoptar los códigos registrales necesarios y para todos los efectos se aplicará la tarifa ordinaria para la inscripción de documentos como un acto o negocio jurídico cuya naturaleza tiene cuantía.

Parágrafo 2º. En los proyectos de origen público corresponderá a la entidad superficiante adelantar los estudios técnico, financiero y jurídico para su estructuración e implementación; la selección del superficiario se realizará conforme a las reglas propias de contratación que le apliquen a la entidad según su naturaleza jurídica. En los proyectos de origen privado corresponderá al interesado realizar los estudios técnico, financiero y jurídico y asumir

por su propia cuenta y riesgo el costo estimado de su revisión y/o evaluación por parte de la entidad superficiante, para lo cual aplicarán las condiciones establecidas en el artículo 19 de la Ley 1882 de 2018; la selección del superficiario se realizará según el procedimiento establecido en los artículos 19 y 20 de la Ley 1508 de 2012. En ningún caso el DRS se entenderá como una Asociación Público Privada en los términos de la Ley 1508 de 2012.

La creación del derecho real de superficie por el legislador es una evolución considerable en el ordenamiento jurídico nacional, tan proclive a la pasividad en la regulación 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 2015⁴⁷, así que para los aspectos más técnicos de la cuestión remito a lo allí afirmado.

La operación es relativamente sencilla de explicar, pero con algunas dificultades prácticas.

- (a) Se trata de un instrumento contractual que permite constituir un derecho real sobre el vuelo o el subsuelo de un bien público -fiscal o de uso público; ese derecho real se denomina derecho de superficie.
- (b) El superficiante, entidad pública propietaria, tiene un conjunto de garantías que implican que el uso del bien no se va a ver afectado.
- (c) El superficiario, titular del derecho real, tiene el derecho a realizar las construcciones que el uso del suelo permita y con las condiciones que permitan las normas urbanísticas. Es decir, se trata de un proyecto urbanístico.
- (d) Las unidades en volumen que construya son de su propiedad, hasta por 80 años, sin que por ella se modifique la titularidad del inmueble

⁴⁷ 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, J., *Derecho Administrativo de Bienes*, U. Externado, Bogotá, 2015.

que le sirve de base. Es una construcción en volumen que no afecta la propiedad del inmueble base.

- (e) El superficiario puede enajenar unidades dentro de aquello que construye en virtud de su derecho, sin romper la unidad del Folio de Matrícula Inmobiliaria, para lo cual se crea un sistema de subfolios que van a estar vigentes por la duración del DRS.
- (f) El DRS puede circular en el tráfico jurídico y ser objeto de negociación, siempre y cuando se respeten las condiciones de (a) temporalidad y (b) tangibilidad producto de la reversión.

Solo resulta relevante transmitir el DRS pudo 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 DRS 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 dejaremos 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.

Más allá del derecho comparado, existen dos argumentos concretos que justifican el hecho de que la inalienabilidad no se opone a la constitución de DRS. En primer lugar, es a raíz de una concepción extensiva – *por un abuso*

*del lenguaje*⁴⁸ - del principio de inalienabilidad, que los derechos reales administrativos se consideran erradamente como una venta parcial de los bienes de uso de público, pero lo cierto es que “*debe reflexionarse sobre tal sacralización del principio de inalienabilidad en detrimento de la afectación: hemos, gracias a un curioso fenómeno de idolatría, venerado un ícono olvidando aquello que representaba*”⁴⁹; este fenómeno puede ser llamado, para parafrasear a M. Waline, la hipertrofia de la inalienabilidad.

La inalienabilidad debe comprenderse en su sentido más estricto pues, en fin de cuentas, es una prohibición; esta regla busca evitar de manera exclusiva la salida del bien del patrimonio de la persona pública, idea que parte de una identificación entre interés general y persona pública, la razón de ser de su *vis expansiva* es que durante mucho tiempo se pensó que las personas públicas tenían una suerte de monopolio del interés general.

Si se circunscribe a sus justas proporciones, la inalienabilidad solo prohíbe aquellos contratos cuyo objeto lo constituya la transferencia de la propiedad del bien de uso público; por la misma razón, teniendo en cuenta que la constitución de los derechos reales no implica, en caso alguno, un cambio en la titularidad del bien, no podrían entrar, en un análisis lógico, en el ámbito de aplicación de la regla de la inalienabilidad.

En todo caso, es esencial recordar que el objetivo del DRS consiste en una operación inmobiliaria, de carácter financiero, que rompe, por disposición legal, el principio de accesión para permitir la construcción en terreno ajeno no acceda al propietario de terreno, con el propósito de crear una propiedad temporal en el vuelo o el subsuelo de un bien público. Pero en manera alguna implica que se transfiera la titularidad del bien que le sirve de base al superficiario, por el contrario, la existencia del bien público y su intangibilidad es presupuesto de la constitución de DRS.

El DRS es un derecho real accesorio, creado por una ley. En este caso, fue creado por la Ley 1955 de 2019 para la infraestructura de transporte, pero el artículo 284 la Ley 2294 de 2023, lo amplió a otro tipo de infraestructura municipal. Al tratarse de una operación inmobiliaria de tipo financiero, que integra una fijación de unos usos del suelo, en determinada zona de la ciudad, se trata de un asunto propio del sector que regula el ordenamiento del territorio, que busca integrar provisión de infraestructura y normas

⁴⁸ En los términos de Ph. Yolka, *La propriété publique*, LGDJ, 1997, p. 399.

⁴⁹ Ph. Yolka, *La propriété publique*, LGDJ, 1997, p. 402.

urbanísticas.

Lo cierto, sin embargo, es que no existe norma alguna de carácter constitucional que se oponga a la constitución del DRS. El artículo 63 CP no se opone toda vez que en este caso no existe ni una variación del destino y/o uso del inmueble fiscal o de uso público, como tampoco se produce una transferencia del derecho de propiedad. En consecuencia, la inalienabilidad no se opone a esta operación.

Por otra parte, al tratarse de un derecho real accesorio sería imposible considerar que existe una transferencia del derecho de dominio del propietario público al superficiario. La inalienabilidad solo restringe los actos de transferencia del derecho de dominio, como la jurisprudencia que el comentarista cita lo explica claramente; en este caso, al estar expresamente prohibido que se transfiera el dominio del inmueble de uso público, no puede lógicamente haber violación de la inalienabilidad.

IV. Algunas preguntas que pueden surgir con ocasión de su reconocimiento

Ahora bien, la operación ha generado muchas discusiones al punto que no han permitido que se expida el reglamento que los haría viables. Por esto mismo, no es sencillo verificar el éxito de este tipo de operaciones.

Lo cierto es que su reconocimiento debe integrarse por un régimen jurídico de derecho público de los contratos que tienen por objeto esos derechos reales. Es decir que la constitución de derechos reales abre el camino para nuevas tipologías contractuales (arrendamiento enfiteútico administrativo⁵⁰, APP, leasing con opción de venta, contratos llave en mano, entre otros) que permitan la financiación de infraestructuras y su valorización, con más o menos inversión pública inicial y una rentabilidad económica y social importante a mediano y largo plazo.

⁵⁰ La doctrina francesa se ha interesado bastante sobre la cuestión de estos arreglos financieros: “son principalmente los diferentes regímenes de crédito-arrendamiento los que carecen de unidad. Como lo han señalado Maugué y Bachelier en un artículo reciente en el cual los autores se lamentan que, ‘para las autorizaciones de ocupación temporal cuyo principio y régimen son los mismos, será posible en un caso recurrir al crédito-arrendamiento y en otros no, eventualmente para instalaciones exactamente iguales’”, C. Pisani, *Valorisations... Op. cit.*, p. 1380.

Estos negocios financieros necesitan de la realidad de los DRS. Estos derechos no benefician solamente a los ocupantes privativos, sino que permiten una mejor gestión de los bienes de uso público y de la propiedad pública en general, como ocurre en el derecho colombiano, que se trata de una operación puramente financiera, más que necesariamente ligada a la ejecución de una obra pública. El derecho colombiano conoce desde hace mucho tiempo estos negocios, las concesiones de la ley 80 de 1993 presentan en buena parte características de las APP y de otros contratos similares, por lo que su utilización es factible, sólo falta la voluntad política – y jurídica – para asumir nuevas formas de interpretación de las normas existentes y adecuar las que parecen oponerse.

Surgen dos interrogantes adicionales de la gestión práctica. Lo atinente a la cesibilidad de los derechos reales administrativos y a su inembargabilidad.

La legislación francesa, por ejemplo, ha limitado de manera importante la facultad de ceder los derechos reales administrativos; aunque es posible, la cesión debe ser previamente autorizada por la autoridad concedente. Ahora bien, “¿qué significa el régimen del derecho real?”, se preguntaba Y. Gaudemet, a lo cual respondió que “es la posibilidad de hacerlo circular como elemento de valorización”⁵¹. En el terreno virgen del derecho de los bienes públicos colombiano, sería posible encontrar elementos de circulación de esos derechos, sin que se opongan a los principios que regulan la materia.

Pueden plantearse los términos del debate de la siguiente forma: por una parte, la noción de propiedad, en el derecho colombiano, se ha definido a partir de la idea de función social como elemento, no de limitación, sino de florecimiento de la propiedad. Así, en el sistema contemplado en el derecho colombiano en ningún caso ocurre una vulneración de la afectación⁵². Por la

⁵¹ Y. Gaudemet, *Valorisation... Op. cit.*, p. 1905.

⁵² Tal como lo hemos afirmado en otra ocasión: “... el derecho positivo colombiano nos lleva a considerar la existencia de un sistema en capas que permita construir un régimen jurídico, no a partir de categorías genéricas, sino de las diferentes afectaciones que pueden recaer sobre los bienes públicos. Esto quiere decir que la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad funcionan como instrumentos de protección de los que dispone el legislador para proteger determinados bienes públicos o privados en la medida en que recaiga sobre ellos un interés general que amerite dicha protección. Corolario de esta posición es que de manera general, las afectaciones son de múltiples tipos y pueden aplicarse

otra, es claro que ni la inalienabilidad ni la precariedad se oponen a la constitución de derechos reales administrativos, por cuanto la *administratividad* de esos derechos reales reside justamente en su adaptación a esos dos principios.

Fijadas como están esas dos reglas, resulta necesario determinar si hay una razón para la intransmisibilidad de los derechos reales administrativos. La afectación no puede oponerse a la cesibilidad de los derechos reales administrativos, puesto que, como lo hemos señalado, la afectación actúa sobre el bien no sobre el propietario. Esto significa que el bien debe continuar afecto sin consideración del titular del derecho real, en otras palabras, si el derecho real administrativo es una desmembración de la propiedad pública – derecho–, no podría tener consecuencias sobre la afectación –régimen jurídico–. Sin embargo, la consideración de la autorización de ocupación privativa como un acto *in tuito personae*, descansa sobre una idea según la cual la gestión del dominio es en sí misma un servicio público, pero en el marco de la valorización de las propiedades públicas es el interés privado el que se identifica con el interés general, por lo tanto, la circulación del derecho real administrativo permite satisfacer de mejor manera éste último y permite una mayor oportunidad financiera, que es el propósito de la herramienta.

Además, un derecho real, incluso administrativo, sigue siendo una relación entre un sujeto de derecho y una cosa, esta relación está protegida por el derecho, pero el elemento más importante es el objeto, no el sujeto, todo sujeto que se encuentre en esta relación con el objeto es titular de un derecho real, todos los beneficios y los límites inherentes a la categoría le son aplicables; solamente en el caso de que la ocupación privativa se encuentre vinculada a una actividad de servicio público, la cesión es objeto de una autorización previa por parte de la autoridad competente.

En cuanto a la inembargabilidad, existe un problema adicional, que se encuentra ligado a la cesibilidad. En el derecho francés, la cuestión se plantea de forma diferente que en el derecho colombiano. Mientras que en el derecho francés la inembargabilidad hace parte del régimen de la propiedad pública – las personas públicas no pueden ser ejecutadas judicialmente –, en el derecho

simultáneamente sobre un mismo bien”, sea éste público o privado, Julián Andrés Pimiento Echeverri, “Reflexiones en torno a la división de los bienes públicos en el Código Civil”, *Revista de Derecho Privado*, No. 21, 2011, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 231.

colombiano es una regla derivada de la afectación. No obstante, esas consideraciones no son relevantes para explicar la situación de los derechos reales administrativos. Aunque desmembrados de la propiedad pública, estos no son derechos reales públicos en un sentido orgánico y, por lo tanto, no se encuentran sometidos a las reglas de aquella; dicho de otra manera, se trata de *derechos reales administrativos pero de titularidad privada*, es entonces una afectación de interés general que actúa sobre el patrimonio de una persona privada. En consecuencia, estos no pueden ser inalienables, inembargables o imprescriptibles, salvo disposición legislativa. La gestión de esas limitaciones a la propiedad debe ser monitoreada desde el punto de vista constitucional – en el derecho colombiano – y convencional – para el caso europeo.

Sin embargo, ese acercamiento entre los regímenes jurídicos del derecho real administrativo y del bien de uso público, ocasionado por las dificultades de interpretación ya señaladas, ha producido, por efecto de osmosis, una transposición errada de las características del dominio público a los derechos reales administrativos. Al mirar de cerca, son realidades muy diferentes. El embargo de los derechos reales administrativos es posible, ya sea que se persiga la indemnización a la que el superficiario tendría derecho en el caso de una revocatoria anticipada o buscando la adjudicación del derecho real al mejor oferente para seguir beneficiándose del pago de la acreencia. El reconocimiento de estas posibilidades es sumamente importante lo deberá hacerse después de una reflexión más profunda sobre la importancia que debe darse a la valorización de las propiedades públicas y particularmente a los bienes de uso público.

V. A manera de conclusión

Se ha dicho que los derechos reales administrativos son la consecuencia primordial del reconocimiento de la propiedad pública, aun cuando haya voces que niegan dicha relación, resulta cierto que ellos constituyen sino una desmembración del derecho propiedad, constituyen un instrumento útil para una gestión más económica; se señaló, además, que la finalidad de los derechos reales administrativos era la de dotar de mayor estabilidad al ocupante privativo, de contrabalancear, en la medida de lo posible, un sistema de gestión de los bienes de uso público demasiado garantista, en el cual el interés general puede intervenir en cualquier momento

para modificar las condiciones en que la utilización especial del bien se desarrolla o aun terminarla de manera unilateral.

Pues bien, los derechos reales administrativos a más de darle mayor estabilidad a los ocupantes privativos, por su regulación propia se perfilan como verdaderos instrumentos financieros y gestión eficiente de las infraestructuras sobre los que recaen, que no se encuentran ligados a la previa existencia de un contrato de obra pública o de concesión.

En efecto, que tanto en el derecho español como en el francés o aún en el peruano, se considere que las concesiones otorgan derechos reales sobre los bienes que constituyen el objeto del contrato y que pueden ser objeto de constitución de gravámenes, siempre y cuando con ello se busque obtener la financiación necesaria para desarrollar la construcción de infraestructura de todo tipo, evidencia una transformación profunda del derecho de los bienes públicos.

El mecanismo de su funcionamiento, sin embargo, sigue dejando muchas dudas, que no han permitido la expedición de la norma reglamentaria que permitiría su materialización. Los DRS son prueba de la necesidad de considerar los bienes públicos como lo que son, bienes, activos, cuantificables económicamente, que requieren de importantes inversiones, pero sobre todo de mucha creatividad para actualizar las clásicas reglas de protección -inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad- a la realidad de los instrumentos financieros inmobiliarios; su creación normativa permite ser optimistas en cuanto al futuro de la regulación de los bienes públicos en el país, tan desamparada de verdaderas y eficaces herramientas jurídicas.

Bibliografía

- AUBY, J.-M., *Les contrats comportant occupation du domaine public*, Recueil Dalloz, París, 1953
- BENAVIDES, J.L., *El Contrato Estatal*, 2ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004
- CHAPUS, R., *Droit administratif général*, T. II, 14ª edición, Montchrestien, París, 2000.
- COMBE, C., “Les droits réels sur le domaine public. Ambiguïtés et limites”, JCP N, París, 2002

DE LA RIVA, Ignacio, *Lo público y lo privado en el Derecho de las infraestructuras*, La ley, Buenos Aires, 2018.

DELALOY, G., “Faut-il supprimer le principe d’inaliénabilité du domaine public ?”, RDP, París, 2006

DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel*, T. III, 2ª edición, Fontemoing, París, 1923.

DUPRAT, J.-P., *L’évolution des logiques de gestion du domaine de l’État*, AJDA, 2005

ESCOBAR GIL, R., *Teoría de los contratos de la Administración Pública*, Legis, Bogotá, 1999

GAUDEMET, Y., *La domanialité replacée dans le contexte de la loi de 1994*, JCP N, 2001.

GAUDEMET, Y., *Valorisation des propriétés publiques*, JCP N, n°. 43-44, 2006

GAUDEMET, Y., *Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit public*, Revue de Droit Immobilier, Paris, 2009.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Los derechos reales administrativos*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1984

HAURIOU, M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, T. III, Sirey, 1929

HAURIOU, M., *Précis de droit administratif*, 12ª edición, Sirey, 1933

HERNÁNDEZ EMEID, P., “Régimen general de las obras públicas”, in J. González García (coord.), *Derecho de los bienes públicos*, Madrid, Tirant Lo Blanch, 2005

JUEN, Ph., *La compatibilité du principe d’inaliénabilité avec la constitution des droits réels*, Revue de Droit Immobilier, París, 2000

MORAND-DEVILLER, J., *La valorisation économique du patrimoine public*, in Mélanges Drago, Economica, París, 1996

PIMIENTO ECHEVERRI J., *Teoría de los bienes de uso público*, U. Externado, Bogotá, 2010.

PIMIENTO ECHEVERRI, J., *Derecho Administrativo de Bienes*, U. Externado, Bogotá, 2015.

PISANI, Ch., *Valorisation des propriétés publiques*, JCP A, 2006

RAYMUNDIE, O., *Le champ d’application de la loi sur les droits réels*, JCP N, 2001

REINA TERTIÈRE, G., “Los derechos reales administrativos: fundamentos para una categoría”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 2009

TROTABAS, L., *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, Tesis Grenoble, 1924

VERGARA BLANCO, A., “Los derechos mineros como derechos reales administrativos”, *Revista de Derecho Público*, V. 2, No. 115, Madrid, 1989

YOLKA, Ph., *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, París, 1997

LA CONSTRUCCIÓN “FÍSICA” DE LA UNIÓN EUROPEA: LAS REDES TRANSEUROPEAS

Gerardo García-Álvarez

Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Zaragoza
galvarez@unizar.es

Sumario: I. La creación de un mercado interior «físico»: de las reformas jurídicas a la creación de infraestructuras. 1. Los antecedentes: la política europea de transporte y la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de mayo de 1985, asunto 13/83, Parlamento Europeo contra Consejo de las Comunidades Europeas. 2. La construcción de la red. II. El impulso de la CPP: ¿aumento de la eficiencia o artificio contable?. 1. Marco jurídico de la CPP contractual. 2. Beneficios e inconvenientes de la CPP contractual frente a un contrato público de obra o servicios: su aplicación específica al caso de la construcción de la red europea de infraestructuras. III. Epílogo.

I. La creación de un mercado interior «físico»: de la creación de un marco jurídico de uso a la creación de infraestructuras físicas

La Unión Europea está inmersa en la creación de una red de infraestructuras de diverso tipo a escala continental. Ciertamente, aún con diferencias regionales importantes, Europa es una de las partes del mundo con una red más densa y de mejor calidad de infraestructuras de diverso tipo. Sin embargo, una parte muy relevante de las mismas fueron construidas acordes a la lógica del Estado nación, no de la integración europea. Por ello ha resultado necesario, dentro del proceso de construcción de un mercado interior europeo, enlazar mediante infraestructuras de gran capacidad redes ya existentes, aunque en algunos casos como en el Este y Suroeste de Europa y, en menor medida, en las penínsulas Italiana e Ibérica haya sido preciso apoyar la mejora de capacidad de la red existente, dada su clara insuficiencia.

No fue ésta la primera preocupación de los Estados miembros tras la creación de las Comunidades Europeas con la firma de los Tratados de Roma en 1957. Durante un largo período fue incluso imposible la puesta en pie de una política común de transportes, que permitiese mediante ajustes del marco jurídico, mejorar la eficiencia de los transportes transfronterizos. Ya en la década de 1960 se producen las primeras iniciativas de la Comisión Europea en el ámbito del transporte, si bien fue a finales de los ochenta cuando se planteó un plan de acción de carácter plurianual que concluyó en una

Propuesta de Reglamento del Consejo, Comunicación de la Comisión al Consejo. Programa a medio plazo de las infraestructuras de transporte. COM (1986) 340 final. Sin embargo, sólo tras la firma del Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht en 1992 se emprendió la construcción física de una red de transportes, que ha sido complementada con otras infraestructuras, destacadamente en el ámbito de las telecomunicaciones y de la energía.

No obstante, el proyecto ha encontrado sus límites, señaladamente en los limitados fondos disponibles, lo que ha llevado a la Comisión Europea a intentar potenciar los efectos de los recursos efectivamente comprometidos mediante el concepto de «capital-semilla», inicialmente con la cofinanciación con los Estados miembros directamente beneficiarios, posteriormente también con la potenciación de la utilización de mecanismos de colaboración público-privada (CPP), permitiendo movilizar recursos (capital, conocimientos técnicos y capacidad de gestión) del sector privado con fines públicos. Este último mecanismo, no obstante, debe ser objeto de un balance crítico: resulta imprescindible, pero no parece que en todos los casos se haya alcanzado la excelencia en su diseño y ejecución.

Entre 2021 y 2027 la Unión Europea ha previsto cofinanciar con 12.500 millones de euros diferentes redes transeuropeas, reforzando la conexión entre los Estados de la Unión tanto en el sector primordial de las infraestructuras de transportes, como en los también estratégicos de telecomunicaciones (comunicaciones electrónicas, en la jerga comunitaria) y de la energía, especialmente las redes de transporte de energía eléctrica y los gasoductos. Los grados de desarrollo y la importancia económica son desiguales, no obstante: sigue siendo primordial la infraestructura de transporte, está enormemente desarrollada la red de telecomunicaciones, en gran parte gracias a avances tecnológicos que maximizan el aprovechamiento de las infraestructuras físicas, y sigue estando por detrás lo relativo a las infraestructuras de transporte de energía. En la actualidad se encuentran completamente incorporadas al Derecho originario de la Unión, en el que se les dedica el Título XVI, arts. 170 a 172 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE). El objetivo esencial es garantizar la viabilidad del mercado interior o mercado único. Sin embargo, también aparecen incorporados objetivos de desarrollo económico, en beneficio tanto de los operadores económicos como de los entes regionales y locales. También

aparece incorporado al Derecho originario de la Unión el contribuir a un desarrollo armonioso del conjunto de la Unión que ayude a reforzar la cohesión económica, social y territorial y a reducir diferencias en los niveles de desarrollo de las regiones, mitigando el retraso de las menos favorecidas, como se recoge en el título XVIII del TFUE, dedicado a la «Cohesión económica, social y territorial».

En todo caso, puede destacarse que una perspectiva puramente funcional, prescindiendo de la sustantiva del régimen jurídico de los bienes que sirven de soporte material, permite aglutinar en una única categoría infraestructuras cuyos regímenes son sustancialmente diferentes: transportes (dominio público), telecomunicaciones (titularidad privada, aunque pueda haber algunas, especialmente de carácter militar, que sean de titularidad pública) o transporte de energía, entre las cuales de nuevo la mayoría son privadas, estableciendo en estos casos obligaciones de servicio universal y derechos de acceso a las redes de terceros con las que se consigue un régimen funcional equivalente al dominio público.

Este enfoque funcional ha permitido a la Unión avanzar en ámbitos como las comunicaciones en otro momento consideradas un elemento esencial del Estado, directamente ligadas al ejercicio de la soberanía. Para ello, la Unión se ha valido de instrumentos indirectos: cooperación, planificación, coordinación y cofinanciación. Y ha buscado extender la cooperación no sólo a los Estados miembros, sino al sector privado, a través de mecanismos de cooperación público-privada que, no obstante, ofrecen unos resultados mixtos.

1. Los orígenes: la política europea de transporte y la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de mayo de 1985, asunto 13/83, Parlamento Europeo contra Consejo de las Comunidades Europeas¹

El sector del transporte es una de las áreas dinamizadoras del proceso de integración europeo, lo que no ha impedido que su evolución como política comunitaria, tanto en sus aspectos jurídicos como en el impulso de nuevas infraestructuras, se haya visto sujeta a un complejo proceso.²

En el Tratado de Roma, firmado el 25 de marzo de 1957, se menciona expresamente el sector del transporte, lo que a priori no resulta sorprendente, dada su vinculación con el objetivo primordial del Tratado, es decir, la libre circulación de personas, mercancías y capital, para lo que se consideró esencial la libertad de comunicaciones, la reducción de costes y la simplificación y armonización de trámites formales y reglamentaciones sustantivas, como ya se había señalado en el informe Spaak. Sin embargo, la cuestión no ha resultado tan clara en la práctica. Desde luego, el desarrollo original de una política común se vio dificultado en gran medida por las diferencias en el peso que los distintos tipos del transporte tenían en los Estados fundadores: mientras los países del Benelux, debido a su pequeño tamaño, habían desarrollado el transporte por carretera y el fluvial, en Alemania y Francia, se había primado el transporte ferroviario.³ Pero es que el hecho mismo de configurar el transporte como “política común” evidencia lo delicado de la materia. De hecho, la mención especial del sector del transporte en el Tratado debe vincularse con la existencia de fuertes tendencias intervencionistas en un sector considerado estratégico para el desarrollo

¹ SILVA DE LAPUERTA, R. (1985): “La política común de transportes: obligaciones del Consejo y labor fiscalizadora del Parlamento”, Noticias CEE 1985 p. 697-699; ARPIO SANTACRUZ, M. (1985): “El Parlamento frente al Consejo: la sentencia del Tribunal de Justicia en materia de transportes”, Revista de Instituciones Europeas 1985 p. 789-804.

Desde una perspectiva general, vid. ALONSO GARCÍA, R.O (2000): «Actividad judicial v. inactividad normativa (El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas frente al déficit normativo de las Instituciones y de los Estados miembros)», RAP núm. 151, pp. 71-132.

² ARROYO ABAD, C. (2008): La política común de transportes: origen y evolución en Europa del transporte público por carretera, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLI (2008) 49-68.

³ ORTIZ BLANCO, L., y VAN HOUTE, B. (1996): *Las normas de competencia comunitarias en el transporte*, Madrid, Editorial Civitas, p. 31.

económico de los diferentes Estados, lo que llevó a reconocer una serie de limitaciones a los principios generales del Tratado de Roma, en particular a la libre prestación de servicios (art. 61) y a las reglas de competencia (título V) como modo de proteger los mercados interiores de transporte de cada Estado miembro.

Por otra parte, éste es uno de los sectores en los que la previsión de una política común y de un período transitorio prolongado (hasta 1969) evidencia desde un primer momento la dificultad de aproximar los diversos y encontrados intereses nacionales.⁴ Esas dificultades llevaron a una situación de *impasse* que puso de manifiesto las limitaciones de un enfoque intergubernamental como único mecanismo de construcción europea. Por el contrario, el desarrollo posterior ha puesto de manifiesto la virtualidad de un enfoque neofuncionalista, centrado en el impulso por el Parlamento y la Comisión Europea de programas específicos con efectos multiplicadores.⁵

En ese contexto destaca la implicación del Parlamento Europeo en el impulso de una política común de transportes, con varias iniciativas políticas y llegando a interponer una acción judicial por omisión contra el Consejo de las Comunidades Europeas, en una demanda que contó con el apoyo de la Comisión, dando lugar a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de mayo de 1985, asunto 13/83. Como se recuerda en la sentencia, la política común en el sector de los transportes figura entre las acciones que, según el artículo 3 del Tratado de Roma, debe llevar a cabo la Comunidad para establecer un mercado común y aproximar progresivamente las políticas económicas de los Estados miembros. Constituye el objeto del Título IV de la Segunda Parte del Tratado, parte relativa a los «fundamentos de la Comunidad». En el artículo 74, con el que comienza dicho Título, se prevé que los objetivos del Tratado, en el sector de los transportes, se perseguirán «en el marco de una política común». Con arreglo al apartado 1 del artículo 75, para la aplicación del

⁴ Se ha afirmado que «toda política común, en definitiva, lo que supone es el establecimiento de reglas especiales frente a los principios generales del Tratado», como señala CASCALES MORENO, F. J. (2000): «La política común del transporte ferroviario», Noticias de la Unión Europea núm. 185, p. 97.

⁵ STEPHENSON, P. (2010): «Let's get physical: the European Commission and cultivated spillover in completing the single market's transport infrastructure, Journal of European Public Policy», 17:7, 1039-1057.

artículo 74 el Consejo establecerá, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Comité Económico y Social y al Parlamento Europeo:

- «a) normas comunes aplicables a los transportes internacionales efectuados desde el territorio de un Estado miembro con destino al mismo o a través del territorio de uno o varios Estados miembros;
- b) las condiciones con arreglo a las cuales los transportistas no residentes podrán prestar servicios de transportes en un Estado miembro;
- c) cualquier otra disposición oportuna».

Según el apartado 2 del artículo 75, las disposiciones previstas en las letras a) y b) del apartado 1 se habrían debido adoptar durante el período transitorio, es decir, antes de finales del año 1969.

Ya en 1968, cerca del final del período transitorio previsto por el Tratado, el Parlamento Europeo había adoptado una resolución sobre la situación de la política común de transportes (DO C 10, p. 8), en la que tras recordar una resolución anterior relativa al retraso en la aplicación de la política común de transportes, se subrayaba su «voluntad expresa de que se defina y aplique sin mayor dilación una política de transportes, política que el Parlamento Europeo considera un elemento fundamental del mercado común». En 1970 el Parlamento adoptó de nuevo una resolución similar (DO C 40, p. 27), en la que llamaba otra vez la atención sobre el retraso en la materia e instaba al Consejo a que estableciese un programa de trabajo con un calendario preciso. Al emitir su dictamen sobre la comunicación de la Comisión al Consejo de octubre de 1973 relativa al desarrollo de la política común de transportes, el Parlamento adoptó una resolución, de 25 de septiembre de 1974, sobre los principios de la política común de transportes (DO C 127, p. 24). Posteriormente el Parlamento reiteró al Consejo su petición de que estableciese sin demora una política común coherente en el sector de los transportes, mediante resoluciones de 16 de enero de 1979 (DO C 39, p. 16) y de 3 de marzo de 1982 (DOC 87, p.42). Tras comprobar que seguía sin existir la política común prevista en el Tratado, el Parlamento Europeo adoptó el 16 de septiembre de 1982 una resolución relativa a un recurso por omisión contra el Consejo de las Comunidades Europeas en materia de política de

transportes (DO C 267, p. 62). Dicha resolución considera que la política de transportes tan sólo ha sido objeto de medidas mínimas que no responden en modo alguno a las exigencias del mercado común y que, de este modo, no se observó lo dispuesto en la letra e) del artículo 3 y en los artículos 74 a 84 del Tratado. La resolución recuerda, además, «que el Consejo no se ha pronunciado acerca de numerosas propuestas de la Comisión sobre las que hace ya mucho tiempo que el Parlamento Europeo emitió un Dictamen favorable». Mediante la citada resolución de 16 de septiembre de 1982, de acuerdo al párrafo primero del artículo 175 del Tratado el Parlamento encomendó a su Presidente que interpusiese un recurso contra el Consejo después de haber requerido a éste para que actuase, lo que llevó a la interposición mediante escrito de 21 de septiembre de 1982.

En su escrito de apoyo a la demanda del Parlamento, la Comisión hacía constar las importantes lagunas que subsistían en todos los ámbitos de la política de transportes. Ponía el énfasis la insuficiencia de las medidas adoptadas en el ámbito del transporte de mercancías por carretera, en donde las limitaciones de capacidad se fijaban fundamentalmente por medio de acuerdos bilaterales entre Estados miembros, que con frecuencia impedían la utilización óptima de la capacidad existente debido a los numerosos viajes de regreso que se efectuaban de vacío, además de que el transporte interno de cada uno de los Estados miembros se reserva a las empresas establecidas en el territorio del Estado miembro respectivo, incidiendo además que un considerable número de controles fronterizos continuaba obstaculizando los transportes internacionales en el seno de la Comunidad. ^[1]_{SEP}

Además de las consideraciones sobre el transporte por carretera, la Comisión señalaba la situación poco satisfactoria de la contabilidad de los ferrocarriles y de las relaciones entre éstos y el Estado respectivo; el gran exceso de capacidad estructural de los transportes por vías navegables, agravado debido a la inexistencia de medidas coordinadas para desarmar buques y la casi total inexistencia de acción comunitaria en materia de navegación marítima y aérea. Entre todos estos aspectos, la Comisión también destacaba *el nulo progreso en la realización de proyectos de infraestructura de interés para la Comunidad y la falta de coordinación de las medidas nacionales de infraestructura.* ^[1]_{SEP}

Frente a tales argumentos, el Consejo invocaba, entre otros aspectos el margen de discrecionalidad de que dispone en lo relativo a la aplicación de

la política común de transportes, así como las dificultades objetivas de carácter geográfico, económico y social, además de invocar su actividad en la materia, aunque señalase como punto fundamental que ha impedido el progreso en la materia el problema de los ferrocarriles y de sus relaciones con las Administraciones Públicas. ^[1]_{SEP}

A partir de las intervenciones de las partes, el Tribunal aprecia que «consta con certeza que todavía no existe un conjunto coherente de normas que pueda ser calificado de política común de transportes» (párrafo 46). No obstante, señala el Tribunal, «en este ámbito, el Tratado atribuye al Consejo facultades discrecionales» (párrafo 50).

No obstante, Parlamento, Comisión y Gobierno holandés –que intervino como coadyuvante del Consejo– ponen el énfasis en la libre prestación de servicios. En consecuencia, al menos normas comunes aplicables a los transportes internacionales, por un lado, y a las condiciones con arreglo a las cuales los transportistas no residentes pueden prestar servicios de transportes en un Estado miembro, por otro lado, no sólo están sujetas a un plazo para su adopción, sino que imponen al Consejo obligaciones lo suficientemente definidas como para poder ser objeto de una declaración de omisión con arreglo al artículo 175 del Tratado.

La Comisión y el Gobierno holandés coincidieron en mantener que la mera circunstancia de que, según el artículo 61, la prestación de servicios en materia de transportes se liberalizara en el marco de la política común de transportes no bastaba para suspender indefinidamente la eficacia de las disposiciones relativas a la prestación de servicios en una situación en la que, por muchos años, el Consejo se había abstenido de establecer dicha política común.

La Comisión estima, a diferencia del Gobierno holandés, que los artículos relativos a la libre prestación de servicios no son directamente aplicables en el sector de los transportes, ni siquiera transcurrido el período transitorio. El Tratado concede al Consejo un plazo adecuado, que eventualmente podría prolongarse con posterioridad a la expiración del período transitorio, para realizar la libre prestación de servicios en materia de transportes en el marco de una política común. Sin embargo, este plazo adecuado no puede prolongarse indefinidamente, de manera que, quince años después de la expiración del período transitorio, éste debiera haber estado prácticamente tocando a su fin; de lo contrario, la libre prestación de servicios,

a pesar de estar garantizada por el Tratado, seguiría sin ser aplicable en un único sector de actividad, lo que a la larga daría lugar a distorsiones en la competencia, por lo que la Comisión pide al Tribunal de Justicia que declare la omisión del Consejo.

El Tribunal coincide en que la aplicación del principio de libre prestación de servicios debe realizarse, según el Tratado, mediante la ejecución de la política común de transportes y, más concretamente, mediante el establecimiento de las normas comunes aplicables a los transportes internacionales y de las condiciones con arreglo a las cuales los transportistas no residentes podrán prestar servicios de transportes en un Estado miembro. En consecuencia, rechaza la tesis de que tras la expiración del periodo transitorio resultan directamente aplicables las previsiones generales sobre libre prestación de servicios incluso en el sector de los transportes. ^[1]_[SEP]No obstante, entre las obligaciones que el Tratado impone al Consejo se incluye la de proceder a establecer la libre prestación de servicios en materia de transportes y el alcance de dicha obligación está claramente definido en el Tratado. Como declaró el Tribunal de Justicia en su sentencia de 17 de diciembre de 1981, Webb (279/80), las exigencias de la libre prestación de servicios implican la supresión de cualquier clase de discriminación contra el prestador de servicios por razón de su nacionalidad o de la circunstancia de que se encuentre establecido en un Estado miembro distinto de aquél en el que ha de prestarse el servicio. En consecuencia, «en este punto, el Consejo no dispone de las mismas facultades discrecionales que puede utilizar en otros ámbitos de la política común de transportes» (párrafo 65). Como conclusión (párrafo 68):

«Por consiguiente, sobre este extremo procede declarar la omisión del Consejo, por cuanto se abstuvo de adoptar las medidas que habría debido tener con anterioridad a la expiración del período transitorio, medidas cuyo objeto y naturaleza podían ser determinados con el suficiente grado de precisión». ^[1]_[SEP]

El Tribunal reitera la conclusión anterior en términos similares en el párrafo 70:

«Por consiguiente, procede declarar que, con violación del Tratado, el Consejo se abstuvo de garantizar la libre prestación de servicios en materia de transportes internacionales, así como de establecer las condiciones con arreglo a las cuales los transportistas no residentes podrán prestar servicios de transportes en un Estado miembro».

En consecuencia, la constatación de incumplimiento realizada por el Tribunal se circunscribió estrictamente a la libre prestación de servicios en el ámbito del transporte, sin alusión a aspectos como, entre otros, la mencionada por la Comisión inactividad en el impulso a redes internacionales, cuestiones respecto a las cuales por el contrario el Tribunal reconoce expresamente la discrecionalidad del Consejo.

La Sentencia de 22 de mayo de 1985 supuso un impulso que desembocó en la adopción por parte del Consejo en noviembre de 1985, de un Programa de actuación que tenía entre sus áreas de desarrollo, la mejora de la seguridad de los transportes interiores y la organización del mercado de transportes terrestre, aéreo y marítimo, abriendo una nueva etapa que se prolongaría hasta 1992, año en el que entra en vigor el Tratado de Maastricht.

En todo caso, pese a la relevancia de la política común de transportes, hasta principios de la década de los setenta, la Comunidad Europea no se planteó la necesidad de desarrollar una política de infraestructuras

Es más, inicialmente la Comunidad Europea no tenía competencias explícitas en el campo de la política de infraestructuras. Sin embargo, sí existieron unas primeras iniciativas de la Comisión Europea que se limitaron a un procedimiento de consulta para mejorar la coordinación de las políticas nacionales de infraestructuras. En la década de los sesenta, el Banco Europeo de Inversiones (BEI) comenzó a otorgar préstamos para proyectos de infraestructura con implicaciones para toda la Comunidad y desde 1975, el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) comenzó a financiar infraestructuras de transporte en regiones de menor desarrollo económico.⁶

⁶ MUÑOZ MARTÍNEZ, C. (2018): «Nuevos instrumentos de financiación para la política común de infraestructuras de transporte: ¿una alternativa al sistema de subvenciones tradicional?», *Revista General de Derecho Europeo* núm. 45, pp. 299-308, p. 301 en nota.

La política común de infraestructuras se iniciaría con la publicación de la Comunicación de la Comisión al Consejo de 30 de junio de 1976 [COM (76) 336, 30.06.1976], que se materializó en dos instrumentos jurídicos: la Decisión 78/174/CEE del Consejo, por la que se instituía un procedimiento de consulta y creaba un Comité en materia infraestructural; y la Propuesta de Reglamento relativa a la ayuda de proyectos de interés comunitario, que *pretendía crear un sistema de ayudas permanentes para financiar proyectos de interés comunitario*. Tras diversas iniciativas de la Comisión, finalmente se aprobó el Reglamento (CEE) n° 3600/82, que formalizaba la primera concesión de una subvención comunitaria a un proyecto de infraestructura dentro del marco específico de la política común de transportes.

En todo caso, es una política todavía en desarrollo. La Directiva 1999/62/CE y sus actualizaciones (incluida la Directiva 2022/362) regulan la aplicación de gravámenes a vehículos pesados en la red transeuropea y autopistas, obligando a diferenciar peajes por emisiones de CO₂ y nivel Euro. Se deberán eliminar las tasas por utilización (viñetas) en la red básica para 2030, priorizando peajes por coste externo.

Tras la Sentencia de 22 de mayo de 1985 se puede apreciar una nueva actitud del Consejo y la Comisión, que llevó a la aprobación del Reglamento (CEE) n° 4059/86 del Consejo, de 22 de diciembre, que establecía los límites máximos de la ayuda financiera comunitaria y, sobre todo, el Reglamento (CEE) n° 3359/90 del Consejo relativo al establecimiento de un programa de acción en el ámbito de la infraestructura de transporte con vistas a la realización del mercado integrado de los transportes en 1992. Este reglamento supuso un salto cualitativo al establecer un programa de financiación plurianual de tres años y seleccionar siete proyectos prioritarios. Tres de estos proyectos afectaban al territorio español: alta velocidad ferroviaria Sevilla-Madrid-Barcelona-frontera francesa; Oporto-Lisboa-Madrid; y el enlace por la carretera transpirenaica de Somport. Aunque este Reglamento se considera preliminar a los acuerdos del Consejo de Essen de diciembre 1994, las partidas para su financiación (328 millones de ecus) resultaron insuficientes para su ejecución según el calendario previsto.

Debe tenerse en cuenta que los Estados miembros decidieron no incrementar sus aportaciones al presupuesto comunitario para financiar los proyectos prioritarios, por lo que estos debieron extraerse, al menos en un primer momento, de los fondos de la política regional (FEDER). Esto generó

un debate entre los países menos desarrollados, los mayores receptores de los fondos estructurales hasta ese momento y los países del norte y centro de Europa que de esta manera obtenían ayudas económicas para financiar infraestructuras en sus territorios. Sin embargo, la concepción de las infraestructuras como instrumentos para la materialización del mercado interior y como instrumentos de la cohesión económica y social está tras la incorporación al Tratado de Maastricht de un Título específico –el XII– dedicado a las Redes Transeuropeas.

2. La construcción jurídica y física de la red

Como ya se ha señalado, la Unión Europea ha emprendido la construcción de varias redes europeas de infraestructuras de energía,⁷

⁷ La estrategia de redes transeuropeas en el sector de la energía (TEN-E) tiene por objeto ampliar y actualizar las infraestructuras europeas y crear redes transnacionales. La Unión pretende reducir los obstáculos técnicos y legales para que exista de forma efectiva un mercado único de la energía en todo su territorio. Teniendo además muy presente que los Estados miembros tienen una fuerte dependencia energética de terceros Estados. En el Consejo Europeo de Essen, en 1994, se declararon prioritarios varios proyectos en el ámbito de las redes energéticas. La Decisión n.º 1254/96/CE, de 5 de mayo, recogió un conjunto de directrices sobre las redes transeuropeas en el sector de la energía (TEN-E), en virtud de las cuales la Unión debía determinar los proyectos de interés común y crear un marco favorable para su realización, junto con objetivos sectoriales en el ámbito de la electricidad. La Decisión n.º 1364/2006/CE, de 6 de septiembre, incorporó nuevas directrices para la actualización de las TEN-E y derogó las orientaciones de 1996 y 2003. Le seguirían el Reglamento (UE) n.º 347/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2013, relativo a las orientaciones sobre las infraestructuras energéticas transeuropeas y el Reglamento (UE) 2022/869 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a las orientaciones sobre las infraestructuras energéticas transeuropeas.

Los objetivos son la diversificación de las fuentes de suministro, la mejora de la seguridad del suministro mediante el refuerzo de las relaciones con terceros Estados, la integración de las redes de energía en todos Estados miembros y el acceso de las regiones insulares, sin litoral y periféricas. Pueden recibir financiación: i) proyectos de interés común relativos a las redes de electricidad y de gas con perspectivas de viabilidad económica; ii) proyectos prioritarios que han de privilegiar en la atribución de fondos de la UE, y iii) proyectos de interés europeo, también prioritarios, que tienen un carácter transfronterizo o un impacto importante en la capacidad de transporte transfronterizo. Y las prioridades son: i) el recurso a energía renovable y mejores conexiones entre las instalaciones que la producen; ii) la utilización de tecnologías más eficaces que limiten las pérdidas y los riesgos para el medio ambiente asociados al transporte de energía (transportes peligrosos); iii) la puesta en marcha de redes de energía en

telecomunicaciones⁸ y transportes, entre las que destaca esta última por la cuantía de los recursos movilizados y la carga política de las decisiones.

El origen de la Red Europea de Transportes suele situarse en el Consejo Europeo celebrado en Essen en diciembre de 1994, en el que se priorizaron catorce redes transeuropeas (trans-European networks o TENs, por sus siglas en inglés), recogiendo en el Anexo I la primera lista de proyectos prioritarios de Transporte y Energía. Los catorce proyectos de transporte que componen esta lista se eligieron entre una selección previa de cuarenta y siete previamente estudiados por el llamado *Grupo Chistophersen*. Los proyectos a

las regiones insulares y ultraperiféricas favoreciendo la diversificación de las fuentes de energía, y iv) la interoperabilidad de las redes de la Unión con las redes de todos los Estados miembros y terceros Estados.

⁸ En el ámbito digital, la preocupación principal es hacer frente a la fragmentación del mercado y a la dependencia europea de tecnologías extranjeras. Con esta finalidad se ha pretendido desarrollar marcos legales adecuados para mantener el ritmo de la digitalización y garantizar un acceso justo y seguro a empresas y ciudadanos; la inversión en infraestructura de nube en toda la Unión; y el desarrollo de infraestructuras de comunicaciones cuánticas potentes, seguras y unificadas, tanto en redes satelitales como terrestres, garantizando la transmisión y almacenamiento transfronterizo de información en la Unión. Por Decisión n.º 2717/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de noviembre de 1995, relativa a orientaciones para el desarrollo de la EURO-RDSI (Red Digital de Servicios Integrados) como red transeuropea, se establecieron orientaciones para el desarrollo de la Red Digital de Servicios Integrados (EURO-RDSI) en el sector de las telecomunicaciones. En esta decisión se definieron objetivos, prioridades y proyectos de interés común para el desarrollo de una gama de servicios basados en EURO-RDSI con el propósito de crear una futura red de la Unión de comunicaciones de banda ancha. Mediante Decisión n.º 1336/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 1997 relativa a un conjunto de orientaciones para las redes transeuropeas de telecomunicaciones, se establecieron orientaciones para la red transeuropea de telecomunicaciones (RTE-Telecom). Serían derogadas y sustituidas por Reglamento (UE) n.º 283 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2014, relativo a unas orientaciones de 2014 para las redes transeuropeas en el sector de las infraestructuras de telecomunicaciones, a su vez derogado por el Reglamento 2021/1153, de 7 de julio. El sector ha experimentado un gran desarrollo por los avances tecnológicos y es considerado prioritario por la Comisión Europea, como pone de manifiesto con la Década Digital 2030, que incorpora la estrategia digital acordada conjuntamente por Parlamento, Consejo y Comisión Europea (Decisión (UE) 2022/2481 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se establece el programa estratégico de la Década Digital para 2030 y Decisión de ejecución (UE) 2023/1353 de la Comisión de 30 de junio de 2023 por la que se establecen los indicadores clave de rendimiento para medir el avance hacia las metas digitales establecidas en el artículo 4, apartado 1, de la Decisión (UE) 2022/2481 del Parlamento Europeo y del Consejo).

financiar fueron escogidos por ser los que estaban acompañados de mayores garantías financieras y disponían de mayor respaldo político de los Estados afectados.

Las decisiones del Consejo de Essen tienen su antecedente inmediato en la adopción de la política de infraestructuras europea, consensuada en el artículo 171 del Tratado CE tras la reforma de Maastricht y un antecedente más remoto en la “política común de transporte”. Desde un punto de vista institucional, el Consejo de Essen supuso la superación de la tradicional indiferencia política del Consejo respecto al ámbito del transporte, pero pese a ese impulso político el comportamiento de los Estados miembros a la hora de ejecutar los proyectos siguió adoleciendo de indecisión y falta de claridad en la ejecución de las prioridades europeas, debido a que la carga financiera de los proyectos era soportada y gestionada por los Estados miembros en gran medida. Por ello los pasos siguientes consistieron en dotar de una financiación específica la construcción o acondicionamiento de estas infraestructuras, lo que ha dado lugar a sucesivos actos normativos que se han ido prorrogando y ampliando en los sucesivos periodos de programación por medio de normas como el Reglamento (CE) núm. 2236/95, Reglamento (CE) núm. 807/2004, Reglamento (CE) núm. 680/2007, el Reglamento (CE) núm. 67/2010, el Reglamento 1316/2013, de 11 de diciembre o, finalmente, el Reglamento 2021/1153, de 7 de julio,⁹ actualmente en vigor, aunque ha sido objeto de varias modificaciones recientes,¹⁰ además de contar con varias normas de desarrollo. Entre esas modificaciones recientes puede destacarse la relativa a

⁹ Reglamento (UE) 2021/1153 del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2021 por el que se establece el Mecanismo «Conectar Europa» y se derogan los Reglamentos (UE) n° 1316/2013 y (UE) n° 283/2014.

¹⁰ Por medio del Reglamento (UE) 2024/1679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, relativo a las orientaciones de la Unión para el desarrollo de la red transeuropea de transporte, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2021/1153 y el Reglamento (UE) n° 913/2010 y se deroga el Reglamento (UE) n° 1315/2013; del Reglamento (UE) 2025/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2025, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2015/1017, (UE) 2021/523, (UE) 2021/695 y (UE) 2021/1153 en lo que respecta al aumento de la eficiencia de la garantía de la UE con arreglo al Reglamento (UE) 2021/523 y a la simplificación de los requisitos de información; y del Reglamento (UE) 2025/2653 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 2025, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2021/694, (UE) 2021/695, (UE) 2021/697, (UE) 2021/1153 y (UE) 2024/795, en lo que respecta a la incentivación de la inversión relacionada con la defensa con el presupuesto de la Unión para la ejecución del Plan ReArmar Europa.

la nueva importancia que determinadas infraestructuras europeas, especialmente las de transporte, han cobrado ante la evolución de la situación geopolítica, como mecanismo imprescindible para dotar a Europa de una defensa militar eficaz, permitiendo la movilización de medios militares hacia las zonas de peligro y permitiendo la consiguiente logística.¹¹

Pueden señalarse determinadas características de la construcción de la red. Como se acaba de señalar, la creación de una red transeuropea de transporte tiene su origen en la política europea de transporte y se inició con

¹¹ En este sentido, en el Reglamento (UE) 2025/2653 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 2025, sobre diversos aspectos de incentivación de la inversión relacionada con la defensa con el presupuesto de la Unión para la ejecución del Plan ReArmar Europa, se aborda esta cuestión, señalando en la parte expositiva:

«(17) El Mecanismo «Conectar Europa» (MCE), establecido por el Reglamento (UE) 2021/1153 del Parlamento Europeo y del Consejo (10), tiene por objeto acelerar la inversión en el ámbito de las redes transeuropeas, haciendo posibles las sinergias entre los sectores digital, del transporte y de la energía. Con el fin de apoyar la infraestructura informática interconectada que requieren los productos y tecnologías de defensa, así como otros ámbitos, los objetivos del sector digital del MCE en el marco de dicho Reglamento deben ampliarse al despliegue y el suministro de capacidades digitales como la nube, la IA, las factorías de IA y las gigafactorías de IA.

(18) El Libro Blanco conjunto reconoce que la movilidad militar es un factor esencial para la seguridad y la defensa europeas y destaca el valor añadido de la Unión a la hora de apoyar las infraestructuras de doble uso para la movilidad. En el contexto del Libro Blanco conjunto, la Comisión y la Alta Representante reconocieron la importancia de identificar proyectos de puntos críticos en materia de movilidad militar y de eliminar las lagunas y los cuellos de botella principales a lo largo de los cuatro corredores de movilidad militar prioritarios de la UE. La movilidad militar es también uno de los objetivos del MCE. La política de la red transeuropea de transporte (RTE-T) sirve como instrumento estratégico clave para construir la infraestructura de transporte transfronteriza de la Unión. Aunque inicialmente estaba destinada a fines civiles, también tiene un notable potencial de doble uso civil y de defensa. Además, el informe Niinistö, de 30 de octubre de 2024, sobre el fortalecimiento de la preparación y la disponibilidad civil y militar de Europa se refiere específicamente a la necesidad de intensificar el trabajo en los corredores de transporte prioritarios de doble uso para los desplazamientos militares y la ampliación de las cadenas de suministro de combustible para las fuerzas armadas a lo largo de dichos corredores. Dada la importancia de reforzar la infraestructura de transporte de doble uso a la luz del deterioro del contexto de seguridad de la Unión, conviene aclarar que las actividades específicas dentro de las acciones en el marco del objetivo específico 3, punto 2, del MCE pueden incluir, cuando proceda, medidas para salvaguardar la infraestructura de transporte de doble uso en lo que respecta a la contramovilidad militar o para proporcionar infraestructuras de combustible de doble uso civil y de defensa».

cambios jurídicos, que resultaron complejos y retrasaron la puesta en funcionamiento de una política europea de transportes. En este sentido, aunque la previsión de una política europea de transportes se encontraba ya en los tratados originales, el inicio de su ejecución requirió de una implicación considerable de la Comisión y el Parlamento, llegando este último a ejercer una acción judicial por omisión contra el Consejo con apoyo de la Comisión.

Realmente, no se trató inicialmente de construir una red *ex novo*, sino de enlazar las redes existentes, completándolas, prestando especial atención a los «cuellos de botella» que ralentizaban el tráfico de mercancías y personas.

El hecho de que se partiera de redes existentes, completándolas para crear itinerarios europeos que hiciesen físicamente posible la existencia de un mercado interior único, ha conferido un matiz *redistributivo* a la creación de la red, al suponer la mejora de la conexión con los mercados centrales de la Europa más desarrollada de regiones con menor grado de desarrollo económico y, por tanto, con infraestructuras más deficientes. El matiz redistributivo se refuerza en lo relativo a la financiación, con porcentajes reforzados de financiación para Estados miembros que son beneficiarios de Fondos de Cohesión.

La polémica sobre la contribución al desarrollo de las infraestructuras convencionales y las nuevas infraestructuras de la sociedad de la información no parece haberse planteado, existiendo una complementariedad entre el desarrollo de las infraestructuras de transporte y la creación de una red europea de satélites que permiten la navegación GPS, la Red Galileo, un importantísimo proyecto industrial que ha permitido la disponibilidad de una red europea de GPS, de carácter civil, evitando la dependencia de las redes militares norteamericana o rusa.¹²

Desde un punto de vista jurídico, es a partir de 1992 se consolida progresivamente una política de infraestructuras que se plasma en las «Redes Transeuropeas de Transporte» (RTE-T), objeto de sucesivos periodos de programación, entre los que destaca el «Mecanismo Conectar Europa» como instrumento financiero que ha centralizado, coordinado y optimizado los recursos comunitarios de la línea presupuestaria de la RTE-T en un único fondo estructurado.¹³

¹² STEPHENSON (2010), 1049-1051.

¹³ MUÑOZ MARTÍNEZ (2018).

Tras la reforma de los tratados en Maastricht, la política de infraestructuras europea fue consensuada en lo que ahora es el artículo 171 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en el que se dedican a la materia los art. 170 a 172, integrados en el Título XVI, “Redes Transeuropeas” del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, equivalentes a los art. 154 a 156 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. En el actual art. 170 se vincula a la *creación de un espacio sin fronteras interiores*, la contribución de la Unión Europea “al establecimiento y al desarrollo de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transportes, de las telecomunicaciones y de la energía”. Para ello, “la acción de la Unión tendrá por objetivo favorecer la *interconexión e interoperabilidad de las redes nacionales*”. Los criterios concretos se establecen en el art. 171.1:

«1. A fin de alcanzar los objetivos mencionados en el artículo 170, la Unión:

- elaborará un conjunto de orientaciones relativas a los objetivos, prioridades y grandes líneas de las acciones previstas en el ámbito de las *redes transeuropeas*; estas orientaciones identificarán proyectos de interés común,
- realizará las acciones que puedan resultar necesarias para garantizar la *interoperabilidad de las redes*, especialmente en el ámbito de la *armonización de las normas técnicas*,
- podrá apoyar proyectos de interés común apoyados por Estados miembros y determinados de acuerdo con las orientaciones mencionadas en el primer guion, especialmente mediante estudios de viabilidad, de garantías de crédito o de bonificaciones de interés; la Unión podrá aportar también una *contribución financiera por medio del Fondo de Cohesión* creado conforme a lo dispuesto en el artículo 177 a proyectos específicos en los Estados miembros en el ámbito de las infraestructuras del transporte.

La acción de la Unión tendrá en cuenta la *viabilidad económica potencial* de los proyectos».

Es en este contexto en el que en diciembre de 1994 se celebró el ya citado Consejo Europeo de Essen, en el que se acuerda la primera lista de proyectos prioritarios de Transporte y Energía (Anexo I). Los catorce proyectos de transporte que componían esta lista se eligieron de una selección previa de cuarenta y siete que habían sido estudiados con anterioridad por el denominado *Grupo Christophersen*.

La creación de este grupo de trabajo había tenido lugar en diciembre de 1993, cuando el Consejo Europeo acordó la formación de un grupo de *representantes personales de los jefes de estado y de gobierno, presidido por el entonces Vicepresidente de la Comisión*, el danés Henning Christophersen, con la misión de acelerar la realización de las redes transeuropeas. Este grupo centró sus conclusiones en los problemas de financiación, señalando la necesidad de recurrir a combinaciones de capital público y privado y a la creación de nuevos instrumentos financieros.

El origen de este grupo de trabajo hay que buscarlo en el impulso que supuso el «Libro Blanco de la Comisión, Crecimiento, Competitividad y Empleo, Retos y Pistas para en el siglo XXI» [COM (93) 700, 5-12-1993], en el que se argumentaba que la competitividad dependía en gran medida del establecimiento de un soporte de infraestructuras que actuase como catalizador de la economía permitiendo implementar el principio de libre circulación de bienes y personas.

El objetivo del grupo Christophersen era seleccionar los proyectos más importantes y facilitar su realización. En lo que a los obstáculos financieros se refiere, el Consejo Europeo solicitó del Consejo ECOFIN que, en colaboración con la Comisión y el Banco Europeo de Inversiones, examinara las posibilidades de obtener los medios necesarios, principalmente recurriendo a la financiación privada. En lo relativo al transporte, el grupo colaboró con la Comisión en la determinación y estudio de los proyectos de redes transeuropeas preferentes. El grupo estableció una serie de criterios para la selección de los proyectos a estudiar más en profundidad y elaboró una lista distinguiendo entre los proyectos a realizar de inmediato y los pospuestos a fases posteriores. Los criterios establecidos fueron:

- a) Ser proyectos de *gran escala*, teniendo en cuenta el tipo de proyecto y el tamaño relativo de los Estados miembros directamente implicados.
- b) Ser de *interés común para la ampliación de la red comunitaria de transportes o su conexión con los países vecinos*.
- c) Producir efectos económicos positivos, incluida la mejora de la competitividad de la Comunidad y del rendimiento tecnológico.
- d) Contribuir a conseguir importantes *objetivos comunitarios* como, por ejemplo, la cohesión económica y social.
- e) Permitir la *financiación privada* en sentido amplio.
- f) Estar lo suficientemente elaborados como para *poder ser realizados inmediatamente*.

Sobre la base de los anteriores criterios, se hizo una lista de proyectos prioritarios a estudiar, todos pertenecientes a la red transeuropea de transportes, tal y como propuso la Comisión en las directrices presentadas al Consejo, el Parlamento Europeo, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones en abril de 1994 (COM (94) 106). A ellos se añadieron proyectos de gestión del tráfico que afectan a toda la red de transporte. En cuanto a los proyectos de aplicación de nuevas tecnologías en toda Europa, es decir, los de gestión del tráfico, destinados a aumentar el uso de la infraestructura por parte de todos los modos de transporte, se encomendó a la Comisión la presentación de proyectos sobre sistemas de gestión del tráfico por carretera, del tráfico aéreo, del tráfico marítimo, sistema de posicionamiento multimodal por satélite y proyectos piloto de gestión del tráfico ferroviario.¹⁴

¹⁴ El Grupo Christophersen realizó la siguiente *clasificación*:

I. Trabajos ya iniciados o que se iniciarán seguramente en el plazo de dos años

- 1. Eje del Brennero: tren de alta velocidad, transporte combinado.
- 2. Tren de alta velocidad (París-) Bruselas-Colonia-Amsterdam-Londres
- 3. **Tren de alta velocidad del sur: Madrid-Barcelona-Perpiñán y Madrid-Vitoria-Dax.**
- 4. Tren de alta velocidad del este, con enlace París-Berlín.
- 5. Línea de Betuwe: transporte combinado/ferrocarril normal: Rotterdam-frontera NL/D (-Rin/Ruhr)
- 6. Tren de alta velocidad/transporte combinado Francia-Italia, Lyon-Turín
- 7. Autopista Patras-frontera grecobúlgara junto con el corredor de autopista oeste-este: Via Ignatia Igoumenitsa-Salónica-Alexandroupolis
- 8. Autopista Lisboa-Valladolid
- 9. Ferrocarril Cork-Dublín-Belfast-Larne-Stranraer

Los proyectos a financiar fueron escogidos por ser los que otorgaban mayores garantías financieras y disponían de mayor respaldo político de los Estados afectados. Si bien el Consejo de Essen supuso la superación de la tradicional indiferencia política del Consejo en materia de transporte, el comportamiento de los Estados a la hora de implementar los proyectos volvió a adolecer de decisión y claridad para ejecutar las prioridades europeas, debido a que la carga financiera de los proyectos era soportada y gestionada, en gran medida, por los Estados miembros.

El trabajo del Grupo Christophersen están en parte en el origen de la creación del Fondo de Cohesión, que se implantó mediante el Reglamento (CEE) n° 792/93, de 30 de marzo de 1993, por el que se establece un instrumento financiero de cohesión y el Reglamento (CE) n° 1164/94, de 16 de mayo de 1994, por el que se crea el Fondo de Cohesión, además de otras

10. Aeropuerto de Malpensa (Milán)

II. Aceleración posible, previendo el inicio de las obras en unos dos años:

11. Transporte combinado

12. Autopista Nuremberg-Praga

13. Autopista Berlín-Varsovia (-Moscú) en paralelo con el tren de alta velocidad Berlín-Varsovia (-Moscú)

14. Autopista Dresde-Praga

15. Enlace por carretera de Irlanda-Reino Unido-Benelux

16. Aeropuerto de Spata

17. Aeropuerto de Berlín

18. Autopista de la Maurienne

19. Autopista Marateca-Elvas

20. Tren de alta velocidad en Dinamarca

III. Proyectos que exigen mayor estudio

21. Fehrman Belt: enlace Dinamarca-Alemania

22. Autopista Bari-Otranto

23. Canal Rin-Ródano

24. Canal Sena-Escalda

25. Canal Elba-Oder

26. Acondicionamiento del Danubio entre Straubin y Vilshofen

27. Tren de alta velocidad Ránstad-Rin/Ruhr Amsterdam-Arnhem-Colonia

28. Corredor de carretera Valencia-Zaragoza-Somport

29. Tren de alta velocidad Turín-Venecia-Trieste

30. Tren de alta velocidad Brennero-Milán-Roma-Nápoles

31. Autopista transapenina Bolonia-Florencia

32. Tren de levitación magnética: Transrapid

33. Tren de alta velocidad Luxemburgo-Bruselas

actuaciones financieras (habilitación de partidas presupuestarias destinadas a las RTE; apoyó la reforma de los Reglamentos de los Fondos Estructurales y del Programa PHARE para dedicar partidas de estos fondos a la financiación de las redes transeuropeas intracomunitarias y extracomunitarias), intervino en la creación del Fondo Europeo de Inversiones en 1994 y formuló la recomendación reformar la legislación de competencia para incorporar capital privado en la financiación de infraestructuras a través de asociaciones público-privadas.

Mediante la Decisión de 23 de julio de 1996,¹⁵ se establecieron las líneas generales de actuación aplicables al conjunto de las redes y se determinaron las características de las redes específicas para los diferentes modos de transporte, además de especificar qué proyectos de interés común y proyectos prioritarios podían optar a financiación teniendo en cuenta factores medioambientales y de sostenibilidad. Posteriormente se modificarían esos criterios por medio de la decisión n.º 1346/2001/CE, de 22 de mayo de 2001, por la que se modifican las orientaciones de la RTE-T, en cuanto a puertos marítimos, puertos interiores y terminales intermodales, completando un plan de desarrollo a escala de la Unión para los diversos modos de transporte.

Por tanto, desde la definición como política comunitaria de las redes de transportes en el Tratado de Maastricht, se han sucedido diversos actos normativos que han tratado de definir una lógica europea en el diseño de las redes de infraestructuras de transporte de la Unión. Sin embargo, el carácter de competencia comunitaria compartida y condicionada a los planes nacionales de infraestructuras hizo que se limitase inicialmente el desarrollo de la política común de infraestructuras a paliar los problemas de interoperabilidad de las redes nacionales y a facilitar las conexiones transfronterizas.

El procedimiento de decisión comunitaria aplicable a las RTE es el previsto en el art. 172 TFUE, de acuerdo con el cual la competencia para aprobar las partidas de financiación corresponde al Consejo, previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de acuerdo con el procedimiento de codecisión del art. 294 TFUE. Además, de acuerdo con el art. 172 TFUE, las orientaciones y proyectos de interés común relativos al territorio de un Estado miembro requerirán la aprobación de ese Estado.

¹⁵ Decisión n.º 1692/96/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 1996 sobre las orientaciones comunitarias para el desarrollo de la red transeuropea de transporte.

Por otra parte, es una competencia condicionada puesto que la Unión Europea tiene una limitada capacidad de intervención en el diseño de las RTE, ya que su programación y ejecución está condicionada por las planificaciones nacionales de infraestructuras. Ciertamente, las políticas de infraestructuras de los Estados también están condicionadas por las decisiones comunitarias en materia de RTE, en la medida en que la no inclusión de una infraestructura como actuación prioritaria o beneficiaria de las ayudas financieras comunitarias dificulta su viabilidad económica.¹⁶

En todo caso, las ayudas financieras para este tipo de actuaciones insertas en la RTE-T han sido objeto desde entonces de una regulación específica mediante actos normativos que se han ido prorrogando y ampliando en los sucesivos periodos de programación: Reglamento (CE) n° 2236/95, Reglamento (CE) n° 807/2004, Reglamento (CE) n° 680/2007 y Reglamento (CE) n° 67/2010. En todo caso, puede apreciarse que históricamente «la Red Transeuropea de Transporte (RTE-T), como medio de acción de la Política Común de Transportes y como vehículo de integración de las cuatro libertades fundamentales, ha evidenciado endémicas disimetrías entre sus objetivos y la disposición de medios económicos, especialmente en las inversiones de proyectos transfronterizos».¹⁷

Las ampliaciones de la Unión de 2004 y 2007 hicieron precisa una revisión de las orientaciones de la RTE-T, con un aumento del número de proyectos prioritarios (hasta un total de treinta proyectos), además de la introducción de nuevo concepto de “autopistas del mar” con vistas a aumentar la eficiencia de determinadas rutas marítimas y asimilar el transporte marítimo de corta distancia al transporte ferroviario. No obstante, se ha señalado como los desarrollos normativos en el sector de las redes de infraestructuras de transporte, telecomunicaciones y energía vienen a evidenciar la incoherencia existente llegando a erigirse en un obstáculo para el buen funcionamiento del mercado interior.¹⁸

¹⁶ LÓPEZ BASAGUREN, A. (2006): «Las infraestructuras de red en la UE: las Redes Transeuropeas de transportes y de energía», *Ekonomiaz* núm. 63, pp. 212-235, p. 219.

¹⁷ MUÑOZ (2018), pp. 300-301.

¹⁸ RODRÍGUEZ BARRIGÓN, J. M. y GAMARRA CHOPO, Y. (2022): “La interconexión de redes españolas (de transportes, telecomunicaciones y energía) con redes transeuropeas: una política inacabada de la Unión Europea”, *Cuadernos de estrategia*, N° 210, 2022, pp. 127-156, p. 132.

El avance en este campo se ha producido a través del aumento de la contribución comunitaria, el establecimiento de estructuras de gobernanza para favorecer la cooperación transnacional, la imposición de mecanismos de control y fiscalización de los proyectos o, finalmente, la definición de los corredores como instrumentos de realización de la redes de infraestructuras europeas. Todos ellos han sido aspectos de gran importancia para acabar con la fragmentación presupuestaria anterior y establecer una nueva política europea de infraestructuras materializada en el Reglamento del Mecanismo Conectar Europa.¹⁹ Este instrumento financiero reguló y canalizó la financiación de la RTE-T en el período presupuestario (2014-2020), sin perjuicio de la continuidad de otro tipo de contribución comunitaria como los fondos estructurales y las garantías del Banco Europeo de Inversiones y del Fondo Europeo de Inversiones. Actualmente nos encontramos en el período 2021-2027, también objeto de norma reglamentaria específica, básicamente continuista.²⁰

La concentración de diversas partidas presupuestarias en un programa coherente ha facilitado el impulso de las RTE desde la aprobación de los primeros instrumentos normativos en 1995 y 1996.²¹

Entre las formas de ayuda financiera previstas en estas normas iniciales figuraba el apoyo a la fase preparatoria (cofinanciación de estudios preparatorios, de viabilidad y de evaluación económica y técnica con un límite máximo del 50% del coste del estudio), instrumentos financieros para facilitar la financiación (bonificaciones de intereses de los préstamos concedidos por el Banco Europeo de Inversiones u otras entidades financieras y contribución a las primas de garantías de créditos del Fondo Europeo de Inversiones o de

¹⁹ Reglamento (UE) n° 1316/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, por el que se crea el Mecanismo «Conectar Europa», por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 913/2010 y por el que se derogan los Reglamentos (CE) n° 680/2007 y (CE) n° 67/2010, Texto pertinente a efectos del EEE.

²⁰ Reglamento (UE) 2021/1153 del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2021 por el que se establece el Mecanismo «Conectar Europa» y se derogan los Reglamentos (UE) n° 1316/2013 y (UE) n° 283/2014.

²¹ Reglamento (CE) n° 2236/95, del 18 de septiembre de 1995 por el que se determinan las normas generales para la concesión de ayudas financieras comunitarias en el ámbito de las redes transeuropeas y Decisión n° 1692/96/CE, de 23 de julio de 1996, sobre las orientaciones comunitarias para el desarrollo de la Red Transeuropea de Transporte.

otras entidades) e incluso, finalmente, las subvenciones directas a las inversiones.²²

Para la selección de los proyectos los criterios eran contribución a la consecución de los objetivos de las redes; su viabilidad económica potencial; la madurez del proyecto y su efecto de estímulo; los efectos directos o indirectos sobre medio ambiente y empleo; y la coordinación temporal de las diferentes partes del proyecto, especialmente en el caso de los proyectos transfronterizos.

A pesar del impulso, circunstancias como la escasa dotación presupuestaria, la falta de coordinación entre las instituciones que disponían de partidas presupuestarias afectas a la financiación de infraestructuras de transportes y las posiciones nacionalistas de los Estados retrasaron la ejecución de los proyectos.

En el Libro Blanco de Transportes de la Comisión Europea «La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad» [COM (2001) 370 final, 19.11.2001], la Comisión ya puso de manifiesto la insuficiencia e inadecuación de las redes de transportes, los retrasos en la construcción de la RTE-T debidos a la falta de financiación y la necesidad de mejorar las conexiones de las regiones periféricas a los mercados centrales

La primera propuesta era la adaptación de los proyectos de interés europeo definidos en Essen al marco de adhesión de los nuevos Estados miembros del Este, que no fue aceptada por el Consejo. A raíz de este rechazo, la Comisión creó el Grupo Van Miert, cuyo informe se materializó en una lista de proyectos prioritarios que finalmente fueron definidos en la Decisión no 887/2004/CE.

Las conclusiones Informe Van Miert inspiraron la aprobación del Reglamento (CE) no 807/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril de 2004, por el que se modifica el Reglamento (CE) no 2236/95 del Consejo por el que se determinan las normas generales para la concesión de ayudas financieras comunitarias en el ámbito de las redes transeuropeas. Con la reforma se permitió que, de forma excepcional, el porcentaje de

²² Estas ayudas eran compatibles entre sí, con condiciones (que el proyecto estuviese obstaculizado por dificultades financieras; que conjuntamente no superasen el importe mínimo necesario para la puesta en marcha del proyecto, ni superasen el 10% del coste total de la inversión), pero no era posible que los proyectos se beneficiasen de otras fuentes de financiación comunitarias.

financiación comunitaria pudiese llegar hasta el 20% del coste total de los proyectos cuando su objetivo fuera eliminar los puntos de estrangulamiento o finalizar tramos pendientes transfronterizos o que superaran barreras naturales, garantizaran la interoperabilidad de las redes nacionales, fueran respetuosos con el medio ambiente y contribuyeran a la integración del mercado interior en una Europa ampliada (art. 5.1).

Para la programación del presente periodo (2021-2027), la Comisión Europea comenzó en 2018 las consultas públicas para examinar los progresos en la aplicación de la RTE-T hasta el momento. El procedimiento tenía como objeto la evaluación de la eficacia de la política de la RTE-T en ámbitos considerados nucleares, como los combustibles alternativos, la digitalización y el transporte multimodal, lo que llevó a la revisión del Reglamento sobre RTE-T de 2021, mediante el ya citado Reglamento (UE) 2021/1153 del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2021.

Debe recordarse que, al considerarse el sector de las infraestructuras, en los distintos ámbitos, una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros (artículo 4 del TFUE), el desarrollo y ejecución de una determinada red transeuropea está condicionada a las prioridades financieras que establezca cada Estado miembro (artículo 171, párrafo 2 del TFUE). Al mismo tiempo, la política de infraestructuras en los sectores del transporte, telecomunicaciones y energía está, en parte, limitada por las decisiones de la Comisión Europea con los consiguientes efectos que la misma pueda provocar en caso de ser incluida como actuación prioritaria y asignarle la consiguiente financiación europea o, todo lo contrario, no ser incluida como prioritaria y desestimar la financiación de la red en cuestión.²³

²³ Como ya apuntó en su momento VINOIS, Jean-Arnold, «Le réseau transeuropéen de transport: après les décisions juridiques, reste le financement», *Revue du Marché Unique Européen* núm. 401, 1996, pp. 569-578. En este artículo, de referencia para comprender la génesis de las políticas europeas de infraestructuras en la década de 1990, se exploran las modalidades de financiación, en especial la posible participación de diversos fondos comunitarios, financiación nacional y colaboración público privada. En un sentido similar, desde una perspectiva más reciente, RODRÍGUEZ BARRIGÓN y GAMARRA CHOPO (2022): p. 133.

II. El impulso de la CPP: ¿aumento de la eficiencia o artificio contable?

La colaboración público-privada o CPP ha sido visto como un mecanismo que permitía incorporar a la consecución de fines públicos la capacidad de gestión y el conocimiento técnico especializado que muchas veces es más fácil de conseguir en el sector privado. También se ha visto como un mecanismo para movilizar recursos financieros privados. Desde esta perspectiva es lógico que la Comisión Europea viese en estas fórmulas la posibilidad de avanzar más ágilmente en la construcción de infraestructuras europeas pese a lo limitado de los recursos públicos disponibles y que con el advenimiento de la crisis económica de 2008 ese recurso se hiciese todavía más necesario. No obstante, normalmente los operadores privados que se implican en la construcción de grandes infraestructuras públicas a través de fórmulas de CPP disponen de la organización y la capacitación técnica, pero no de los capitales necesarios para una financiación muy elevada y a largo plazo. En consecuencia, deben recurrir a financiación externa, fundamentalmente bancaria, que sólo se consigue si existe una seguridad razonable de beneficios y una considerable seguridad jurídica. Esto entra en conflicto con los criterios contables, que sólo permiten sacar fuera de los balances públicos los pagos futuros si existe una suficiente transferencia de riesgo al operador privado. Sin embargo, esta situación fuera de balance es esencial si se quiere seguir invirtiendo sin incumplir los límites al déficit y endeudamiento públicos impuestos por el Derecho comunitario europeo, lo que lleva a complejos equilibrios en ocasiones considerados meramente artificios contables.

1. Marco jurídico de la CPP contractual

La CPP, sea en modalidad contractual o institucional, es una institución centenaria e incluso milenaria, si atendemos al antecedente de los servicios postales del imperio romano, que mereció la atención de Tito Livio en *Ab urbe condita*, que concluye su narración señalando que: «la República fue administrada con dinero privado».²⁴ No obstante, en el momento presente

²⁴ MELÓN PARDO, Carlos (2011): «Atribución y reparto de riesgos en el seno de la colaboración público-privada para la ejecución de infraestructuras inmobiliarias», *Actum Inmobiliario & Urbanismo* nº 15, 2011. Cito por <https://blog.efl.es/articulo->

coincide esa institución tradicional coincide con un momento de auge de las técnicas de gestión pública basadas en el mercado.

Con independencia de otros elementos, las dos grandes aportaciones de la CPP, cuyo ejemplo paradigmático sería la concesión –de obra pública o de servicios- serían la aportación de financiación adicional y un incremento de eficiencia, dos elementos de los que las Administraciones públicas actuales andarían algo escasas.

En España la CPP ha experimentado un impulso determinante por obra de la Unión Europea (como el resto de la modernización de nuestra contratación pública). En realidad ese impulso arranca de mucho antes de nuestro ingreso en la Unión, con intentos como la Ley de autopistas de peaje de 1972 (Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión), aunque no había tenido continuidad debido a su éxito limitado. Pero el impulso desde la Comisión Europea **de la CPP como un mecanismos para impulsar la efectiva implantación de las Redes** Transeuropeas, con la correspondiente aportación de fondos (en todos los casos, con una cobertura parcial) y el prestigio del Derecho comunitario, ha supuesto un nuevo impulso. En todo caso, un impulso asimétrico: la financiación comunitaria se dirige preferentemente a determinados países (Grecia ha recibido la mayor parte de la financiación empleada en CPP), pero es que además las tradiciones nacionales son muy diferentes, con Reino Unido, Francia, España, Portugal y Alemania abarcando conjuntamente el 90% del mercado de CPP en la Unión Europea. En todo caso, aunque con la crisis de 2008 el número de CPP y su cuantía ha descendido sensiblemente –bien es verdad que podríamos decir lo mismo seguramente del resto de las licitaciones públicas-, entre 1990 y 2016 el

doctrinal/atribucion-y-reparto-de-riesgos-en-el-seno-de-la-colaboracion-publico-privada-
para-la-ejecucion-de-infraestructuras-inmobiliarias/

El precedente del servicio postal en Roma es citado en el dictamen del Comité Económico y Social de la Unión Europea sobre el papel del Banco Europeo de Inversiones (BEI) en el ámbito de la CPP (DOUE de 22 de septiembre de 2005). Más en profundidad sobre esta cuestión S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ (1996): *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho romano*, Madrid, Dykinson; y Juan Manuel BLANCH NOUGUÉS (2008): «La concesión de obras públicas y su financiación en el Derecho romano», en R. FALCÓN Y TELLA, C. GARCÍA-HERRERA y M. A. GRAU (coord.), *Análisis jurídicos de los mecanismos de financiación de las infraestructuras públicas*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, pp. 309-320.

volumen conjunto fue de 336 mil millones de euros, siendo sólo en el año 2016 de 10,4 mil millones en el conjunto de la UE,²⁵ cifra inferior a las del inicio de la crisis, pero significativa.

Una cuestión clara es que la CPP necesita de un marco normativo adecuado y por ello, las concesiones, que habían quedado inicialmente al margen del impulso armonizador de la UE en materia de contratación pública, finalmente fueron objeto de una norma específica: la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Esta regulación ha sido acogida en la legislación española, en los art. 14, 15, 247-283 y 284-297, relativos respectivamente a la concesión de obra pública y a la concesión de servicios. Pueden destacarse en la regulación lo relativo a la resolución del contrato de obra pública por causas no imputables a la Administración en los art. 280 y 281, que han terminado con una regulación muy asentada de acuerdo con la cual el concesionario tenía derecho al importe de las inversiones realizadas y todavía no amortizadas, cambiándolo por un sistema en que la indemnización consistirá en el valor de mercado, determinado en una nueva licitación, de la concesión.

En lo que ha resultado determinante el Derecho comunitario es en una definición de la concesión administrativa que se diferenciaría del contrato administrativo de servicios por la transferencia al contratista del riesgo operacional.²⁶ En realidad, en este punto la Directiva de 2014 se limita a recoger, con más o menos claridad y fortuna técnica, la jurisprudencia comunitaria.²⁷ Más o menos fortuna técnica, porque como resalta LAZO, el legislador europeo ha ubicado en la parte no normativa de la Directiva nada

²⁵ European Court of Auditors, Special Report 9/2018, 7-8.

²⁶ Vid. LAZO VITORIA, X. (2018): «El riesgo operacional ¿una nueva era para los contratos de concesión?», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho* núm. 74, pp. 62-69.

²⁷ Vid. GIMENO FELIÚ, J. M. (2012): “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contratos de servicios y el CPP”, REDA núm. 156, pp. 17-58; RÁZQUIN LIZARRGA, M. M. (2012): “El contrato de gestión de servicios públicos: la necesaria reconducción de este tipo contractual (Comentario a la Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2010 y de 10 de marzo y de 10 de marzo de 2011”, en el vol. col. Administración y Justicia: un estudio jurisprudencial. Liber amicorum Tomás Ramón Fernández, Madrid, Civitas, tomo II, pp. 3549-3574.

menos que la definición de los tipos específicos que conforman el riesgo operacional.²⁸

En consecuencia, de acuerdo con el considerando 18 de la Directiva, “la característica principal de una concesión, el derecho a explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un *riesgo operacional de carácter económico*”. En cuanto a que sea ese riesgo operacional, en el art. 5.1 *in fine* se indica que supone “una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”. En consecuencia, el concesionario no tiene asegurada la recuperación de las inversiones ni la cobertura de los costes de funcionamiento. De ahí que, como se señala en el fundamento 18 de la Directiva 2014/23, “la característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que *no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes*”.

Ahora bien, puesto que la ejecución de cualquier contrato público se realiza a «riesgo y ventura» del contratista (LCSP art. 197), ¿en qué se diferencia el riesgo operativo que es preciso transferir en las concesiones?

De acuerdo con el fundamento 20 de la Directiva, “un riesgo operacional debe derivarse de factores que *escapan* al control de las partes”. Por ello, riesgos derivados de la mala gestión, de incumplimientos de contrato o de fuerza mayor no son determinantes para calificar un contrato como concesión de servicios, puesto que tales riesgos son inherentes a cualquier contrato: el tradicional «riesgo y ventura» de la legislación española.

La jurisprudencia aporta algunos ejemplos.²⁹ El riesgo operativo puede plasmarse en la competencia de otros operadores económicos; en un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios; en la insolvencia de los deudores que deben pagar por los servicios prestados; que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación; o el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.

²⁸ LAZO VITORIA (2018): nota 7.

²⁹ Sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C 234/03, apartado 22; de 11 de junio de 2009, Hans & Christophorus Oymanns, C 300/07, apartado 74; y de 10 de marzo de 2011 C-274/09 caso Privater Rettungsdienst, apartado 37. Estas sentencias son estudiadas por LAZO VITORIA (2018).

Esta riesgo tiene sus contrapesos.

Primero, como destaca LAZO VITORIA, una cuestión incorporada al Proyecto de Directiva ya avanzada su tramitación es que la transferencia del riesgo operacional se producirá bajo *condiciones normales de funcionamiento del mercado*, regla plasmada en el art. 5.1 y en el considerando 18. El concesionario asume el riesgo asociado a la explotación de la obra o servicio, pero no en cualquier circunstancia, sino solo en condiciones normales de funcionamiento del mercado. No se incorpora explícitamente el principio del restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión, aunque su incorporación a la Directiva fue objeto de debate, desechándose su inclusión porque, según el Consejo, éste “puede lograrse plenamente por aplicación de las normas sobre modificación contractual en relación con posibles modificaciones bien previstas en el contrato o bien cuya necesidad se derive de circunstancias imprevisibles”.³⁰ En este sentido, la doctrina española más cualificada señaló tempranamente que la referencia a las condiciones normales de funcionamiento implica la compatibilidad de la transferencia del riesgo operacional con el derecho al mantenimiento del **equilibrio económico- financiero de la concesión**.³¹

Segundo, los riesgos asumidos por el concesionario son todos o parte de los inherentes al mercado, no siendo exigible al poder licitador que transfiera riesgos inexistentes en sectores con un riesgo operacional reducido. De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, no sería razonable exigir la transferencia de riesgos económicos superiores a los que existen en el sector de acuerdo con su normativa aplicable. Esta precisión es muy relevante cuando la concesión tenga como objeto la prestación de servicios públicos, dadas la naturaleza de la demanda y la intensidad de la reglamentación. Es especialmente significativa la conocida como Sentencia Eurawasser de 2009³², a propósito de una concesión de servicio público de suministro de agua potable y de tratamiento de aguas residuales. La cuestión prejudicial se planteó

³⁰ Consejo Unión Europea, Propuesta de Directiva sobre adjudicación de contratos de concesión, orientación general de 26 de noviembre de 2012, punto n.º 10.

³¹ GIMENO FELIU, J. M. (2014): *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre la contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Cizur Menor, p. 214.

³² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de septiembre de 2009, Wasser-und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) contra Eurawasser Aufbereitungs-und Entsorgungsgesellschaft mbH, asunto C-206/08, ECLI:EU:C:2009:540.

en el marco de un litigio entre el Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landeskreisgemeinden (mancomunidad de suministro de agua y de evacuación de aguas residuales de la ciudad de Gotha y de los municipios pertenecientes a su distrito administrativo) y Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH (empresa de tratamiento y de eliminación de aguas) relativo a la adjudicación del servicio público de suministro de agua potable y de evacuación de aguas residuales. Convocado un procedimiento para prestar los servicios de abastecimiento y depuración durante veinte años en régimen de concesión, en un marco en el que la conexión a las redes de abastecimiento y evacuación era obligatoria para los usuarios y el pago por los servicios –realizado directamente por los usuarios a la empresa prestadora– venía determinado por las normas tributarias del Land de Turingia, la empresa Eurawasser impugnó el procedimiento con el argumento de que la calificación adecuada del negocio jurídico era la de contrato administrativo de servicios, lo que dio lugar pronunciamientos opuestos en sucesivas instancias. El Tribunal de Justicia señala en los fundamentos 72 a 77 lo siguiente:

«72. Es corriente que algunos sectores de actividad, en particular en los sectores relativos a actividades de utilidad pública, como es el caso del suministro de agua y de la evacuación de aguas residuales, sean objeto de una *reglamentación que puede tener como resultado limitar los riesgos económicos* que se corren.

73. Por un lado, la configuración jurídico pública de la explotación económica y financiera del servicio facilita el control de la explotación del mismo y reduce los factores que pueden vulnerar la transparencia y falsear la competencia.

74. Por otro, *debe seguir siendo posible que las entidades adjudicadoras, actuando de buena fe, garanticen la prestación de servicios mediante una concesión*, si consideran que se trata de la mejor manera de garantizar el servicio público de que se trata, incluso si el riesgo derivado de la explotación es muy limitado.

75. Además, no sería razonable pedir a la autoridad pública concedente que cree condiciones de competencia y de riesgo económico superiores a las que existen en el sector en cuestión debido a la normativa aplicable al mismo.

76. En tales circunstancias, *dado que la entidad adjudicadora no tiene influencia alguna en la configuración jurídico pública del servicio, es imposible que introduzca y, por consiguiente, transfiera, factores de riesgo* que quedan excluidos por dicha configuración.

77. En todo caso, incluso si el riesgo que corre la entidad adjudicadora es muy limitado, es necesario que *transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación* que corre para que se considere que existe una concesión de servicios».

En consecuencia, el dato de la remuneración a cargo de los usuarios, junto con una transferencia significativa del riesgo, por limitado que éste sea, será suficiente para poder calificar el negocio jurídico como concesión de servicios.

Además, la transferencia del riesgo es compatible con la existencia de subvenciones públicas a la actividad. La legislación española admite la posibilidad de que la concesión se financie (parcialmente) mediante aportaciones públicas, lo que no ha cambiado con la LCSP de 2017 ni resulta disconforme con el régimen jurídico establecido por la Directiva 2014/23, que admite expresamente esa posibilidad. Sin embargo, la normativa vigente puntualiza que “el sistema de ayudas públicas *deberá respetar en todo caso* la transferencia efectiva del riesgo operacional” (LCSP art. 252.3), lo que se reitera en términos muy similares para la financiación de las obras objeto de concesión (art. 265.2 *in fine*).

El principio fundamental en el que se basa la colaboración público-privada es que cada específico riesgo debe ser soportado por la parte que está

en mejores condiciones para evitarlo o minimizarlo.³³ Por ello, la tipificación de los riesgos es un elemento fundamental para el correcto diseño de una CPP, tanto desde una perspectiva jurídica como económica.

Tradicionalmente se ha hablado de un «riesgo de demanda» y de un «riesgo de disponibilidad», al que se une en el caso de las concesiones de obra, un «riesgo de construcción». Estas categorías se tipificaron en la declaración de Eurostat STAT/04/18, de 11 de febrero de 2004, en las que de acuerdo con las categorías del SEC 95 consideraba que los pagos esperables de una CPP en que el riesgo de construcción y bien el riesgo de demanda o el de disponibilidad se hayan transferido al socio privado no deben contar como deuda pública. Al margen de las cuestiones de contabilidad pública, un cuarto riesgo no tenido en cuenta por Eurostat en su declaración sería el «riesgo financiero», es decir, las condiciones de acceso al crédito, especialmente relevantes en las CPP relativas a la construcción y explotación de grandes infraestructuras, dado que variaciones imprevistas en esta capítulo pueden hacer inviable la posición del socio privado.³⁴

³³ Este es un principio generalmente aceptado. En este sentido, para un planteamiento de síntesis vid. QUIGGIN, J. (2005): «Public-Private Partnerships: Options for Improved Risk Allocation», *Australian Economic Review* 38(4), pp. 445-450. Un influyente estudio de la aplicación del principio en la experiencia británica en CORNER, D. (2006): «The United Kingdom Private Finance Initiative: The Challenge of Allocating Risk», *OECD Journal On Budgeting* volumen 5, núm. 3, pp. 37-55.

En la doctrina española, en este sentido MELÓN PARDO, C. (2011): «Atribución y reparto de riesgos en el seno de la colaboración público-privada para la ejecución de infraestructuras inmobiliarias», *Actum Inmobiliario y Urbanismo* núm. 15. Disponible en <https://blog.efl.es/articulo-doctrinal/atribucion-y-reparto-de-riesgos-en-el-seno-de-la-colaboracion-publico-privada-para-la-ejecucion-de-infraestructuras-inmobiliarias/>

Por lo demás, este principio es pacíficamente aceptado en diversos documentos administrativos, como el Special Report 9/2018, de la European Court of Auditors, punto 2 (énfasis añadido): «PPPs are not different in nature and outcomes from traditionally procured projects, but they exhibit some differences as far as project and contract management are concerned. The main difference between PPPs and traditional projects is the risk-sharing between the public and private partner. In principle, *risks in a PPP project should be allocated to the party which is best suited to manage them*, the aim being to attain the optimum balance between risk shifting and compensation for the risk-bearing party. The private partner is often responsible for risks, associated with the design, construction, financing, operation and maintenance of the infrastructure, while the public partner usually takes on regulatory and political risks».

³⁴ En este sentido, MELON, 2011.

El riesgo de demanda es el que está asociado al uso o frecuentación por los usuarios de la infraestructura construida y explotada por el socio privado o al uso del servicio prestado. No obstante, siendo más específico, se referiría a la variación de la demanda que no sea resultante de la inadecuación o baja calidad de los servicios prestados o de cualquier acción del socio privado que cambie la cantidad o calidad de los servicios prestados, como puntualiza Eurostat.³⁵

El riesgo de disponibilidad supone la repercusión directa en la retribución del socio privado por no proporcionar el volumen acordado o conseguir la seguridad o los estándares de calidad en los servicios proporcionados a los usuarios. La Administración pública habrá transferido este riesgo si los defectos en el grado de disponibilidad efectiva repercuten de forma automática y significativa en las retribuciones del socio privado.³⁶

Finalmente, el riesgo de construcción, que estará presente únicamente en las concesiones de obra, se refiere a los posibles retrasos, incumplimiento de estándares especificados, sobrecostos, deficiencias técnicas o efectos negativos externos. Si los pagos al socio privado se producen sin tener en cuenta el estado de la construcción, este riesgo no habría sido transferido.

De los anteriores, el riesgo que resulta más problemático atribuir –al menos, atribuir enteramente– al socio privado es el riesgo de demanda.³⁷ Se trata de un riesgo completamente exógeno al sector privado, respecto al que por definición poco o nada puede hacer el socio privado, por lo que su

³⁵ De acuerdo con Eurostat (énfasis añadido): «This risk should only cover a shift of demand not resulting from inadequate or low quality of the services provided by the partner or any action that changes the quantity/quality of services provided. Instead, it should result from other factors, such as the business cycle, new market trends, direct competition or technological obsolescence. *Government will be assumed to bear the risk where it is obliged to ensure a given level of payment to the partner independently of the effective level of demand expressed by the final user, rendering irrelevant the fluctuations in level of demand on the partner's profitability*».

³⁶ Según Eurostat: «Government will be assumed not to bear such risk if it is entitled to reduce significantly (as a kind of penalty) its periodic payments, like any "normal customer" could require in a commercial contract. Government payments must depend on the effective degree of availability supplied by the partner during a given period of time. Application of the penalties where the partner is defaulting on its service obligations should be automatic and should also have a significant effect on the partner's revenue/profit, and must not be purely "cosmetic" or symbolic».

³⁷ MELON, 2011.

asunción resulta normalmente ineficiente.³⁸ Los supuestos en los que esa transferencia se ha hecho de modo incondicionado han tendido en muchos casos al fracaso, dada la extrema dificultad de hacer previsiones de demanda a largo plazo en muchos de los ámbitos en los que habitualmente se utiliza la CPP.³⁹ Por el contrario, el riesgo de disponibilidad es el ámbito en el que la capacidad de gestión de un socio privado motivado y competente está llamado a producir las mayores ganancias de eficiencia. Será clave en este sentido la documentación contractual, en la que deberá definirse con el mayor grado de claridad los indicadores o niveles de calidad, seguridad y eficiencia a cuyo grado de cumplimiento quede condicionada la retribución del socio privado. Una adecuada definición permitirá aplicar estos mecanismos a todo tipo de CPP, incluidas las relativas a la construcción y explotación de infraestructuras.⁴⁰

En la Directiva 2014/23 se establece que hay transferencia del riesgo operacional cuando corre de cuenta del concesionario el «riesgo de demanda», el «riesgo de suministro» o ambos (art. 2.1). La definición de esos riesgos, contenida en el considerando 20, no es especialmente afortunada por ser en exceso reiterativa de lo definido y escasamente explicativa.⁴¹ Es especialmente problemático que se entiende por «riesgo de suministro» y si es efectivamente equivalente a «riesgo de disponibilidad» que, como hemos

³⁸ RUIZ OJEDA, A. (2006): *La concesión de obra pública*, Madrid, Thomson Civitas, p. 485.

³⁹ TER-MINASSIAN, T. y RUIZ, J. L. (2006): «Aspectos económicos en la colaboración público-privada», *Presupuesto y Gasto Público* núm. 45, pp. 41-58.

⁴⁰ GONZÁLEZ GARCÍA, J. (2008): «El riesgo del concesionario como elemento central de las concesiones de obra pública», en R. FALCÓN Y TELLA, C. GARCÍA-HERRERA BLANCO, M. A. GRAU RUIZ, *Análisis jurídico de los mecanismos de financiación de las infraestructuras públicas*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, pp. 341-362, pp. 358 y ss. Este autor volvería sobre la cuestión del reparto del riesgo en la construcción de infraestructuras en (2012): «Riesgo y ventura en la concesión de obra pública. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011», en el vol. col. *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Madrid, Civitas, vol. 1, pp. 1313-1332; y en (2013): «La sostenibilidad económica de las concesiones de obra pública en la legislación de contratos del sector público», *Revista de urbanismo y edificación* núm. 28, pp. 41-66. Desde una perspectiva más general, del mismo autor, (2018): «Colaboración público-privada: más allá de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 74, 2018 (ejemplar dedicado a «El nuevo régimen de las concesiones»), pp. 34-43.

⁴¹ En este sentido, LAZO (2018).

visto, es el término utilizado por Eurostat en consonancia con el Sistema Europeo de Cuentas Públicas (SEC-95 y el actualmente vigente SEC-2010). De aceptarse la equivalencia de ambos términos, cuando se hubiese transferido el riesgo de suministro, la retribución del socio privado dependería sustancialmente de indicadores de seguridad y calidad del servicio, por tanto esencialmente de la adecuada gestión de la obra o servicio por el contratista, aunque ello obligaría a una cierta interpretación correctora de la Directiva, que en su art. 5.1, b) in fine, establece que la «parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado».⁴²

En la LCSP se establece que la retribución por la utilización de la obra se abone por la Administración “teniendo en cuenta el *grado de disponibilidad* ofrecido por el concesionario” adicional o alternativamente a su uso, mientras que para las concesiones de servicios se mantiene la fórmula precedente de retribución por la “utilización” del servicio (art. 267.4 y 289 respectivamente). Como señala LAZO VITORIA, esto supone una opción preferente por la transferencia del riesgo de disponibilidad para las concesiones de obra y sólo de forma complementaria y limitada del riesgo de demanda, lo que por otra parte concuerda con la posición mantenida por la patronal del sector.⁴³

⁴² En contra, LAZO VITORIA (2018), quien afirma que «donde sí existe [riesgo de demanda], la transferencia del riesgo operacional debe necesariamente articularse sobre la demanda efectiva de la obra o del respectivo servicio», sin perjuicio de que pueda haber concesiones en ámbitos sin apenas variabilidad de la demanda en los que la retribución del concesionario se base en parámetros de calidad.

⁴³ Vid. SEOPAN (Asociación de Empresas Constructoras y Concesionarias de infraestructuras), DELOITTE y URÍA MENÉNDEZ, *Hacia un modelo eficiente de colaboración público-privada*, febrero de 2017, p. 58: «...el mecanismo más natural parece que debería ser aquel vinculado directamente a la disponibilidad/calidad de la carretera y su sostenibilidad en el largo plazo ello, pues eso es lo que “liga” al encargado del diseño y construcción con el comportamiento de la infraestructura a largo plazo de manera directa. Ello sin perjuicio de la conveniencia de que se mantenga un componente menor y marginal del pago ligado a la demanda, precisamente para evitar que el mecanismo de pagos “desalinee” las prioridades del concesionario de las de la Administración, merced a una demanda superior de lo previsto que provocaría mayores costes de mantenimiento, y generaría un cierto desequilibrio que necesita ser compensado».

2. Beneficios e inconvenientes de la CPP contractual frente a un contrato público de obra o servicios: su aplicación específica al caso de la construcción de la red europea de infraestructuras

La CPP supone la aportación de capital privado y de conocimientos técnicos y capacidad de gestión de una empresa privada a la gestión de un servicio público o a la construcción y explotación de una infraestructura. Presenta la ventaja adicional de permitir la licitación en un solo procedimiento de obras de infraestructura complejas que, de recurrirse a procedimientos más convencionales de licitación de la obra pública, deberían fragmentarse y alargarse en el tiempo. Respecto a la inversión en infraestructuras, desde una perspectiva europea actual presentan la ventaja adicional de que, en caso de cumplirse con los requisitos establecidos por Eurostat en aplicación de la SEC-95 y ahora SEC-2010, los costes de construcción y explotación no computan como déficit ni como deuda pública, lo que facilita el cumplimiento de los «compromisos de Maastricht» sin paralizar la construcción de nuevas infraestructuras.⁴⁴

Los fundamentos de la colaboración público-privada (especialmente impulsada por las Instituciones de la Unión Europea) se pueden resumir en: a) las restricciones presupuestarias derivadas del modelo de estabilidad diseñado

⁴⁴ En este sentido puede recordarse cuáles son los requisitos de convergencia precisos para la integración en el euro establecidos en Maastricht:

1. Tasa promedio de *inflación*, observada durante un período de un año antes del examen, que no exceda en más de un 1,5% la de los tres Estados miembros con mejor comportamiento

2. *Finanzas públicas* en una situación sostenible:

a) presupuesto sin un déficit público excesivo, considerando como tal el que *supere el 3% del PIB de acuerdo con el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo*

b) *la proporción entre la deuda pública y el producto interior bruto (PIB) no debe rebasar un valor de referencia (definido en el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo como el 60% del PIB), a menos que la proporción disminuya suficientemente y se aproxime a un ritmo satisfactorio al valor de referencia*

3. Respeto de los márgenes normales de fluctuación que establece el mecanismo de tipos de cambio del *sistema monetario europeo*, sin que se haya producido devaluación frente al euro durante dos años como mínimo.

4. Durante un período de un año antes del examen, los Estados miembros deberán tener un *tipo promedio de interés nominal a largo plazo* que no exceda en más de un 2% el de los tres Estados miembros con mejor comportamiento en materia de estabilidad de precios. Los tipos de interés se medirán con referencia a los bonos del Estado a largo plazo u otros valores comparables, teniendo en cuenta las diferencias en las definiciones nacionales.

en Europa, b) consecución de mejor eficacia y eficiencia en la actividad privada al aprovechar de forma dinámica los conocimientos y metodologías del sector privado y c) nuevo papel del Estado en la prestación de servicios actuando como regulador.⁴⁵

Desde una perspectiva concurrente pero más amplia, se han establecido los fundamentos del impulso de las instituciones comunitarias a favor de la colaboración público-privada, en los siguientes puntos: a) mayor eficiencia social; b) implicación más directa del sector privado en la resolución de necesidades colectivas; c) mejor calidad de los servicios públicos; d) la posibilidad de soslayar las restricciones presupuestarias derivadas del modelo de estabilidad diseñado en Europa.⁴⁶

Desde una perspectiva institucional puede destacarse, por su contenido y por su fecha, la Comunicación de la Comisión de 19 de noviembre de 2009 «Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada».⁴⁷ En este documento se pone el énfasis en que la colaboración público-privada puede contribuir a la recuperación económica y al desarrollo sostenible de la Unión Europea (UE), considerando que, **la combinación de capacidades y fondos públicos y privados es esencial en el contexto de la crisis económica**. Sin embargo, la Comisión no deja de ser consciente de las dificultades de desarrollo de los proyectos CPP, puesto que implican importantes recursos financieros, una experiencia y formación específica en el seno del sector público, disposiciones financieras complejas y compromiso a largo plazo por parte de las autoridades.

Desde las perspectivas expuestas todo pueden parecer ventajas, pero lo cierto es que la CPP presenta claroscuros. Una visión muy crítica es la que se da por el Tribunal de Cuentas Europeo en su informe de 2018 sobre las actuaciones de CPP contractual parcialmente financiadas con fondos comunitarios.⁴⁸ Un informe que, significativamente, se titula «Asociaciones

⁴⁵ Vid. BRUNETE DE LA LLAVE, M. T. (2009): *Los contratos de CPP en la LCSP*, Madrid, La Ley, pp. 339-445.

⁴⁶ AAVV, *La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada*, Barcelona, Esade-Cambra de Comerç de Barcelona, 2018, p. 8.

⁴⁷ COM(2009) 615 final.

⁴⁸ European Court of Auditors, Special Report 9/2018. Disponible en <http://publications.europa.eu/webpub/eca/special-reports/ppp-9-2018/en/> También disponible en español como Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo 9/2018,

público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados».

El Tribunal de Cuentas hace determinadas constataciones, como que las CPP «posibilitaron que los poderes públicos adquirieran infraestructuras a gran escala mediante un único procedimiento, pero aumentaron el riesgo de competencia insuficiente y, por ende, colocaron a los poderes adjudicadores en una posición de negociación más débil».

Es preciso señalar que una tendencia actual, tanto en la Directiva 2014/24 como en la LCSP española es la llamada «lotificación»: el principio general es que siempre que ello sea posible sin disminución significativa de la eficiencia, deberá procederse a la división en lotes del objeto del contrato, con lo que se facilitará el acceso a las PYME al mercado de contratación pública, además de aumentar la competencia y, posiblemente, como razón no explicitada, reforzar la posición del poder adjudicador. Todos estos elementos se pierden en una CPP, que se basa en la licitación integral de una obra o servicio susceptible de explotación autónoma.

En segundo lugar, la CPP hasta cierto punto simplifica la contratación, al concentrarla en un único procedimiento. Sin embargo, según el Tribunal de Cuentas, «normalmente requiere negociar sobre aspectos que no suelen formar parte de la contratación pública tradicional y, por lo tanto, lleva más tiempo que cuando se trata de proyectos tradicionales». En este sentido se constata que los procedimientos de licitación en Grecia se alargaron mucho más de lo inicialmente previstos y en España, aunque concluidos en plazo, fue necesario reabrir negociaciones con el adjudicatario al detectarse deficiencias en el procedimiento.

Los retrasos no se limitaron al procedimiento de licitación: «la mayoría de las APP auditadas fueron objeto de ineficiencias considerables en forma de retrasos durante la construcción e importantes aumentos de los costes», aunque se concede en el informe que esto se produjo «de forma similar a los proyectos tradicionales». En todo caso, este gasto adicional es calificado como «ineficiente» por el Tribunal de Cuentas. Los sobrecostes fueron especialmente significativos en Grecia lo que «se debió principalmente a la crisis financiera y a la mala preparación de los proyectos por el socio

«Deficiencias generalizadas y beneficios limitados», en la dirección web <http://publications.europa.eu/webpub/eca/special-reports/ppp-9-2018/es/>

público, lo que dio lugar a contratos prematuros y poco eficaces con concesionarios privados».

El Tribunal de Cuentas insiste en la fase de preparación: «los análisis previos se habían basado en escenarios excesivamente optimistas en lo que se refiere a la futura demanda y utilización de la infraestructura prevista, lo que provocó índices de utilización de los proyectos de hasta el 69 % (TIC) y del 35 % (autopistas) por debajo de las previsiones». Se pone en duda que una CPP fuese el mecanismo adecuado para la implantación de infraestructuras en el campo de las TIC: «la mayoría de los seis proyectos TIC auditados no eran fácilmente compatibles con la larga duración de los contratos, al estar sujetos a rápidos cambios tecnológicos». Se insiste en una deficiente preparación también en lo relativo a la elección de la CPP como mecanismo de contratación: «sin lograr demostrar, por lo tanto, que se trataba de la opción que maximizaba la relación calidad-precio y protegía el interés público al garantizar una igualdad de condiciones entre las APP y una adjudicación de contratos públicos tradicional».

De los elementos anteriores puede destacarse que el Tribunal de Cuentas insinúa reiteradamente que el hecho de diferir los gastos hacia el futuro y de situarlos fuera del balance –si se cumplen los criterios de Eurostat- generaría una tendencia en los gestores públicos a sobredimensionar las necesidades, en vez de la aproximación más conservadora –se viene a decir- que sería probable si hubiese que asumir directamente los costes con el presupuesto público actual y los inmediatos.

No obstante, se reconoce que «nueve proyectos fiscalizados completados han demostrado buenos niveles de servicio y mantenimiento y cuentan con el potencial para mantener dichos niveles durante la duración restante del proyecto».

La gran crítica fue la relativa al diseño del negocio jurídico en cuanto al reparto de riesgos: «La distribución de riesgos entre los socios públicos y privados fue por lo general inadecuada, incoherente e ineficaz, mientras que los elevados índices de remuneración (hasta el 14 %) que ofrece el capital de riesgo de los socios privados no siempre reflejaban los riesgos asumidos».

La gran conclusión y, también, la gran enseñanza:

«La ejecución de proyectos de APP con resultados positivos exige una *capacidad administrativa*

considerable que solo puede garantizarse mediante *marcos institucionales y jurídicos adecuados* y una experiencia dilatada en la aplicación de proyectos de APP».

Lo primero que hay que constatar es la existencia de determinados sesgos en el informe: se centra en CPP en únicamente cuatro países, en dos de ellos en la construcción de autopistas (Grecia y España) y en otros dos en la implantación de redes de acceso a internet (Francia e Irlanda). Por otra parte, se mezclan cuestiones muy diversas: la construcción de autopistas, que en países montañosos como España o Grecia requiere una pericia técnica muy considerable, y un empleo intensivo de capital y mano de obra especializada, con otros, como la implantación de infraestructuras de acceso a las TIC, que no tienen los elementos anteriores (en España esa implantación se ha hecho exitosamente, en las últimas etapas, por empresas puramente privadas, sujetas a determinadas obligaciones de servicio público) y están sujetas a un cambio tecnológico acelerado, que las hace quizá poco adecuadas para contratos de explotación de larga o muy larga duración (como también se recoge en el informe).

Por otra parte, como insiste la Comisión en su respuesta al Informe, la crisis económica, especialmente intensa en España, más en Irlanda y excepcionalmente en Grecia, ha distorsionado todo el panorama, convirtiendo en papel mojado las previsiones que pudieran haberse hecho con anterioridad.⁴⁹ La crisis financiera además dejó sin financiación accesible a algunos de los socios privados de las CPP en Grecia. Pese a todo ello, destaca la Comisión, la construcción de las infraestructuras se llevó adelante y, peso a los retrasos, se concluyó exitosamente y, por otra parte, el tráfico está

⁴⁹ De acuerdo con estudios de la Junta de Andalucía, el tráfico rodado en carreteras convencionales descendió casi un 18% entre 2007 y 2014 («El tráfico da señales de recuperación tras su desplome durante la crisis», Huelva Información de 7 de febrero de 2016, https://www.huelvainformacion.es/provincia/trafico-senales-recuperacion-desplome-crisis_0_997100901.html). Otras fuentes manejan disminuciones del 15 % sólo entre 2011 y 2012, citando el medidor de tráfico europeo Inrix («Más crisis, menos tráfico», Cuatro, https://www.cuatro.com/noticias/sociedad/crisis-trafico_2_1432230052.html; «La crisis reduce el número de atascos», Autopista.es, <https://www.autopista.es/noticias-motor/articulo/atasco-trafico-ciudad-82144.htm>)

experimentando una clara recuperación, por lo que es muy posible que finalmente se llegue a las cifras previstas.

Con todo, un elemento relevante, aunque no incluido en el resumen ejecutivo elaborado por el propio Tribunal de Cuentas, es que con carácter general las entidades públicas obtienen mejores condiciones de financiación que las privadas, por lo que aunque una CPP bien hecha puede anticipar la implantación de una obra pública y suponer un estímulo, sus costes van a ser con carácter general mayores que los de una contratación pública convencional eficiente, aunque esos costes no sean asumidos por la Administración, sino repercutidos directamente sobre los usuarios finales a través de las correspondientes tarifas.

Finalmente, que se puede extraer de todo lo anterior. Seguramente, que la CPP no es una panacea, aunque no se puede negar que es el mecanismo más eficiente en determinados casos tanto como para la implantación de infraestructuras –aspecto examinado en el Informe Especial 9/2018- como para la prestación de servicios públicos a los ciudadanos, pero que esa mejor adecuación ha de ser objeto de un estudio técnico solvente, porque no bajo cualquier circunstancia y para cualquier tipo de obra o servicio la CPP es más eficiente que el correspondiente contrato público de obra o de servicios.

La Comisión, en su contestación al Informe especial 9/2018 da buenas razones para descartar una disminución efectiva de la competencia: primera, una licitación abierta internacionalmente (en el caso estudiado, a todas las entidades del EEE) comporta que pueda haber muchos potenciales socios privados interesados y, segunda, la experiencia muestra que las empresas privadas no suelen concurrir aisladamente a este tipo de contratos, sino que lo hacen mediante la formación de alianzas, lo que permite acceder a este mercado incluso a empresas medianas.

Sin embargo, resulta indudable la necesidad de un marco jurídico adecuado, que pondere adecuadamente los intereses protegibles en presencia. Una regulación excesivamente centrada en una determinada concepción del interés público no resultará atractiva para los potenciales socios privados o lo será sólo para algunos de ellos, limitando la competencia y dañando el interés público. Por el contrario, un régimen excesivamente volcado en la atracción de inversiones privadas puede dejar a la Administración pública en una clara condición de inferioridad a la hora de negociar.

Un elemento imprescindible es la capacitación técnica y jurídica de los responsables públicos que tienen que diseñar, licitar y **hacer el seguimiento** de la ejecución de la CPP. Ciertamente, esta necesidad de capacitación es una necesidad generalmente sentida en todos los ámbitos de la contratación pública y en este sentido la **Recomendación 2017/1805, de 3 de octubre, de la Comisión Europea**, en la que se establecen como objetivos atraer y retener el talento en la contratación pública, estableciendo un marco de capacidades y competencias de los profesionales de la contratación, mediante un modelo de formación integral, y diseñando un sistema de carrera competitivo y basado en el mérito. Sin embargo, esta necesidad general es especialmente aguda en el campo de la CPP, aspecto en el que la Comisión concuerda con el Tribunal de Cuentas Europeo y con la que, sinceramente, es difícil discrepar.

III. Epílogo

El territorio es un componente esencial del Estado y su vertebración a través de infraestructuras de transporte fundamentalmente fundamental para el ejercicio de sus funciones. Las infraestructuras de transporte son fundamentales para vertebrar este territorio, permitiendo un desarrollo equilibrado, una necesaria cohesión interna, pero también es fundamental desde la perspectiva la seguridad y la defensa; en suma, esa articulación es imprescindible para el ejercicio efectivo de las funciones estatales. Es también esencial para que se puedan ejercer de forma eficaz derechos fundamentales como la libertad de desplazamiento, reconocido en el artículo 19 de la Constitución española e invocado como fundamento, entre otros muchos textos legales, en la reciente Ley 9/2025, de 3 de diciembre, de Movilidad Sostenible.

La creación de una red de transportes y comunicaciones cada vez más eficaz, como elemento necesario para el ejercicio de la soberanía y como presupuesto para la creación de mercados nacionales fue una de las tareas esenciales en la construcción del Estado moderno desde el siglo XVII, aunque sea una tarea todavía inconclusa.

La Unión Europea, como entidad supranacional con vocación confederal, se enfrenta al mismo reto. El ejercicio efectivo de las libertades comunitarias fundamentales de libre desplazamiento de trabajadores,

mercancías y capitales, que junto con la libre prestación de servicios forman el núcleo del Derecho de la Unión desde el inicial Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957 (art. 3), libertades actualmente recogidas en el artículo 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), exige unas infraestructuras capaces. Por otra parte, la construcción jurídica de la Unión, en gran parte gracias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ha hecho surgir un auténtico derecho a la libre circulación de personas por el territorio europeo.⁵⁰

No obstante, el desarrollo de una política común de transporte, primero, de unas infraestructuras comunes europeas, después, no ha resultado en ningún momento una tarea fácil.

En todo caso, la Unión ha emprendido la creación de redes transeuropeas, inicialmente de transportes, pero también de energía y telecomunicaciones, sin articular su propio derecho de bienes del que derive un régimen propio y diferenciado para estas infraestructuras. La Unión Europea, fundamentalmente la Comisión, ha asumido un papel esencial en el estudio, diseño y financiación de estas redes; el Derecho de la Unión es determinante en su uso y régimen de funcionamiento, pero el Derecho europeo no entra en el régimen sustantivo de la infraestructura, bienes de dominio público en el caso de las infraestructuras de transporte, pero en muchos casos bienes privados en lo que se refiere a las redes energéticas y de telecomunicaciones. Ese régimen sustantivo sigue siendo un régimen nacional, peculiar de cada Estado miembro, aunque puedan existir unas lejanas raíces comunes en el Derecho romano para las infraestructuras públicas de transporte, lo que no impide un uso efectivo de esas infraestructuras, con una capacidad cada vez mayor.

Por tanto, el papel de cada Estado miembro es fundamental en la construcción –y, por supuesto, mantenimiento y gestión– de esas redes, no sólo de facto, sino también de iure. A la Unión corresponde identificar y apoyar los “proyectos de interés común europeo”, pero el apoyo requiere el apoyo concurrente de los Estados miembros. Como se dice en art. 171.1 TFUE, la Unión “podrá apoyar proyectos de interés común apoyados por Estados miembros”, debiendo tener en cuenta la “viabilidad económica

⁵⁰ Una exposición sintética en SARRIÓN ESTEVE, J. (2013): “La libre circulación de personas como derecho fundamental de los ciudadanos en la Unión Europea”, *Panorama Social* núm. 17, 2013, pp. 34-40.

potencial” de los proyectos. La cooperación, entre Estados miembros y con terceros países, se configura como un elemento esencial y se da un papel específico a la Comisión para su impulso.

En todo caso, la construcción de la red nunca podrá terminar. A nuevas exigencias y adaptaciones se unirán inevitablemente unos costes crecientes de conservación y mantenimiento, una cuestión que a veces se pasa por alto y que ha llevado en el caso de España a unos déficits en el mantenimiento de las infraestructuras que lastran de forma clara su uso y, a partir de determinado momento, incluso el propio crecimiento económico y cohesión territorial del Estado.⁵¹

El ejemplo de la Unión Europea es ambivalente. Por un lado, confirma que la construcción de una entidad supranacional, con una clara vocación confederal, no puede hacerse sin una construcción física en paralelo o, al menos, en sucesión inmediata a la construcción jurídica. Esa construcción física que permita vertebrar el territorio como una unidad, no como una serie de compartimentos más o menos estancos, es un elemento esencial del mercado interior, pero también es fundamental en el avance hacia una mayor cohesión. Sin embargo, el ente supranacional, como es la Unión Europea, no precisa de una titularidad de la infraestructura, que ni siquiera tiene que estar sujeta a una titularidad pública; le basta con el establecimiento de un régimen de uso que permita el cumplimiento de sus fines. Quizá en vía paralela al fin de los “grandes relatos” que de acuerdo con Jean-François Lyotard caracteriza la posmodernidad, estemos ante un ejemplo de construcción alternativa a algunos de los grandes conceptos jurídicos que caracterizaron las construcciones nacionales del siglo XIX. El contexto económico, social y cultural ha cambiado; los mecanismos jurídicos de articulación de los territorios lo están haciendo también.

Bibliografía

AAVV, *La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada*, Barcelona, Esade-Cambra de Comerç de Barcelona, 2018.

⁵¹ Por todos, ESTEBAN RÍOS, J. (2021): “Algunas reflexiones sobre las distintas alternativas existentes para financiar el mantenimiento y conservación de las carreteras españolas”, *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 120, 2021, pp. 103-136.

ALONSO GARCÍA, Ricardo (2000): «Actividad judicial v. inactividad normativa (El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas frente al déficit normativo de las Instituciones y de los Estados miembros)», RAP núm. 151, pp. 71-132.

ARPIO SANTACRUZ, Marta (1985): El Parlamento frente al Consejo: la sentencia del Tribunal de Justicia en materia de transportes, Revista de Instituciones Europeas 1985 p. 789-804.

ARROYO ABAD, Carlos (2008): La política común de transportes: origen y evolución en Europa del transporte público por carretera, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLI, pp. 49-68.

BLANCH NOUGUÉS, Juan Manuel (2008): «La concesión de obras públicas y su financiación en el Derecho romano», en R. FALCÓN Y TELLA, C. GARCÍA-HERRERA y M. A. GRAU (coord.), *Análisis jurídicos de los mecanismos de financiación de las infraestructuras públicas*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, pp. 309-320.

BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa (2009): *Los contratos de CPP en la LCSP*, Madrid, La Ley.

CASCALES MORENO, F. J. (2000): «La política común del transporte ferroviario», Noticias de la Unión Europea núm.185.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (1996): *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho romano*, Madrid, Dykinson.

CORNER, David (2006): «The United Kingdom Private Finance Initiative: The Challenge of Allocating Risk», OECD Journal On Budgeting, volumen 5, núm. 3, pp. 37-55.

ESTEBAN RÍOS, Javier (2021): “Algunas reflexiones sobre las distintas alternativas existentes para financiar el mantenimiento y conservación de las carreteras españolas”, Revista Vasca de Administración Pública núm. 120, 2021, pp. 103-136.

GIMENO FELIU, José María (2012): “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contratos de servicios y el CPP”, REDA núm. 156, pp. 17-58.

GIMENO FELIU, José María (2014): *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre la contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Cizur Menor, Aranzadi.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (2008): «El riesgo del concesionario como elemento central de las concesiones de obra pública», en Ramón FALCÓN Y

TELLA, Cristina GARCÍA-HERRERA BLANCO, María Amparo GRAU RUIZ, Análisis jurídico de los mecanismos de financiación de las infraestructuras públicas, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, pp. 341-362.
GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (2012): «Riesgo y ventura en la concesión de obra pública. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011», en el vol. col. *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Madrid, Civitas, vol. 1, pp. 1313-1332

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (2013): «La sostenibilidad económica de las concesiones de obra pública en la legislación de contratos del sector público», *Revista de urbanismo y edificación* núm. 28, pp. 41-66.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (2018): «Colaboración público-privada: más allá de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 74, 2018 (ejemplar dedicado a «El nuevo régimen de las concesiones»), pp. 34-43.

LAZO VITORIA, Ximena (2018): «El riesgo operacional ¿una nueva era para los contratos de concesión?», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho* núm. 74, pp. 62-69.

LÓPEZ BASAGUREN, Alfonso (2006): «Las infraestructuras de red en la UE: las Redes Transeuropeas de transportes y de energía», *Ekonomiaz* núm. 63, pp. 212-235, p. 219.

MELÓN PARDO, Carlos (2011): «Atribución y reparto de riesgos en el seno de la colaboración público-privada para la ejecución de infraestructuras inmobiliarias», *Actum Inmobiliario & Urbanismo* nº 15, 2011. Cito por <https://blog.efl.es/articulo-doctrinal/atribucion-y-reparto-de-riesgos-en-el-seno-de-la-colaboracion-publico-privada-para-la-ejecucion-de-infraestructuras-inmobiliarias/>

MELÓN PARDO, Carlos (2011): «Atribución y reparto de riesgos en el seno de la colaboración público-privada para la ejecución de infraestructuras inmobiliarias», *Actum Inmobiliario y Urbanismo* núm. 15. Disponible en <https://blog.efl.es/articulo-doctrinal/atribucion-y-reparto-de-riesgos-en-el-seno-de-la-colaboracion-publico-privada-para-la-ejecucion-de-infraestructuras-inmobiliarias/>

MUÑOZ MARTÍNEZ, César (2018): «Nuevos instrumentos de financiación para la política común de infraestructuras de transporte: ¿una alternativa al

sistema de subvenciones tradicional?», Revista General de Derecho Europeo núm. 45, pp. 299-308.

ORTIZ BLANCO, L., y VAN HOUTE, B. (1996): *Las normas de competencia comunitarias en el transporte*, Madrid, Editorial Civitas.

QUIGGIN, John (2005): «Public-Private Partnerships: Options for Improved Risk Allocation», Australian Economic Review 38(4), pp. 445-450.

RÁZQUIN LIZÁRRAGA, Martín María (2012): “El contrato de gestión de servicios públicos: la necesaria reconducción de este tipo contractual (Comentario a la Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2010 y de 10 de marzo y de 10 de marzo de 2011”, en el vol. col. Administración y Justicia: un estudio jurisprudencial. Liber amicorum Tomás Ramón Fernández, Madrid, Civitas, tomo II, pp. 3549-3574.

RODRÍGUEZ BARRIGÓN, Juan Manuel y GAMARRA CHOPO, Yolanda (2022): “La interconexión de redes españolas (de transportes, telecomunicaciones y energía) con redes transeuropeas: una política inacabada de la Unión Europea”, Cuadernos de estrategia, N°. 210, 2022, pp. 127-156

RUIZ OJEDA, Alberto (2006): *La concesión de obra pública*, Thomson Civitas, 2006, p. 485.

SARRIÓN ESTEVE, Joaquín (2013): “La libre circulación de personas como derecho fundamental de los ciudadanos en la Unión Europea”, Panorama Social núm. 17, 2013, pp. 34-40.

SEOPAN (Asociación de Empresas Constructoras y Concesionarias de infraestructuras), DELOITTE y URÍA MENÉNDEZ, *Hacia un modelo eficiente de colaboración público-privada*, febrero de 2017.

SILVA DE LAPUERTA, Rosario (1985): “La política común de transportes: obligaciones del Consejo y labor fiscalizadora del Parlamento”, Noticias CEE 1985 p. 697-699.

STEPHENSON, Paul (2010): «Let's get physical: the European Commission and cultivated spillover in completing the single market's transport infrastructure, Journal of European Public Policy», 17:7, 1039-1057.

TER-MINASSIAN, Teresa y RUIZ, José Luis (2006): «Aspectos económicos en la colaboración público-privada», Presupuesto y Gasto Público núm. 45, pp. 41-58.

VINOIS, Jean-Arnold, «Le réseau transeuropéen de transport: après les décisions juridiques, reste le financemenet», *Revue du Marche unique européen* núm. 401, 1996, pp. 569-578

DERECHOS REALES E INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS: ÉXITO Y DECLIVE DEL ARRENDAMIENTO ENFITÉUTICO ADMINISTRATIVO DE LAS COLECTIVIDADES TERRITORIALES EN FRANCIA

Antoine Bourrel

Profesor titular de Derecho Público en la Universidad de Pau y des Pays de l'Adour, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE 7318, IE2IA, Pau, Francia

Sumario: I – Éxito del arrendamiento enfitéutico administrativo de las colectividades territoriales; A – Las ventajas del AEA para la colectividad territorial propietaria de la dependencia del dominio público; 1) Un ámbito de aplicación material del AEA inicialmente amplio; 2) La neutralización del régimen de dominio público y la financiación privada de los equipamientos públicos; B - Las ventajas del AEA para el ocupante de la dependencia del dominio público; II / Declive del AEA para la creación y explotación de infraestructuras públicas; A – Endurecimiento de las condiciones de recurso al AEA; 1) Hacia un cuestionamiento de la libertad de elegir recurrir al AEA; 2) La drástica reducción del ámbito de aplicación del AEA; 3) La obligación de organizar un procedimiento de adjudicación específico antes de la celebración del AEA; B – El estricto control de los derechos reales que confiere el AEA

«En Francia no tenemos petróleo, ¡pero tenemos el arrendamiento enfitéutico administrativo¹!». Así es como se podría resumir, con un poco de humor, la forma en que el legislador francés ha querido crear oportunamente un instrumento jurídico que permita la valorización económica del dominio público, en particular de las colectividades territoriales.

Si bien es cierto que en Francia no disponemos de recursos petrolíferos, las personas jurídicas de derecho público, entre las que destacan las colectividades territoriales, son propietarias de un importante dominio público que constituye un recurso muy valioso desde el punto de vista

¹ El lector perspicaz habrá detectado la apropiación de la famosa expresión *«En Francia no tenemos petróleo, ¡pero tenemos ideas»*, procedente de una campaña publicitaria gubernamental llevada a cabo por la Agencia de Ahorro Energético, antecesora de la actual Agencia de Medio Ambiente y Control Energético, en el momento de la primera crisis del petróleo de 1973. Esta expresión no significaba gran cosa en aquella época, pero tenía el mérito de halagar el sentimiento patriótico de los franceses cuando terminaba el periodo de los treinta gloriosos.

económico. La valorización de este recurso constituye, por lo tanto, desde hace mucho tiempo, una preocupación importante para estas últimas por al menos dos razones: por un lado, la ocupación del dominio público que se concede a los operadores para el ejercicio de su actividad económica genera, en beneficio de la persona pública, ingresos² e es de los que no puede prescindir en un contexto de tensión presupuestaria generalizada. Por otra parte, el dominio público inmobiliario se presenta como un lugar privilegiado para acoger a los operadores llamados a construir, explotar y mantener infraestructuras y equipamientos que respondan a las necesidades de las colectividades públicas y sean necesarios para el ejercicio de los servicios públicos y otras actividades de interés general de las que son responsables³.

Así pues, se comprende que la valorización económica del dominio público es una cuestión central, clave para la aplicación de las políticas públicas de las que se encargan las personas públicas. Pero lo que nos interesa aquí, como juristas especializados en el dominio público, es ante todo estudiar los instrumentos y mecanismos jurídicos desplegados en Francia, como el arrendamiento enfiteútico administrativo, para favorecer la valorización económica del dominio público.

Pero antes de profundizar en el tema, es necesario aclarar algunos aspectos relacionados con el ámbito de nuestro estudio.

El lector atento habrá observado que no es casualidad que, en las líneas anteriores, se haya destacado el dominio público de las personas jurídicas públicas. En efecto, en Francia, el derecho de los bienes públicos⁴ se caracteriza por una distinción importante dentro de las propiedades públicas entre dominio privado y dominio público y, si bien no nos corresponde exponer aquí en detalle esta distinción, la buena comprensión de los retos que se plantean en nuestro estudio requiere volver sobre algunos conceptos fundamentales. Así, conviene recordar que los bienes inmuebles, construidos o no, que son propiedad de personas públicas se dividen en dos categorías. Tal y como se desprende expresamente del artículo L. 2111-1 del Código General de la Propiedad de las Colectividades Públicas, «*Sin perjuicio de*

² A través del cobro de la tasa por ocupación del dominio público.

³ Pensamos, por ejemplo, en las instalaciones de tratamiento de residuos, en el ámbito de la cultura (teatros, cines), las energías renovables, el deporte (acondicionamiento de campos de golf), etc.

⁴ También se podría utilizar la expresión «derecho de propiedad pública».

disposiciones legislativas especiales, el dominio público de una persona jurídica de derecho público (...) está constituido por los bienes que le pertenecen y que están destinados al uso directo del público o a un servicio público, siempre que, en este último caso, sean objeto de una adaptación indispensable para el cumplimiento de las misiones de dicho servicio público»⁵. Además del requisito de que el bien pertenezca a la persona jurídica pública, es su asignación al interés general (uso directo por parte del público o asignación a un servicio público) lo que determina la entrada del bien en el dominio público. Tal es el caso, por ejemplo, de los bienes destinados a las necesidades del tráfico público terrestre que, con excepción de las vías férreas, forman el dominio público viario⁶ de las personas públicas propietarias (en particular, los municipios y departamentos) o incluso de los edificios de las universidades (aulas, salas de clase, bibliotecas, etc.), que entran en su dominio público cuando están, sin lugar a dudas, destinados al servicio público de la enseñanza superior y son objeto de una adaptación indispensable para ello. Por el contrario, entran en el ámbito privado los bienes inmuebles que son propiedad de personas jurídicas de derecho público, pero que no están destinados al interés general por no estar destinados al uso público o a la ejecución de una misión de servicio público⁷.

Esta distinción, aparentemente sencilla, sobre el destino de los bienes pertenecientes a personas públicas tiene consecuencias espectaculares en lo que respecta al régimen jurídico aplicable a su gestión. En efecto, las normas

⁵ Cabe precisar que aquí nos interesamos únicamente por el dominio público inmobiliario artificial de las personas públicas. El dominio público natural (marítimo, etc.) está sujeto a un régimen especial, en particular en lo que se refiere a su delimitación. Cabe destacar que también forman parte del dominio público los bienes de las personas públicas que, al contribuir al uso de un bien perteneciente al dominio público en aplicación del artículo L. 2111-1 del Código General de la Propiedad de las Personas Públicas, constituyen un accesorio inseparable del mismo (CGPPP, art. L. 2111-2).

⁶ Cabe señalar que es el propio legislador quien ha decidido expresamente la titularidad pública de estos bienes (CGPPP, art. L. 2111-14), al igual que los destinados al transporte público ferroviario (CGPPP, art. L. 2111-15) y a las necesidades del tráfico aéreo público, ya se trate de aeródromos o de instalaciones necesarias para la seguridad del tráfico aéreo situadas fuera de estos terrenos (CGPPP, art. L. 2111-16). En cualquier caso, en ausencia de disposición legal, todos estos bienes se incluirían necesariamente en el dominio público de las colectividades propietarias por la mera aplicación de los criterios jurisprudenciales.

⁷ Tal es el caso, por ejemplo, de un apartamento propiedad de un municipio en un edificio de viviendas o de un terreno que este pretende conservar para constituir una reserva de suelo.

aplicables en materia de venta u ocupación privativa de los bienes son radicalmente diferentes según que los bienes pertenezcan al dominio público o al dominio privado de una persona pública. Mientras que los bienes del dominio privado están sujetos en gran medida a una gestión privada de derecho común, los bienes del dominio público están sujetos a un régimen jurídico de derecho público especialmente protector, la «*dominialidad pública*»⁸, que consiste principalmente en dos principios destinados a garantizar esta asignación: el principio de inalienabilidad y el principio de imprescriptibilidad. Estos principios, que garantizan la asignación de los bienes al interés general y cuyos orígenes se remontan al Antiguo Régimen⁹, fueron consagrados por la jurisprudencia antes de ser codificados, en particular, por el Código General de la Propiedad Pública¹⁰. Así, el principio de inalienabilidad implica que, salvo excepción¹¹, los bienes pertenecientes al dominio público no pueden venderse, so pena de nulidad del contrato¹², ya que la afectación del bien al interés general es incompatible con la apropiación privativa del bien por un tercero. El principio de imprescriptibilidad se basa en la misma lógica de protección de la asignación del bien al interés general, al imposibilitar la adquisición por parte de terceros de un derecho real¹³ sobre el dominio público por vía de prescripción. En otras palabras, la ocupación prolongada de una dependencia del dominio público por parte de un tercero

⁸ Cabe destacar que otras normas jurídicas específicas, como la policía de conservación o el régimen de infracciones de tráfico, tienen por objeto proteger el dominio público. Sin embargo, a diferencia de los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad, su objetivo principal no es garantizar la afectación de los bienes en cuestión al interés general.

⁹ Ordenanza de Moulins de febrero de 1566 y el edicto de abril de 1667.

¹⁰ «*Los bienes de las personas públicas mencionadas en el artículo L. 1, que pertenecen al dominio público, son inalienables e imprescriptibles*» (CGPPP, art. L. 3111-1: las personas públicas a las que se refiere son el Estado, las colectividades territoriales y sus agrupaciones, así como los establecimientos públicos).

¹¹ Véanse las excepciones previstas en los artículos L. 3112-1 y siguientes del Código General de las Propiedades de las Personas Públicas.

¹² Cass. 1.^a civ., 2 de abril de 1963, *Montagne c/ Réunion des Musées de France*; Cass. 1.^a civ., 3 de mayo de 1988, *Cts Renault c/ EDF*. Mientras no haya desaparecido la afectación del bien al interés general, la inalienabilidad es obligatoria. La desaparición de la asignación al interés general debe ser real y, además, debe formalizarse mediante un procedimiento administrativo especial: la desclasificación del bien. Sobre toda la cuestión, véase Terneyre y Bon, p. 83 y ss.

¹³ Derecho de propiedad (usucapión), servidumbre, etc.

nunca puede tener tales efectos y la persona pública propietaria dispone de importantes prerrogativas que le permiten poner fin a la ocupación privativa en cualquier momento, en particular cuando lo justifica el interés de la conservación del dominio u otros motivos de interés general¹⁴.

Resumidos brevemente, estos principios de dominio público presentan, sin embargo, serios inconvenientes para las personas públicas que desean valorizar económicamente su dominio público, en particular mediante la financiación privada de equipamientos públicos. La imposibilidad a la que se enfrenta el ocupante privado del dominio público de disponer de derechos reales¹⁵ se opone a la obtención de los préstamos indispensables, ya que las entidades bancarias no disponen de ninguna garantía hipotecaria.

Para remediar esta situación y favorecer el desarrollo económico del dominio público, el legislador ha emprendido la creación de instrumentos jurídicos adecuados que permitan conciliar las exigencias de la propiedad pública con la necesidad de autorizar la constitución de derechos reales sobre el dominio público. El legislador ha abierto el camino con la creación, en

¹⁴ Así pues, se puede afirmar que el principio de imprescriptibilidad del dominio público tiene como corolario el principio de precariedad de la ocupación privativa.

¹⁵ Esta imposibilidad fue reconocida formalmente por el Consejo de Estado en su sentencia Asociación Eurolat (CE, 6 de mayo de 1985, n.º 41589). En este asunto, una agrupación de varios municipios había confiado por convenio a una asociación la creación y gestión de una residencia para personas mayores válidas y discapacitadas en un terreno que le alquilaba mediante un contrato de arrendamiento enfitéutico de derecho privado. El objeto de este convenio era, por tanto, confiar a la asociación la ejecución de una misión de servicio público. A cambio de esta aportación de terrenos, la asociación ponía a disposición de la persona jurídica pública un determinado número de camas destinadas al alojamiento de personas mayores y asociaba a la persona jurídica pública a la gestión del establecimiento. Por un lado, se preveía que, en virtud de este acuerdo, se concediera a la asociación un derecho real sobre el terreno perteneciente a la entidad pública, destinado a un servicio público y que las partes pretendían acondicionar para tal fin. Por otra parte, la asociación estaba autorizada a ceder libremente su «derecho de arrendamiento» a cualquier persona de su elección, comprometiéndose el sindicato por adelantado a conceder la autorización al sucesor. Por último, una de las cláusulas del convenio prohibía la rescisión del arrendamiento antes del reembolso completo de un préstamo concedido por la entidad bancaria a la que la asociación debía conceder una hipoteca sobre los inmuebles que iba a construir, incluso si dicha entidad se negaba a sustituir al operador incumplidor en la gestión del servicio. El Consejo de Estado declaró entonces la nulidad del acuerdo contractual, ya que las cláusulas que lo componían eran incompatibles con los principios de dominio público y con las necesidades del funcionamiento de un servicio público.

beneficio de las colectividades territoriales, de un contrato de ocupación del dominio público especial, el arrendamiento enfiteútico administrativo (AEA)¹⁶, cuya principal característica es permitir al cocontratante, al que se le confiere un derecho real susceptible de hipoteca, ocupar de forma duradera el dominio público¹⁷ con el fin de realizar en él equipamientos de interés general que, al término del arrendamiento, pasan a ser propiedad de la colectividad arrendadora.

Tras casi 40 años de existencia, el AEA se ha incorporado a las prácticas contractuales de las colectividades territoriales francesas, que han sabido aprovechar, al menos en un primer momento, todas sus ventajas para la realización y explotación de diversas infraestructuras públicas. Ha llegado el momento de hacer balance de esta técnica contractual, cuyo régimen jurídico ha evolucionado considerablemente desde su creación. Si bien el AEA de las colectividades territoriales ha vivido momentos de gloria, debido en particular a sus numerosas ventajas (I), hay que reconocer que esa época parece haber pasado, ya que esta técnica contractual parece menos atractiva que en el pasado (II).

¹⁶ Ley n.º 88-13, de 5 de enero de 1988, de mejora de la descentralización. Cabe destacar que la intervención del legislador para autorizar la creación de derechos reales sobre el dominio público era indispensable, habida cuenta del valor legislativo de los principios de dominio público. Las disposiciones relativas al AEA de las colectividades territoriales se codificaron en el Código General de las Colectividades Territoriales, en los artículos L. 1311-2 a L. 1311-4. Desde entonces, gracias a nuevas reformas legislativas, otras personas públicas distintas de las colectividades territoriales pueden recurrir al AEA. Se trata, en particular, del Estado (AEA «valorización», AEA «viviendas sociales», por ejemplo), pero también de los establecimientos públicos de salud (CGPPP, art. L. 2122-21). Además, también han surgido otros instrumentos jurídicos en forma de autorizaciones de ocupación temporal (AOT) del dominio público que crean derechos reales, ampliando así las posibilidades de constituir derechos reales sobre el dominio público del Estado y sus establecimientos públicos y sobre el dominio público de las colectividades territoriales.

¹⁷ Cabe señalar que el AEA también se admite en el dominio privado de las colectividades territoriales, que no está sujeto a los rigurosos principios de la domanialidad pública.

I – Éxito del arrendamiento enfiteúutico administrativo de las colectividades territoriales

Inspirado en el arrendamiento enfiteúutico de derecho común previsto en el artículo L. 451-1 del Código Rural¹⁸, el AEA creado por la ley de 5 de enero de 1988 en beneficio de las colectividades territoriales ha tenido un éxito notable, contribuyendo a la valorización económica de su dominio público debido a las ventajas que ofrece esta técnica contractual, tanto para la persona pública propietaria del dominio público (A) como para el operador económico titular del arrendamiento (B).

A – Las ventajas del AEA para la colectividad territorial propietaria de la dependencia del dominio público

Con el fin de favorecer la valorización económica del dominio público, los autores de la ley de 1988 por la que se creó el AEA se aseguraron de que este contrato de ocupación privativa del dominio público resultara atractivo para las colectividades territoriales. No solo se concibió inicialmente un amplio ámbito de aplicación material del AEA (1), sino que la constitución de derechos reales en beneficio de la otra parte contratante permitía obtener financiación privada para equipamientos públicos (2).

1) Un ámbito de aplicación material del AEA inicialmente amplio

El artículo 13 de la ley de 5 de enero de 1988, codificado en el artículo L. 1311-2 del Código General de las Colectividades Territoriales, preveía que el AEA pudiera utilizarse *«con el fin de cumplir, en nombre de la colectividad territorial, una misión de servicio público o con el fin de llevar a cabo una operación de interés general que sea de su competencia»*.

La extrema concisión de estas disposiciones no debe engañar al lector. En efecto, la interpretación que han hecho de ellas los jueces y la aplicación que se les ha dado han permitido a las colectividades territoriales optimizar el

¹⁸ Si bien la inspiración es muy clara, no es menos cierto que las adaptaciones introducidas por el legislador para determinar el régimen del AEA han llevado a algunos a señalar que el AEA «se parece al arrendamiento enfiteúutico del Código Rural como un Picasso se parece a un Botticelli» (P. Bosgiraud, CJEG 1991, p. 73, n.º especial).

uso de su dominio público¹⁹, facilitando la construcción de numerosas instalaciones de interés general.

En primer lugar, hay que subrayar que el interés del AEA reside en el hecho de que implica para el arrendatario la obligación de realizar inversiones en el bien inmueble que está autorizado a ocupar y no solo la gestión corriente de un bien público²⁰. Sobre esta base, se observa a continuación que el juez administrativo ha interpretado de manera muy flexible la condición relativa a la realización de una operación de interés general que es competencia de la colectividad territorial²¹. De la jurisprudencia se desprende que esta condición debe entenderse como una autorización para recurrir al AEA siempre que la operación prevista no perjudique al interés general. Esta interpretación muy permisiva²² del texto conduce, en cierto modo, a una inversión de la carga de la prueba (lo que no perjudica al interés general se considera de interés general). Por lo tanto, siempre que la operación prevista no sea ilegal y no tenga como prioridad servir al interés estrictamente privado del ocupante de la dependencia, se considera fácilmente que responde al interés general. Además, el requisito relativo a la competencia de la colectividad territorial se interpreta de manera negativa: la operación autorizada por la AEA no debe tener como efecto invadir la competencia de otra colectividad territorial²³.

¹⁹ El AEA está permitido también en el dominio privado, pero no plantea las mismas dificultades ya que no se aplican los principios del dominio público.

²⁰ CE, 19 de noviembre de 2013, n.º 352488, *Sté nationale immobilière*. Esto distingue al AEA del arrendamiento enfiteútico de derecho privado, ya que se considera generalmente que este último no conlleva, en sí mismo y al margen de cualquier estipulación expresa, ninguna obligación ni limitación en materia de construcciones que deba realizar el arrendatario en el terreno que se le ha arrendado.

²¹ Cabe señalar que esta condición es común a todos los AEA contemplados en el artículo L. 1311-2 del Código General de las Colectividades Territoriales, tanto si se refieren a una dependencia del dominio público como del dominio privado de la colectividad.

²² El arrendamiento enfiteútico administrativo local, ¿cuál es (ahora) su ámbito? Morgan Schmiederer, *AJDA* 2024, p. 886.

²³ Solo es necesario que la colectividad territorial esté en condiciones de hacerse cargo directamente de la actividad que va a ejercer el titular del arrendamiento, sin exceder sus competencias (sobre este punto, véase «Le bail emphytéotique administratif local, quel est (désormais) son domaine ?», Morgan Schmiederer, *AJDA* 2024, p. 886). No obstante, cabe destacar que la posibilidad de celebrar un AEA también puede estar prevista en la legislación. Así ocurre, por ejemplo, con los municipios, en los que el AEA en materia de energías renovables está expresamente autorizado en sus propiedades (véase P. Terneyre, *Domaines publics et énergies renouvelables*, *Envir.* 2011 Dossier 3; P. Yolka, *Le fabuleux destin du*

En consecuencia, se han podido considerar sin dificultad como entrando en el ámbito de aplicación de la AEA las operaciones destinadas a la creación de un centro conmemorativo en Verdún²⁴, la construcción de un aparcamiento²⁵, la creación de un campo de golf²⁶, la construcción y explotación de un cine²⁷ o la construcción de un centro de alojamiento para personas mayores dependientes²⁸. Lo mismo ocurre cuando la operación presenta un interés privado, incluso sustancial, siempre que sea compatible con el interés general. Así, se admitió la conclusión de un AEA para la instalación de una zona de lavado y llenado de pulverizadores y de tratamiento de efluentes fitosanitarios destinada al uso exclusivo de agricultores y viticultores, ya que la operación, cuyo objetivo era *«prevenir los riesgos fitosanitarios relacionados con las operaciones realizadas de forma individual y sin control por agricultores que no disponen de los mismos medios»*, presentaba un carácter de interés general²⁹.

«BEA énergies renouvelables», Dr. voirie 2023, p. 107). En efecto, el Código General de las Colectividades Territoriales prevé que, en su territorio, estas «pueden [...] acondicionar, explotar, hacer acondicionar y explotar [...] cualquier nueva instalación que utilice las [...] energías renovables definidas, en particular, en el artículo L. 211-2 del Código de la Energía», lo que incluye, entre otras, la energía solar o fotovoltaica (CGCT, art. L. 2224-32, apartado 1).

²⁴ CAA Nancy, 27 de junio de 2013, n.º 12NC01799, Municipio de Verdún: tal y como dictamina el tribunal, el centro conmemorativo tiene como objetivo organizar encuentros y conferencias, así como exposiciones relacionadas con el tema de la paz entre las naciones, e incluye un espacio pedagógico destinado al público escolar. Por lo tanto, constituye una operación de interés general que es competencia del municipio.

²⁵ CAA Marsella, 29 de octubre de 2012, n.º 10MA02128, Sociedad Cinergie.

²⁶ CAA Versailles, 21 de julio de 2011, n.º 10VE00770, municipio de Verrières-le-Buisson: el tribunal considera que «la gestión de tales instalaciones, que están abiertas a los habitantes del municipio para la práctica de esta actividad deportiva, constituye una operación de interés general».

²⁷ CAA Marsella, 14 de junio de 2021, n.º 20MA02803, Société nouvelle d'entreprise de spectacles: en este caso, el AEA se refería a una dependencia del dominio privado del municipio.

²⁸ CE, 15 de marzo de 2019, n.º 409499, municipio de Rieumes.

²⁹ CAA Lyon, 23 de junio de 2016, n.º 14LY01701, municipio de Nuits-Saint-Georges.

Lo mismo ocurre con la construcción de un centro comercial que amplía una zona de actividad declarada de utilidad pública, ya que el juez considera que «la operación, que puede fomentar el empleo y cuya utilidad en el contexto local no se discute, constituye, por lo tanto, una operación de interés general que es competencia del municipio» (CAA Lyon, 21 de mayo de 2015, n.º 14LY01566, SA Broche et Fils y SDAV).

Por último, como prueba del gran potencial del AEA, las colectividades territoriales han desarrollado un uso ingenioso del mismo, tanto en el ámbito público como en el privado, con el fin de satisfacer sus necesidades en materia de infraestructuras y equipamientos públicos en condiciones que les han permitido eludir las restricciones del derecho de los contratos públicos y las concesiones. Cabe recordar que, en principio, cuando una persona pública desea construir un equipamiento destinado a satisfacer una necesidad propia³⁰, se supone que debe concluir contratos públicos de obras cuya adjudicación está rigurosamente regulada por el código de contratación pública³¹. Sin embargo, las normas en la materia, que tienden, a través de las obligaciones procedimentales que organizan, a hacer respetar los principios de libre acceso al mercado público, igualdad de trato de los candidatos y transparencia de los procedimientos, se perciben generalmente como excesivamente restrictivas³². Por lo tanto, con el fin de eludir la aplicación del régimen de contratación pública, las colectividades territoriales han imaginado estructuras contractuales en las que se concede un AEA a largo plazo a un operador económico encargado de construir infraestructuras que respondan a las necesidades de las colectividades y que las pone a su disposición a cambio del pago de un alquiler durante toda la duración del contrato. Este tipo de acuerdo³³, que el Consejo de Estado válido³⁴, resultaba

³⁰ Puede tratarse, por ejemplo, de edificios destinados a albergar los servicios administrativos o técnicos de un municipio, la construcción de una escuela primaria, una planta de incineración de residuos domésticos, etc.

³¹ El nuevo código de contratación pública entró en vigor en 2018, sustituyendo al código de contratos públicos.

³² Además, dado que las normas de contratación pública prohíben la inclusión de cláusulas de pago diferido en los contratos públicos, la entidad pública debe disponer de los recursos financieros (préstamos, recursos propios) que le permitan pagar el precio previsto una vez realizada la prestación.

³³ La doctrina ha calificado estos acuerdos contractuales como «*acuerdos de ida y vuelta*».

³⁴ CE, sect., 25 de febrero de 1994, Société Sofap-Marignan: en este caso, con el fin de ampliar las instalaciones del ayuntamiento, el consejo municipal de la ciudad de Lille autorizó al alcalde a firmar con la empresa Desrousseaux un AEA que ponía a disposición de esta empresa, durante 65 años, los terrenos propiedad del municipio a disposición de dicha sociedad, a cargo de esta última la construcción de un edificio destinado en parte a la ampliación del ayuntamiento y en parte a albergar oficinas privadas, comprometiéndose la sociedad a alquilar a la ciudad, a cambio del pago de un alquiler, las superficies que respondieran a sus necesidades, y debiendo revertir todo el edificio a la ciudad al término del contrato de arrendamiento.

especialmente ventajoso para la colectividad arrendadora. Aunque le permitía recuperar, al término del contrato de arrendamiento, la propiedad de los bienes contruidos por el operador, el juez administrativo descartó la calificación de contrato público de obras por considerar que la dirección de obra correspondía al operador económico y no a la persona pública³⁵. Así que, el montaje contractual escapaba, de manera perfectamente legal, a la aplicación de las normas del código de contratos públicos, tanto las relativas a las obligaciones de publicidad y competencia como las relativas a la prohibición del pago diferido³⁶.

Estos acuerdos contractuales respaldados por el AEA pudieron prosperar y permitieron a las colectividades territoriales, al menos durante un tiempo³⁷, valorizar hábilmente su dominio público (y privado) sin tener que someterse a ninguna norma de adjudicación particular, ya que los AEA estaban entonces exentas de cualquier obligación en la materia.

³⁵ El código de contratación pública entonces vigente condicionaba la calificación de contrato público de obras al ejercicio por parte de la persona pública de la dirección de obra: *«los contratos públicos de obras son los contratos celebrados con contratistas, cuyo objeto es la ejecución o, conjuntamente, el diseño y la ejecución de una obra o de trabajos de construcción o de ingeniería civil que respondan a las necesidades especificadas por el poder adjudicador que ejerce la dirección de obra»*. En el asunto Sofap-Marignan (CE, 15 de febrero de 1994, prec.), el Consejo de Estado dictaminó que «en la operación así emprendida, la ciudad de Lille no se encargará de la dirección técnica de las obras de construcción, no se convertirá en propietaria de las obras hasta el término del contrato de arrendamiento y, por lo tanto, no desempeñará el papel de promotor ni durante la realización de dichas obras ni antes del plazo fijado; que, en consecuencia, la operación para la que se celebró el contrato de arrendamiento impugnado no presenta, aunque parte de las obras responda a las necesidades de la ciudad de Lille, el carácter de una operación de obras públicas; que, por lo tanto, el tribunal administrativo se basó erróneamente, para anular la deliberación que autorizaba la celebración del contrato de arrendamiento, en que dicha operación constituía en realidad un contrato de obras públicas y no podía realizarse sobre la base del artículo 13 de la ley de 5 de enero de 1988».

³⁶ De hecho, el interés del montaje contractual respaldado por el AEA era precisamente organizar el pago diferido de las obras construidas a través del alquiler pagado al operador económico durante toda la duración del contrato de arrendamiento.

³⁷ Sobre este punto, véase infra, II.

2) La neutralización del régimen de dominio público y la financiación privada de los equipamientos públicos

Las ventajas que el AEA presentaba por las colectividades territoriales no se limitaban al ámbito de aplicación material del contrato. También hay que destacar las ventajas financieras que este contrato ofrece y que están relacionadas con su característica fundamental, la constitución de derechos reales en beneficio de la otra parte contratante.

Como han señalado numerosos autores³⁸, en el momento de su creación, el AEA podía considerarse precursor de las técnicas jurídicas de colaboración público-privada.

En efecto, aplicado al dominio público, tenía claramente por objeto facilitar la financiación privada de las infraestructuras públicas.

En concreto, mientras que las infraestructuras en cuestión, destinadas a una actividad de servicio público explotada por el concesionario ocupante, deben considerarse normalmente como «bienes de retorno», es decir, bienes que pertenecen a la persona pública desde su realización y que entran automáticamente en su dominio público con todas las limitaciones derivadas del régimen de protección de la propiedad pública³⁹, el AEA tenía por objeto impedir la aplicación de este régimen concediendo al ocupante un derecho real sobre sus construcciones que le permite otorgar una garantía real a la entidad de crédito financiadora. El Consejo de Estado dictaminó expresamente que el AEA permite descartar la calificación de «bienes de retorno» y la aplicación de los principios de dominio público durante toda la duración del contrato, de modo que la persona jurídica pública solo se convierte en propietaria gratuita de las construcciones al término del contrato⁴⁰.

³⁸ G. Eckert, *Bail emphytéotique administratif*, Jurisclasseur Contrats et marchés publics, fascicule 610.

³⁹ Límites resultantes de la aplicación de los principios de dominio público que se oponen a la constitución de derechos reales. Así, se considera que las construcciones edificadas en el dominio público por el ocupante privado solo pueden ser de su propiedad en la medida en que no respondan a las necesidades del servicio público al que se destina el dominio (CE, 21 de abril de 1997, n.º 147602, Ministro de Hacienda).

⁴⁰ CE, Ass., 21 de diciembre de 2012, n.º 342788, Municipio de Douai: «*Considerando, en primer lugar, que, en el marco de una delegación de servicio público o de una concesión de obras que impone al cocontratante las inversiones correspondientes a la creación o adquisición de los bienes necesarios para el funcionamiento del servicio público, el conjunto*

B - Las ventajas del AEA para el ocupante de la dependencia del dominio público

La larga duración⁴¹ que caracteriza al AEA es, evidentemente, un incentivo para que los operadores económicos se instalen en el dominio público para ejercer sus actividades económicas. Es cierto que la persona jurídica pública conserva las prerrogativas derivadas de la naturaleza administrativa del AEA y, en particular, la facultad de rescisión por motivos de interés general. Sin embargo, la celebración de un AEA por un período mínimo de 18 años tiende a tranquilizar al operador económico sobre las intenciones de la colectividad territorial propietaria de la dependencia y constituye un elemento favorable para la amortización de las inversiones realizadas.

Sin embargo, una vez más, son las ventajas relacionadas con la constitución de derechos reales en beneficio del ocupante las más espectaculares. Con el objetivo de neutralizar algunos efectos de la propiedad pública⁴², permiten al cocontratante de la administración hacer valer ante las entidades bancarias garantías equivalentes a las del propietario.

Este último dispone, durante toda la duración del contrato, de un derecho real sobre el arrendamiento y sobre las construcciones edificadas en el marco del mismo⁴³, lo que favorece la financiación duradera de las

de estos bienes, muebles o inmuebles, pertenece, en ausencia de disposición contraria en el convenio, desde su realización o adquisición, a la persona pública; Considerando, por una parte, que cuando las obras necesarias para el funcionamiento del servicio público, y que por lo tanto constituyen acondicionamientos indispensables para la ejecución de las misiones de dicho servicio, se establecen en la propiedad de una persona pública, se someten por ello al régimen de dominio público; que la facultad ofrecida a las partes del contrato de disponer de otra manera solo puede ejercerse, en lo que respecta a los derechos reales de los que puede beneficiarse la otra parte contratante sobre el dominio público, según las modalidades y dentro de los límites definidos en los artículos L. 2122-6 a L. 2122-14 del Código General de la Propiedad de las Personas Públicas o en los artículos L. 1311-2 a L. 1311-8 del Código General de las Colectividades Territoriales, y siempre que la naturaleza y el uso de los derechos concedidos no puedan afectar a la continuidad del servicio público».

⁴¹ De 18 a 99 años.

⁴² Véase supra.

⁴³ CGCT, art. L. 1311-3, 2°. El Consejo de Estado ha precisado útilmente que el derecho real en cuestión no se refiere únicamente a las obras, construcciones e instalaciones realizadas por

inversiones. Así, los textos prevén expresamente, por una parte, que el derecho real conferido al titular del arrendamiento, así como las obras de las que es propietario, pueden ser objeto de hipoteca para garantizar los préstamos contraídos por el arrendatario con el fin de financiar la realización o la mejora de las obras situadas en el bien arrendado⁴⁴, por otra parte, que las construcciones realizadas en el marco de estos arrendamientos pueden dar lugar a la celebración de contratos de arrendamiento financiero⁴⁵, pero también que los derechos derivados del arrendamiento pueden cederse⁴⁶.

Por último, cabe subrayar que el derecho real conferido al ocupante, que le otorga derechos equivalentes a los del propietario, le permite, en caso de alquiler de las obras realizadas, solicitar la intervención de las fuerzas del orden para ejecutar la sentencia de desalojo del inquilino que incumple sus obligaciones y exigir la responsabilidad del Estado en caso de que la administración se niegue a proceder a dicho desalojo.

II / Declive del AEA para la creación y explotación de infraestructuras públicas

Las ventajas que ofrece el AEA, tanto para la colectividad territorial propietaria como para el ocupante de la dependencia demanial, han contribuido al desarrollo de esta técnica contractual en favor de la valorización económica, en particular, del dominio público. Sin embargo, hay que reconocer que el AEA está experimentando actualmente una especie de declive debido a los efectos combinados de dos series de factores. Por un lado, la posibilidad de recurrir al AEA está ahora sujeta a requisitos que le hacen muy incierta (A) y, por otro, el marco muy estricto al que está sujeto el propio régimen de derechos reales conferidos por el AEA puede resultar disuasorio (B).

el concesionario, sino que incluye el terreno sobre el que se asientan dichas construcciones (CE, 11 de mayo de 2016, n.º 390118, Comunidad Urbana de Marsella Provenza Metrópolis).

⁴⁴ CGCT, art. L. 1311-3, 2º.

⁴⁵ CGCT, art. L. 1311-3º, 5º. Sin embargo, en este caso, el contrato debe incluir cláusulas que permitan preservar las exigencias del servicio público.

⁴⁶ CGCT, art. L. 1311-3º, 1º. Como se verá, esta cesión se realiza bajo determinadas condiciones.

A – Endurecimiento de las condiciones de recurso al AEA

La reciente evolución del régimen jurídico del AEA revela este endurecimiento en tres aspectos. En primer lugar, el juez judicial, que conoce de los litigios relacionados con el AEA cuando se refieren a una dependencia del dominio privado, está creando una jurisprudencia que lleva a cuestionar la libertad de las colectividades territoriales para elegir este contrato (1). En segundo lugar, algunas reformas, en particular la del derecho de la contratación pública iniciada en 2015, han tenido como consecuencia directa una reducción drástica del ámbito de aplicación material del AEA. Por último, la reciente obligación, bajo la influencia del Derecho de la Unión Europea, de someter la adjudicación de los contratos de ocupación del dominio público, entre ellos el AEA, a obligaciones de publicidad y competencia, ha puesto fin a una de sus ventajas más notables (3).

1) Hacia un cuestionamiento de la libertad de elegir recurrir al AEA

La cuestión merece ser planteada a la luz de una reciente evolución de la jurisprudencia del juez judicial.

Cabe recordar, ante todo, que el AEA previsto en el artículo L. 1311-2 del Código General de las Colectividades Territoriales puede celebrarse para la ocupación de una dependencia del dominio público de las colectividades territoriales, pero también de su dominio privado⁴⁷. En este caso, el contrato constituye, en principio, un contrato de derecho privado⁴⁸, cuyo litigio, en caso de impugnación, escapa a la competencia del juez administrativo y es competencia del juez judicial.

⁴⁷ El artículo L. 1311-2 del Código General de las Colectividades Territoriales dispone que *«Dicho contrato de arrendamiento podrá celebrarse incluso si el bien al que se refiere (...) constituye una dependencia del dominio público (...)»*. En consecuencia, a contrario, el AEA puede celebrarse sobre una dependencia del dominio privado, lo que, por otra parte, nunca ha sido objeto de controversia.

⁴⁸ Sin embargo, el AEA celebrado en el ámbito privado puede ser un contrato administrativo si incluye cláusulas *«que, en particular por las prerrogativas reconocidas a la persona pública contratante en la ejecución del contrato, implican, en interés general, que se rige por el régimen exorbitante de los contratos administrativos»* (TC, 13 de octubre de 2014, n.º 3963, AXA France IARD).

En este contexto, la Corte de Casación tuvo ocasión de dictaminar que, si las colectividades territoriales pretenden utilizar el arrendamiento enfiteútico en su dominio privado, están obligadas a celebrar un AEA del Código General de las Colectividades Territoriales, con exclusión del arrendamiento enfiteútico de derecho común regulado por el artículo L. 451-1 del Código Rural⁴⁹. Así, la Corte afirma que, en lo que respecta a la puesta a disposición por parte de un municipio a una empresa, mediante un arrendamiento enfiteútico, de una central hidroeléctrica situada en el dominio privado, con el fin de producir y vender electricidad a un proveedor de energía, el contrato debe considerarse un AEA. En efecto, según la Corte, al favorecer la diversificación de las fuentes de energía y participar en el desarrollo de las energías renovables, la puesta a disposición de la dependencia constituye una operación de interés general que es competencia del municipio en el sentido del artículo L. 1311-2 del Código General de las Colectividades Territoriales. Otras jurisdicciones judiciales siguieron este razonamiento al dictaminar, por ejemplo, en relación con la realización de un programa de viviendas sociales, que *«cuando una colectividad celebra un contrato de arrendamiento enfiteútico con vistas a la realización de una operación de interés general que es de su competencia, dicho contrato debe calificarse como arrendamiento enfiteútico administrativo»*⁵⁰.

Sin embargo, esta evolución jurisprudencial nos parece muy discutible y basada en una interpretación errónea del artículo L. 1311-2⁵¹. En efecto, estas disposiciones tienen por objeto condicionar la celebración del AEA a la exigencia de la realización de una operación de interés general, en el dominio público o en el dominio privado de una colectividad territorial. Pero en ningún caso tienen por objeto obligar a esta última a optar, en el ámbito privado, por el AEA. Si en el ámbito público la colectividad territorial no tiene libertad para elegir entre el AEA y el arrendamiento enfiteútico de derecho común, es porque el AEA se ha concebido con ese fin y los contratos de ocupación del dominio público son necesariamente contratos

⁴⁹ Cass. 3.^a civ., 15 de junio de 2023, n.º 21-22.816.

⁵⁰ CA Chambéry, 7 de diciembre de 2023, n.º 21/01380.

⁵¹ Cabe destacar, además, que el Tribunal de Conflictos ha dictaminado que la actividad de producción de electricidad ejercida por la empresa con el único fin de cederla a EDF no puede considerarse que persiga un objetivo de interés general (T. confl., 9 de octubre de 2023, n.º 4284, Sté IGIC).

administrativos⁵². En cambio, en el ámbito privado, la persona pública recupera su total libertad: ningún principio se opone a que decida celebrar un arrendamiento enfiteútico de derecho común del código rural, incluso cuando la operación prevista sea de interés general⁵³.

Por muy frágil que sea la línea jurisprudencial del juez judicial, que el juez administrativo no parece compartir⁵⁴, lo cierto es que la celebración por parte de las colectividades territoriales de contratos de arrendamiento enfiteútico de derecho común sobre su dominio privado es una fuente lamentable de inseguridad jurídica⁵⁵.

2) La drástica reducción del ámbito de aplicación del AEA

Si bien en los últimos años se ha ampliado el ámbito de aplicación del AEA⁵⁶, las reformas más recientes han tenido por objeto reducirlo significativamente. Además de la desaparición de los arrendamientos sectoriales, lo que más llama la atención es la supresión, desde 2015⁵⁷, de la posibilidad de recurrir al AEA para la realización, por cuenta de una colectividad territorial, de una misión de servicio público, así como la prohibición de utilizar el AEA con vistas a *«la ejecución de obras, la entrega de suministros, la prestación de servicios o la gestión de una misión de*

⁵² Cabe precisar que se ha dictaminado que, en el ámbito público, no se admiten los contratos de arrendamiento con opción a compra (CE, 22 de junio de 1993, n.º 353205) ni los contratos de arrendamiento enfiteútico de derecho común (CE, 6 de mayo de 1985, n.º 41589, Association Eurolat).

⁵³ La libertad contractual de la que gozan las colectividades territoriales fundamenta esta libertad de elección.

⁵⁴ Véase, por ejemplo, CAA Marsella, 14 de octubre de 2024, n.º 24MA01202, Asociación Hyères ADN: así, se dictamina, en relación con un arrendamiento enfiteútico de derecho común celebrado sobre una parcela del dominio privado del municipio de Hyères, que *«El hecho de que un contrato de arrendamiento enfiteútico celebrado sobre la base del artículo L. 451-1 del Código Rural y de Pesca Marítima se haya celebrado con vistas a la realización de una operación de interés general no es, por sí mismo, suficiente para considerarlo un contrato de arrendamiento enfiteútico administrativo»*.

⁵⁵ Sobre esta cuestión, véase, en particular, Morgan Schmiederer, «Le bail emphytéotique administratif local, quel est (désormais) son domaine ?», AJDA 2024, p. 886.

⁵⁶ A través de la creación de diversos AEA sectoriales en el ámbito de las colectividades territoriales.

⁵⁷ Ordenanza n.º 2015-899, de 23 de julio de 2015, relativa a los contratos públicos.

servicio público, con una contrapartida económica constituida por un precio o un derecho de explotación, por cuenta o para las necesidades de un comprador o una autoridad concesionaria sujeta al código de contratación pública»⁵⁸.

Esta reducción del ámbito de aplicación del AEA es consecuencia de la transposición al Derecho interno de los criterios de identificación del contrato público en el Derecho de la Unión Europea. En efecto, es sabido que el juez comunitario y las directivas europeas siempre han adoptado una concepción mucho más amplia del concepto de contrato público de obras que la normativa francesa. En particular, mientras que el código de contratos públicos exigía que la persona pública se encargara de la dirección de obra pública, el derecho de la Unión Europea, que ignora por completo este concepto, centraba su atención en la existencia de un encargo por parte de la persona pública, sin que fuera necesario que esta se convirtiera inmediatamente en propietaria de las obras una vez finalizadas. Así, según la jurisprudencia más reciente⁵⁹ y las directivas⁶⁰, el contrato público de obras se caracteriza por la influencia determinante que la entidad pública debe ejercer sobre la naturaleza o el diseño de la obra, que debe cumplir los requisitos que ella misma ha establecido.

Este enfoque amplio del concepto de contrato público de obras amenazaba muy directamente los acuerdos contractuales «*de ida y vuelta*» respaldados por la celebración de un AEA⁶¹, ya que las obras construidas por el ocupante de la dependencia tenían en realidad por objeto satisfacer las necesidades de la colectividad territorial en el sentido del Derecho de la Unión Europea. Por lo tanto, era muy probable que se recalificaran como contratos públicos de obras o concesiones de obras⁶², lo que habría tenido como consecuencia la obligación de someterlos a las obligaciones de publicidad y licitación previstas en las directivas.

⁵⁸ CGCT, art. L. 1311-2, apartado 3.

⁵⁹ TJUE, 25 de marzo de 2010, asunto C-451, Helmut Müller.

⁶⁰ Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre la contratación pública (art. 2).

⁶¹ CE, sec., 25 de febrero de 1994, Société Sofap-Marignan, prec.

⁶² En el supuesto de que el contrato previera una transferencia del riesgo de explotación al ocupante de la dependencia. Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre la adjudicación de contratos de concesión.

Por esta razón, retomando la definición de contratos públicos de obras y concesiones en la transposición en 2015 de las directivas adoptadas en 2014⁶³, se prefirió prohibir pura y simplemente la posibilidad de que las colectividades utilizaran el AEA para satisfacer sus necesidades en materia de equipamientos públicos o de gestión de un servicio público. En consecuencia, el contrato que debe celebrarse es necesariamente un contrato de contratación pública (contrato público o concesión), pero, tal y como se especifica en el artículo L. 1311-2 del Código General de las Colectividades Territoriales, en el caso de que se necesite un arrendamiento para la ejecución de dicho contrato, este prevé, de conformidad con las disposiciones del Código de Contratación Pública, las condiciones de ocupación del dominio público. En otras palabras, corresponde a la colectividad territorial prever en el contrato de contratación pública⁶⁴ las cláusulas relativas a la constitución de los derechos reales que requiere la ocupación del dominio público⁶⁵.

¿Qué queda entonces del AEA «tradicional» tras esta evolución? ¡No mucho, estaríamos tentados de responder!

En efecto, si se descarta el uso muy específico del AEA con vistas a la asignación a una asociación religiosa de un edificio de culto abierto al público⁶⁶, que sigue siendo marginal, el recurso al AEA solo es posible para la realización de una operación de interés general que sea competencia de la colectividad territorial. Si, como hemos visto, el concepto de operación de interés general se entiende de manera amplia, el riesgo de recalificación como servicio público que haría ilegal el AEA no es insignificante, si la persona pública pretende ejercer un control estricto sobre la operación e imponer obligaciones específicas al ocupante privado⁶⁷.

⁶³ Para una aplicación reciente de los criterios del contrato público de obras por el juez administrativo CE, 3 de abril de 2024, n.º 472476, Société Victor Hugo 21.

⁶⁴ Se tratará de un contrato de concesión cuando la parte contratante encargada de construir las obras también se encargue de explotarlas, en particular asumiendo el servicio público.

⁶⁵ El artículo L. 3132-2 del Código de Contratación Pública establece que «el contrato de concesión puede otorgar al concesionario derechos reales sobre las obras y los equipos que realice.

Estos derechos le confieren las prerrogativas y obligaciones del propietario, en las condiciones y límites definidos por las cláusulas del contrato cuyo objeto es garantizar la integridad y la afectación del dominio público».

⁶⁶ CGCT, art. L. 1311-2.

⁶⁷ Para un ejemplo reciente de AEA utilizado con vistas a la realización de una operación de interés general para la que el juez administrativo descarta la calificación de servicio público,

3) La obligación de organizar un procedimiento de adjudicación específico antes de la celebración del AEA

Como tuvo ocasión de señalar el Consejo de Estado, ningún principio ni ley imponía la obligación de someter los contratos de ocupación del dominio público (ni ninguna autorización con el mismo objeto) a ninguna obligación de publicidad y licitación previa a su celebración⁶⁸.

Esta exención constituía, naturalmente, una ventaja muy valiosa para las colectividades territoriales, pero se sabía que era frágil, ya que el riesgo de recalificación del AEA como contrato público de obras era cada vez más grave, lo que tenía como consecuencia la aplicación de un procedimiento que garantizaba el respeto del principio de transparencia⁶⁹.

El régimen muy liberal del que disfrutaban, a pesar de todo, los contratos de ocupación del dominio público, y en particular los AEA, fue finalmente cuestionado bajo la presión de la Corte de Justicia de la Unión Europea⁷⁰, que interpretó la Directiva «servicios»⁷¹ como una obligación de organizar un procedimiento de publicidad y licitación de los títulos demaniales antes de su expedición. A raíz de esta jurisprudencia, el legislador francés acabó reformando el Código General de la Propiedad de las Personas Públicas⁷², y el artículo L. 2122-1-1 establece ahora el principio de que cuando la autorización *«permite a su titular ocupar o utilizar el dominio público con fines económicos, la autoridad competente organiza libremente un procedimiento de selección previo que ofrezca todas las garantías de imparcialidad y transparencia, e incluya medidas de publicidad que permitan a los candidatos potenciales manifestarse»*.

Estas disposiciones, que se aplican por tanto a los AEA celebrados por las entidades territoriales, ya que se trata sin duda de contratos con objeto

véase CAA Marsella, 14 de junio de 2021, n.º 20MA02803: construcción y explotación de un cine en el marco de un AEA en el dominio privado del municipio de Canet-en-Roussillon.

⁶⁸ CE, sect., 3 de diciembre de 2010, n.º 338272 y 338527, Ciudad de París y Asociación Paris Jean-Bouin.

⁶⁹ CAA Lyon, 21 de mayo de 2015, n.º 14LY01692, Société Broche et Fils.

⁷⁰ TJUE, 14 de julio de 2016, asuntos C-458/14, Promoimpresa Srl y C-67/15, Mario Melis.

⁷¹ Directiva n.º 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

⁷² Orden n.º 2017-562, de 19 de abril de 2017, relativa a la propiedad de las personas públicas.

económico, no deben confundirse con las del Código de Contratación Pública, que parecen en muchos aspectos más restrictivas. No obstante, siguen constituyendo un límite adicional al atractivo del AEA, a menos que se refiera al ámbito privado, en el que las obligaciones de publicidad y competencia aún no se aplican a día de hoy⁷³.

B – El estricto control de los derechos reales que confiere el AEA

Los derechos reales administrativos atribuidos al titular del AEA son derechos de ocupación reforzados del dominio público que tienen por efecto conferirle, durante su vigencia, la propiedad de las construcciones edificadas y cuyo régimen jurídico es compatible con la afectación pública (interés general). La relación de compatibilidad entre el derecho real y la afectación pública (interés general) constituye un elemento específico del derecho real administrativo que lo distingue del derecho real civil.

En consecuencia, con el fin de permitir al propietario público conservar el control de su dominio, las prerrogativas de los titulares de derechos reales están sujetas a un estricto control que, sin embargo, puede parecer que limita el atractivo del AEA.

En primer lugar, si el derecho real conferido al titular del arrendamiento, así como las obras de las que es propietario, pueden ser objeto de hipoteca, es únicamente para garantizar los préstamos contraídos por el arrendatario con el fin de financiar la realización o la mejora de las obras situadas en el bien arrendado⁷⁴. Por lo tanto, la hipoteca no puede extenderse legalmente a inversiones que se realicen fuera del ámbito del AEA o para garantizar facilidades de tesorería al arrendatario cuando, por ejemplo, este se encuentre en dificultades financieras. Además, el contrato que constituye la hipoteca debe ser aprobado por la persona pública propietaria⁷⁵, a pena de nulidad.

Por otra parte, en lo que respecta a la ejecución de la garantía hipotecaria, su régimen se aleja considerablemente del aplicable al arrendamiento enfiteútico de derecho común de las disposiciones del artículo L. 451-1 del Código Rural y de Pesca Marítima: así, no se contempla que el

⁷³ CE, 2 de diciembre de 2022, n.º 460100, A. y M. contra Commune de Biarritz y Sté Socomix.

⁷⁴ CGCT, art. L. 1311-3, 2º.

⁷⁵ CGCT, art. L. 1311-3, 2º.

acreedor hipotecario del arrendatario embargue los bienes hipotecados y los venda al mejor postor. De hecho, se ha considerado que tal solución es incompatible con la protección de los intereses públicos. Las normas aplicables al AEA se distinguen esencialmente en dos puntos. Por un lado, los textos disponen que solo los acreedores hipotecarios pueden ejercer medidas cautelares o medidas de ejecución sobre los derechos inmobiliarios resultantes del arrendamiento⁷⁶ los demás acreedores del arrendatario no gozan de ninguna garantía y no pueden ejercer ninguna medida de ejecución sobre las obras realizadas en el marco del AEA para obtener el pago de su crédito. En definitiva, la hipoteca no confiere un derecho de preferencia, como es habitual, sino un derecho de exclusividad, dejando totalmente de lado la suerte de los demás acreedores. Por otra parte, en caso de incumplimiento por parte del arrendatario y de ejecución de la garantía hipotecaria, el arrendador público puede, en primer lugar, autorizar la cesión del contrato de arrendamiento a una persona subrogada en todos los derechos y obligaciones del arrendatario. En este caso, el cesionario debe asumir todas las obligaciones derivadas del AEA, así como los acuerdos inseparables que lo acompañen y que se refieran, por ejemplo, a la gestión del servicio público. Antes de esta cesión, el arrendador público deberá aprobar al cesionario tras haberse asegurado de su capacidad técnica y financiera para hacerse cargo de los convenios cedidos. Pero el arrendador público también puede, en segundo lugar, sustituir al arrendatario en la carga de los préstamos rescindiendo o modificando el contrato de arrendamiento y, en su caso, los convenios no separables⁷⁷. En este caso, el arrendador retoma las actividades y obras en régimen de administración directa y sustituye al arrendatario como deudor de la entidad de crédito. Al convertirse el arrendador público en propietario de las obras así retomadas, la entidad de crédito ya no puede beneficiarse de una garantía hipotecaria sobre las mismas, ya que pasan a ser de dominio público... También, cabe destacar una dificultad particular que los textos relativos al AEA no parecen haber previsto: aquella en la que la persona pública propietaria de la dependencia no ejerza su facultad de sustituir al arrendatario y en la que ningún tercero adquirente se haya presentado o haya podido ser autorizado. En este caso,

⁷⁶ CGCT, art. L. 1311-3, 3º

⁷⁷ CGCT, art. L. 1311-3, 3º.

efectivamente, el arrendador público no tiene la obligación de sustituir al arrendatario en caso de incumplimiento de la iniciativa privada⁷⁸.

Por último, si los derechos derivados del arrendamiento pueden cederse, solo será con la autorización de la colectividad territorial, que controlará entonces la capacidad profesional y financiera del cesionario para garantizar la buena conservación del dominio y el respeto de su destino⁷⁹. Sin embargo, puede surgir una dificultad que se oponga a la transferibilidad de los derechos reales. En efecto, se prevé que los derechos derivados del arrendamiento no pueden ser objeto de cesión cuando el cumplimiento de las obligaciones de publicidad y selección previas a la expedición de un título se oponga a ello⁸⁰. Se trata, en efecto, de tener en cuenta las disposiciones del artículo L. 2122-1-1 del Código General de la Propiedad de las Personas Públicas, que somete a la obligación de publicidad y licitación las ocupaciones privativas del dominio público con fines económicos.

En definitiva, estos últimos acontecimientos ilustran la dificultad de conciliar los principios de protección del dominio público con la necesidad de permitir su valorización económica mediante la constitución de derechos reales. Sin embargo, el estricto régimen de derechos reales que establece la AEA no explica por sí solo el declive de este contrato, que además compite con otras autorizaciones de ocupación del dominio público que también constituyen derechos reales.

⁷⁸ Sin embargo, esto daría lugar a la rescisión del AEA y, para preservar los derechos del arrendatario y de sus acreedores hipotecarios, sería conveniente incluir en el contrato de arrendamiento una cláusula que estipule que, en caso de rescisión anticipada del contrato, el arrendador deberá pagar al arrendatario incumplidor una indemnización correspondiente a la parte no amortizada del valor de las obras realizadas. Los acreedores hipotecarios podrán entonces ejercer su derecho de seguimiento sobre esta indemnización.

⁷⁹ CGCT, art. L. 1311-3, 1°.

⁸⁰ CGCT, art. L. 1311-3, 1°, apartado 2.

LOS DERECHOS REALES EN LAS INFRAESTRUCTURAS AEROPORTUARIAS EN FRANCIA

Hubert Alcaraz

Catedrático de Derecho Público en la Universidad de Pau y des Pays de l'Adour, Aix
Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE 7318, IE2IA, Pau, Francia.

Sumario: I. El reconocimiento regulado de los derechos reales en el marco de la propiedad aeroportuaria; A. La calificación de dominio público de las infraestructuras aeroportuarias como marco de referencia; B. La admisión regulada de los derechos reales sobre el dominio aeroportuario; II. Los efectos estructurantes de los derechos reales en la organización aeroportuaria; A. La disociación entre propiedad pública y prerrogativas de ocupación; B. La incidencia de los derechos reales en el régimen jurídico de las infraestructuras aeroportuarias

Consideradas durante mucho tiempo casi exclusivamente desde la perspectiva de la propiedad pública, las infraestructuras aeroportuarias constituyen un terreno privilegiado para observar las reestructuraciones contemporáneas del derecho de los bienes públicos. Por su asignación directa a un servicio público esencial, por las crecientes exigencias de seguridad y continuidad que las caracterizan, pero también por su papel estratégico en la ordenación del territorio y la apertura internacional, los aeropuertos se han impuesto como infraestructuras singulares, fuertemente protegidas por el ordenamiento jurídico, pero también sometidas a restricciones funcionales particularmente elevadas¹. Esta especificidad explica que, durante mucho tiempo, la calificación de dominio público haya constituido el punto de anclaje exclusivo de su régimen jurídico, marginando, o incluso relegando a un segundo plano, cualquier reflexión sobre el reconocimiento de derechos reales en beneficio de los ocupantes u operadores².

Según este enfoque, arraigado en la tradición publicista francesa, la propiedad pública no solo se consideraba un modo de protección del bien, sino

¹ P. Bon, J.-B. Auby y P. Terneyre, *Droit administratif des biens*, París, Dalloz, 2020, p. 69 y ss.; véase también C. Chamard-Heim, *Droit des biens publics*, París, PUF, Thémis, 2022, p. 12 y ss.; F. Tarlet, *Droit administratif des biens*, París, Lefebvre Dalloz, Dalloz, 2024, n.º 32 y ss.

² J.-F. Giacuzzo, «Domaine public – Utilisation du domaine public aéronautique», *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 408-40.

también un principio estructurante que excluía mecánicamente la constitución de derechos reales comparables a los que conoce el derecho común³. En particular, los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad del dominio público, consagrados desde hace mucho tiempo por la jurisprudencia administrativa⁴ y codificados actualmente en el Código General de la Propiedad de las Personas Públicas⁵, impedían cualquier apropiación duradera de prerrogativas reales por parte de actores y operadores privados. El régimen jurídico aplicable a las infraestructuras aeroportuarias ilustraba claramente la incompatibilidad de principio entre la propiedad pública y los derechos reales, en un contexto en el que la ocupación del dominio se concebía ante todo como precaria y revocable⁶.

Sin embargo, esta concepción unívoca del dominio público y del derecho correspondiente se vio progresivamente sometida a tensión por las profundas transformaciones experimentadas por la acción pública, pero también por la evolución de los modos de gestión de las grandes infraestructuras. A este respecto, el auge de la contractualización administrativa, la diversificación de las actividades que se llevan a cabo en las plataformas aeroportuarias y la creciente importancia de las inversiones necesarias para su modernización han llevado a replantearse los instrumentos jurídicos tradicionales de la ocupación del dominio público⁷. En el marco de esta reflexión y de este movimiento, el lugar que ocupan los derechos reales y su aceptabilidad han dejado de ser cuestiones puramente teóricas para convertirse en un reto concreto de despliegue y estructuración jurídica de las infraestructuras aeroportuarias⁸.

La intervención del legislador ha desempeñado, desde este punto de vista, un papel decisivo. El reconocimiento explícito de la posibilidad de constituir derechos reales sobre el dominio público, en particular mediante autorizaciones de ocupación constitutivas de derechos reales y arrendamientos

³ M. Waline, *Traité de droit administratif*, París, LGDJ, t. II.

⁴ Consejo de Estado, 19 de octubre de 1956, *Société Le Béton*, Rec. p. 375.

⁵ Artículo L. 3111-1. Este Código se denomina a menudo con el acrónimo CGPPP o con la abreviatura «CG3P».

⁶ Consejo de Estado, 21 de diciembre de 2012, *Commune de Douai*, n.º 342788.

⁷ P. Yolka, *Droit des biens publics*, París, LGDJ, 2023, 2ª ed., p. 58 y ss.

⁸ P. Hansen, «Droits réels sur le domaine public national», *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 406-12.

enfitéuticos administrativos⁹, ha marcado una evolución y, más concretamente, un cambio significativo en el derecho de la propiedad pública. Estos mecanismos, hoy consagrados en el Código General de la Propiedad de las Personas Públicas¹⁰, reflejan una voluntad declarada de adaptar el derecho domanial a las limitaciones contemporáneas de la gestión y la financiación de las infraestructuras, sin por ello renunciar a los principios que fundamentan la especificidad del dominio público¹¹.

En este contexto, las infraestructuras aeroportuarias ocupan un lugar singular y especialmente destacado. Para comprender su importancia, cabe recordar que concentran múltiples intereses —públicos, económicos, financieros y, a menudo, internacionales— que hacen que la búsqueda del equilibrio entre la protección del dominio público y el reconocimiento de prerrogativas reales sea especialmente delicada. Desde este punto de vista, hay tres elementos que parecen determinantes, ya que influyen en cualquier reflexión al respecto. En primer lugar, cabe destacar la diversidad de los bienes afectados, que van desde las pistas y las terminales hasta los hangares, pasando por las diversas instalaciones técnicas y comerciales. En segundo lugar, también es diversa la variedad de actores que participan en el funcionamiento de estas infraestructuras, ya sean personas públicas propietarias, sociedades aeroportuarias, concesionarios u otros operadores económicos. Por último, queda la complejidad de los acuerdos contractuales aplicados en estos emplazamientos para su explotación y directamente relacionados con la pluralidad de bienes y actores¹². Todos estos factores no pueden sino contribuir a alterar las fronteras tradicionales del derecho de dominio público, lo que constituye en sí mismo una especie de prueba de su solidez. En otras

⁹ Ordenanza n.º 2006-460, de 21 de abril de 2006, relativa a la parte legislativa del Código General de la Propiedad de las Personas Públicas; sobre esta reforma, P. Yolka, «Naissance d'un code : la réforme du droit des propriétés publiques», *JCP E*, n.º 24/2006, p. 1043.

¹⁰ Artículos L. 2122-6 y siguientes.

¹¹ F. Melleray, «L'échelle de la domanialité», en *Mouvements du droit. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits: Mélanges en l'honneur de F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 287; E. Langelier y H.-B. Pouillaude, *Traité de la propriété publique*, París, Le Moniteur, 2015, p. 19 y ss.

¹² J.-F. Giacuzzo, *op. cit.*, n.º 21 y ss.; J.-B. Auby y M. Lombard (dir.), *L'avenir des aéroports: entre décentralisation et concurrence*, París, Litec, 2007.

palabras, ¿puede el difuminado de las fronteras llegar a hacerlas desaparecer? Parece que aquí la resistencia es real¹³.

De modo que, en este contexto, el reconocimiento de los derechos reales no puede entenderse como un fenómeno homogéneo o lineal. Por el contrario, se inscribe en una lógica de estrecho control, marcada por la constante subordinación de las prerrogativas reconocidas a la asignación del bien y a los poderes de la autoridad patrimonial¹⁴. Así, el juez administrativo ha recordado en varias ocasiones que los derechos conferidos a los ocupantes del dominio público no pueden afectar ni a la afectación del bien ni a las prerrogativas esenciales de la persona pública propietaria¹⁵. El derecho real administrativo, lejos de reproducir los atributos del derecho real civil, aparece así como una categoría específica, configurada por los grandes principios del derecho público y orientada hacia fines funcionales¹⁶.

Por lo tanto, la cuestión no es tanto determinar si los derechos reales son compatibles con la propiedad pública —esa compatibilidad ya se da por sentada en principio— como evaluar su alcance real y sus efectos sobre el régimen jurídico de las infraestructuras aeroportuarias. Por lo tanto, resulta esencial determinar en qué medida este reconocimiento regulado de los derechos reales puede transformar la organización jurídica de estas infraestructuras, sin poner en tela de juicio los principios fundamentales que rigen la propiedad pública¹⁷. En otras palabras, ¿en qué medida la introducción de los derechos reales constituye una simple adaptación técnica del derecho de dominio público o revela, más fundamentalmente, una recomposición más profunda de sus categorías tradicionales? De otra forma, ¿la introducción regulada de derechos reales sobre las infraestructuras aeroportuarias, tradicionalmente regidas por los requisitos de la propiedad pública, conduce a una recomposición del régimen jurídico de estos bienes sin poner en tela de

¹³ Consejo de Estado, 13 de abril de 2016, *Commune de Baillargues*, n.º 391431.

¹⁴ Artículo L. 2122-3 del CGPPP.

¹⁵ Consejo de Estado, 21 de diciembre de 2012, *Commune de Douai*, n.º 342788; en el mismo sentido, Consejo de Estado, 19 de enero de 2011, *Société Espace Habitat Construction*, n.º 329904; Consejo de Estado, 25 de noviembre de 2009, *Société Jonathan Loisirs*, n.º 310208.

¹⁶ F. Llorens y P. Soler-Couteaux, «Les occupations privatives du domaine public: un espoir déçu», *Revue française de droit administratif*, 2006, p. 935; J. Grosdidier, «L'attribution de droits réels aux occupants du domaine public : une reformulation a-propiétaire», *Les Annales de droit* [En línea], 7 | 2013.

¹⁷ J. Grosdidier, *op. cit.*

juicio los principios estructurantes de la propiedad pública? Más radicalmente, se plantea la cuestión de una posible transformación del marco normativo de las infraestructuras aeroportuarias sin alterar las normas de la propiedad pública.

Estas cuestiones remiten a un análisis que, centrado en el examen de los mecanismos normativos, no puede, sin embargo, ignorar su aplicación, en particular desde el punto de vista económico. Por el contrario, estas cuestiones suponen situar los derechos reales en el marco de la economía general del régimen de propiedad aeroportuaria, es decir, teniendo en cuenta tanto las condiciones de su reconocimiento como los efectos que producen en la organización jurídica de las infraestructuras¹⁸. De hecho, los derechos reales solo cobran todo su sentido si se tienen en cuenta la disociación que operan entre la propiedad pública y las prerrogativas de ocupación, así como las repercusiones que tienen en las relaciones entre los diferentes actores del espacio aeroportuario¹⁹.

Entendidos de esta manera, los derechos reales en las infraestructuras aeroportuarias se revelan como un indicador de los cambios contemporáneos en el derecho de los bienes públicos. Ilustran la capacidad de este último para integrar nuevos instrumentos sin renunciar a sus principios fundacionales, poniendo de relieve las tensiones persistentes entre la lógica de protección y las exigencias de estructuración jurídica de las ocupaciones sostenibles. De este modo, el análisis de los derechos reales en las infraestructuras aeroportuarias en Francia da lugar a dos observaciones. Por un lado, el reconocimiento de los derechos reales se inscribe en un marco jurídico estrictamente delimitado por la propiedad pública, que sigue siendo la base del régimen aplicable a las infraestructuras aeroportuarias (§ I). Por otra parte, estos derechos reales producen efectos en la organización normativa de las infraestructuras aeroportuarias, cuya valorización económica, sin constituir un fin autónomo, aparece como una consecuencia de la disociación entre propiedad y ocupación (§ II).

¹⁸ P. Yolka, *op. cit.*

¹⁹ Consejo de Estado, 14 de mayo de 2012, *RATP*, n.º 342788.

I. El reconocimiento regulado de los derechos reales en el marco de la propiedad aeroportuaria

El reconocimiento de los derechos reales en el ámbito aeroportuario no puede entenderse aisladamente de las categorías del derecho de los bienes públicos. Supone, en primer lugar, volver sobre la calificación patrimonial de las infraestructuras, que sigue siendo el marco de referencia del régimen jurídico aplicable y determina sus líneas maestras (A). A partir de esta base se puede analizar la admisión, necesariamente regulada, de derechos reales, concebidos como instrumentos de adaptación del derecho patrimonial a las exigencias contemporáneas de la ocupación del dominio público (B).

A. La calificación de dominio público de las infraestructuras aeroportuarias como marco de referencia

A fin de considerar el reconocimiento de derechos reales en el marco de las infraestructuras aeroportuarias, resulta indispensable recordar la calificación de dominio público de los bienes en cuestión. Lejos de constituir un dato puramente descriptivo, esta calificación determina en profundidad el régimen jurídico aplicable a las infraestructuras aeroportuarias y fija los límites dentro de los cuales se pueden reconocer prerrogativas reales a los ocupantes u operadores. Por lo tanto, la propiedad pública no se presenta como un simple trasfondo normativo, sino como un marco de referencia estructurante, a partir del cual se organizan las posibilidades —necesariamente reguladas, habida cuenta de las especificidades del derecho de dominio público— de introducción de derechos reales.

Cabe señalar que la gran mayoría de las infraestructuras aeroportuarias son de dominio público debido a su asignación directa a un servicio público y a las instalaciones indispensables para la ejecución de este que las caracterizan²⁰. La jurisprudencia administrativa ha adoptado desde hace mucho tiempo una concepción funcional de la propiedad pública, basada en la combinación de la asignación al interés general, en particular a través del servicio público, y la ordenación especial. Para ser más precisos, según los términos del artículo L. 2111-1 del Código General de la Propiedad de las

²⁰ J. Grosdidier, *op. cit.*, p. 124 y ss.

Personas Públicas, «Sin perjuicio de disposiciones legislativas especiales, el dominio público de una persona pública (...) está constituido por los bienes que le pertenecen y que están destinados al uso directo del público o a un servicio público, siempre que, en este caso, sean objeto de una ordenación indispensable para el cumplimiento de las misiones de dicho servicio público». Esta definición unificada del dominio público es perfectamente aplicable a las personas públicas propietarias de infraestructuras aeroportuarias. Así, las pistas, las vías de circulación aeronáutica, las zonas de estacionamiento, las instalaciones de control y seguridad, pero también las terminales de pasajeros y los equipos técnicos necesarios para la explotación aeroportuaria cumplen plenamente estos criterios.

La codificación no ha cuestionado el análisis jurisprudencial anterior, sino que, por el contrario, lo ha estabilizado, reforzando la centralidad del concepto de afectación al servicio público como criterio determinante de la domanialidad. Además, y si fuera necesario, el dominio público aeronáutico es objeto de una disposición expresa de este código que establece, en su artículo L. 2111-16, que «el dominio público aeronáutico está constituido por los bienes inmuebles pertenecientes a una persona pública (...) y destinados a las necesidades del tráfico aéreo público. Incluye, en particular, los terrenos de los aeródromos y las instalaciones necesarias para la seguridad del tráfico aéreo situadas fuera de dichos terrenos». Por otra parte, esta definición sectorial no excluye la aplicación de la definición general de dominio público establecida en el artículo L. 2111-1 del Código. A este respecto, en el ámbito aeroportuario, esta asignación reviste una intensidad particular. No se limita a la organización material de un servicio público de transporte, sino que forma parte de un conjunto de requisitos relacionados con la seguridad aérea, la seguridad nacional y el cumplimiento de las obligaciones internacionales. Esta dimensión explica que la propiedad pública se haya considerado durante mucho tiempo una categoría casi insuperable, que permite una mayor protección de las infraestructuras y alimenta una desconfianza persistente hacia cualquier forma de apropiación privada duradera. Así pues, la propiedad pública sigue siendo predominante en la calificación de las infraestructuras aeroportuarias.

Esta calificación de las infraestructuras aeroportuarias como dependencias del dominio público conlleva la aplicación de principios clásicos, cuyo alcance es determinante para la posible admisión de derechos

reales, habida cuenta de las restricciones que estos conllevan. Pensemos, en particular, en la inalienabilidad y la imprescriptibilidad, consagradas inicialmente por la jurisprudencia²¹ y hoy codificadas²², que, en principio, prohíben cualquier cesión definitiva del bien y obstaculizan la adquisición de derechos por el transcurso del tiempo. Estos principios no se limitan a proteger la propiedad pública, ya que también estructuran, de manera más fundamental, el régimen de ocupación del dominio público. La ocupación del dominio público se concibe, por lo tanto, tradicionalmente como precaria y revocable, subordinada al interés general y al poder de gestión de la persona pública propietaria²³.

En el contexto aeroportuario, esta precariedad reviste una importancia y un alcance particulares, en la medida en que la autoridad patrimonial debe, en todo momento, permanecer capaz de adaptar la asignación y la organización de las infraestructuras a las exigencias de seguridad, continuidad del servicio y evolución del tráfico. La incompatibilidad entre la propiedad pública y los derechos reales, que implican, por definición, una estabilidad y una exclusividad difícilmente conciliables con las exigencias del dominio público²⁴, es entonces mecánica. Por otra parte, la jurisprudencia administrativa ha recordado en varias ocasiones que los ocupantes del dominio público no pueden invocar derechos adquiridos que puedan obstaculizar las decisiones de la autoridad patrimonial²⁵. No es de extrañar, pues, que se haya afianzado la idea de que el reconocimiento de derechos reales sobre las infraestructuras aeroportuarias constituiría un ataque directo a los fundamentos mismos del régimen del dominio público.

El ordenamiento jurídico francés se enfrentaba así a una cuestión: ¿la centralidad de la propiedad pública suponía la intangibilidad de las normas que la componen y estructuran? La realidad, en particular la económica, de la vida de los aeropuertos y del transporte aéreo civil, y la evolución que ha experimentado en las últimas décadas, imponían sin duda una actualización.

²¹ Consejo de Estado, 28 de junio de 1935, *Marécar*, Rec. p. 721

²² Artículo L. 3111-1 del CGPPP.

²³ Consejo de Estado, 5 de mayo de 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*; Consejo de Estado, 27 de octubre de 1999, *Société EDA*, n.º 178412.

²⁴ F. Melleray, *op. cit.*, p. 300.

²⁵ Consejo de Estado, 3 de diciembre de 2010, *Ville de Paris c/ Association Paris Jean Bouin*, n.º 338272; Consejo de Estado, 21 de diciembre de 2012, *Commune de Douai*, *prec.*

Hasta tal punto que parecía inevitable llegar a algún tipo de compromiso. Este se fue construyendo y estableciendo progresivamente en el ordenamiento jurídico. Hoy en día consiste en que la propiedad pública, marco de referencia del régimen de infraestructuras aeroportuarias, ha dejado de considerarse un obstáculo absoluto para el reconocimiento de prerrogativas en beneficio de los operadores que ocupan el dominio. El razonamiento ha ido cambiando poco a poco: ya no se trata de saber si pueden existir derechos reales sobre el dominio público, sino en qué condiciones pueden admitirse sin perjudicar al dominio, en general, y a la afectación del bien, en particular²⁶.

Este cambio no pone en tela de juicio la calificación del dominio público en sí, que sigue siendo fundamental y estructurante. Por el contrario, precisa su alcance, ya que convierte el dominio público en un marco en el que pueden establecerse prerrogativas específicas, siempre que sigan estando subordinadas a las exigencias del interés general. Así, el juez administrativo ha admitido que algunos derechos conferidos a los ocupantes puedan presentar características similares a los derechos reales, siempre que la autoridad patrimonial conserve sus poderes esenciales de control, modificación y rescisión²⁷. En el ámbito de las actividades aeroportuarias, este enfoque permite tener en cuenta la creciente complejidad de las infraestructuras y la diversidad de usos que se desarrollan en ellas. Las actividades comerciales, industriales o logísticas que se llevan a cabo en los aeropuertos no son independientes de la asignación global del dominio, sino que constituyen una prolongación de este. La calificación de dominio público sigue siendo, evidentemente, la base sobre la que se organizan estas actividades, sin negar por ello la necesidad de introducir instrumentos jurídicos adaptados a su estabilidad.

De este modo, la calificación de dominio público de las infraestructuras aeroportuarias no puede considerarse como la ilustración de un derecho de propiedad rígido, que prohíbe y paraliza cualquier forma de adaptación. Por el contrario, es el punto de partida de una recomposición medida que permite que los derechos reales encuentren su lugar no a pesar de la propiedad pública, sino gracias a ella y a su papel estructurante. Es precisamente esta articulación entre la permanencia de los principios de

²⁶ P. Yolka, *Droit des biens publics*, op. cit., p. 127 y ss.

²⁷ Consejo de Estado, 21 de diciembre de 2012, *Municipio de Douai*, prec.

propiedad y la adaptación de los instrumentos jurídicos lo que condiciona la admisión regulada de los derechos reales en el ámbito aeroportuario.

B. La admisión regulada de los derechos reales sobre el dominio aeroportuario

Si bien la calificación de dominio público de las infraestructuras aeroportuarias constituye el marco de referencia del régimen jurídico que les es aplicable, no agota la cuestión de la introducción de los derechos reales. Es precisamente dentro de este marco, y sin romper con él, donde se ha producido la admisión progresiva de los derechos reales denominados «administrativos» en el ámbito aeroportuario. Esta evolución no supone el abandono de los principios clásicos del derecho de dominio público, ni la transposición pura y simple de las categorías del derecho común, sino que se traduce en una construcción específica, estrictamente regulada por el legislador y el juez administrativo francés. La evolución decisiva es fruto de la intervención del legislador, que ha admitido explícitamente la posibilidad de constituir derechos reales sobre el dominio público, rompiendo así con una concepción tradicionalmente restrictiva de la ocupación del dominio público. La ordenanza de 21 de abril de 2006 relativa a la propiedad de las personas públicas marca, así, un punto de inflexión²⁸. Al consagrar la posibilidad de autorizaciones de ocupación del dominio público que constituyen derechos reales, el legislador ha querido responder a las exigencias de seguridad jurídica de las ocupaciones duraderas, preservando al mismo tiempo los fundamentos de la propiedad pública²⁹.

²⁸ Ordenanza n.º 2006-460, de 21 de abril de 2006, relativa a la propiedad de las personas públicas.

²⁹ Anteriormente, la ley fundacional del 5 de enero de 1988 (relativa a la mejora de la descentralización; *loi n.º 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation*) había marcado la primera ruptura discreta pero decisiva, ya que autoriza a las colectividades territoriales a conceder arrendamientos enfitéuticos administrativos y admite implícitamente la idea de que un ocupante privado pueda beneficiarse de prerrogativas reales ampliadas sobre un bien público. El arrendamiento enfitéutico administrativo (o BEA) experimentó a continuación una rápida difusión sectorial, con una prolongación de la duración (hasta 99 años) y el reconocimiento explícito de derechos reales sobre las construcciones edificadas. Posteriormente, la ley de 25 de julio de 1994 generaliza la posibilidad de constituir derechos reales sobre el dominio público (*loi n.º 94-631, du 25 juillet 1994, complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public*).

Este reconocimiento está codificado actualmente en los artículos L. 2122-6 y siguientes del Código General de la Propiedad de las Personas Públicas, que regulan estrictamente las condiciones de constitución, el contenido y la duración de estos derechos³⁰. El derecho real no se refiere al bien del dominio público como tal, en particular al suelo, sino a las construcciones, obras o instalaciones realizadas por el ocupante, que permanecen indisolublemente vinculadas al uso del dominio. De este modo, se evita cualquier confusión entre el derecho real administrativo y el derecho real tradicional gracias a la afirmación expresa del carácter temporal, definitivo y revocable de estas prerrogativas. En el contexto aeroportuario, esta evolución responde a limitaciones específicas. Las inversiones necesarias para la construcción y explotación de terminales, hangares o instalaciones técnicas suponen una estabilidad jurídica incompatible con la precariedad tradicional de la ocupación del dominio público. La admisión, estrictamente limitada, de derechos reales sobre el dominio público administrativo parece ser una respuesta específica que permite garantizar la viabilidad de proyectos estructurantes sin poner en tela de juicio la propiedad pública de las infraestructuras.

La jurisprudencia administrativa ha acompañado y precisado esta evolución legislativa, velando por preservar el equilibrio entre la seguridad de las ocupaciones y la salvaguarda de las prerrogativas del poder público. En particular, el juez administrativo ha recordado regularmente que los derechos conferidos a los ocupantes del dominio público, incluso cuando se califican de derechos reales, no pueden asimilarse a los derechos reales que conoce el derecho privado³¹. En este ámbito, la diferencia se basa esencialmente en dos elementos. Por un lado, el derecho real administrativo sigue estando subordinado a la asignación del dominio y a las necesidades del servicio público. Por otro lado, nunca implica la renuncia del propietario público, que conserva sus poderes esenciales de control, modificación unilateral y rescisión por motivos de interés general³². Cabe añadir que la “cedibilidad” o transferibilidad y la transmisibilidad de estos derechos están estrictamente reguladas, y en la mayoría de los casos están sujetas a la autorización previa

³⁰ Artículo L. 2122-6 a L. 2122-14.

³¹ P. Yolka, *op. cit.*, p. 125 y ss.

³² Consejo de Estado, 3 de diciembre de 2010, *Ciudad de París contra Asociación Paris Jean Bouin*, *prec.*

de la autoridad patrimonial. Las infraestructuras aeroportuarias no escapan a esta lógica³³.

Los derechos reales administrativos solo pueden constituirse para las necesidades de ocupación o explotación del dominio, con exclusión de cualquier lógica puramente especulativa³⁴. Así, los arrendamientos enfiteúticos administrativos³⁵ solo pueden celebrarse, salvo raras excepciones que no afectan a los aeropuertos, sobre el dominio público de las colectividades territoriales³⁶ y su uso se reserva principalmente a los casos de operaciones de interés general que son competencia de dichas colectividades. En otras palabras, las actividades de desarrollo económico llevadas a cabo por terceros que ocupan el dominio para sus propias necesidades no pueden beneficiarse del régimen del BEA, ya que no constituyen operaciones de interés general.

Por el contrario, el recurso a autorizaciones de ocupación que constituyen derechos reales no plantea dificultades de principio en el ámbito público aeroportuario. Cuando el dominio pertenece al Estado, las autorizaciones se expiden sobre la base de los artículos L. 2122-6 y siguientes del CGPPP para el ejercicio de una actividad autorizada por el título de ocupación temporal. De este modo, no existe ningún límite en cuanto a la naturaleza del proyecto que pueda dar lugar a la concesión de derechos reales. Simplemente, corresponderá al gestor del dominio público determinar las actividades que desea aceptar en su dominio público, teniendo en cuenta los principios tradicionales aplicables en la materia, es decir, esencialmente la compatibilidad de la ocupación privativa con la asignación del dominio público. Además, en lo que respecta al dominio público del Estado, la concesión de derechos reales constituye el principio, ya que la ausencia de derechos reales debe estipularse expresamente en el título de ocupación.

En el dominio público de las colectividades territoriales, las autorizaciones se expiden sobre la base del CGCT³⁷. Si bien el primer párrafo del apartado I del artículo L. 1311-5 solo autoriza la concesión de derechos reales con vistas a la realización de una operación de interés general que sea

³³ Consejo de Estado, 21 de diciembre de 2012, *Municipio de Douai, prec.*

³⁴ F. Melleray, *op. cit.*, p. 300 y ss.

³⁵ O «BEA».

³⁶ Artículo L. 1311-2 del Código General de las Colectividades Territoriales o CGCT.

³⁷ Artículos L. 1311-5 y siguientes.

de su competencia, el apartado II del mismo artículo L. 1311-5 dispone que «en los puertos y aeropuertos, se consideran que satisfacen la condición de interés público local (...) las actividades relacionadas con la explotación del puerto o del aeropuerto o que puedan contribuir a su dinamización o desarrollo», lo que permite la concesión de derechos reales para permitir la valorización económica del dominio público.

Los derechos reales administrativos son, por naturaleza, temporales, ya que su duración está estrictamente limitada y vinculada a la de la autorización de ocupación o al contrato del que se derivan. Esta temporalidad constituye un elemento central de la distinción entre derechos reales administrativos y derechos reales civiles. Al expirar la autorización, las obras construidas en el dominio público, salvo estipulación en contrario, deben volver a la persona pública propietaria, según mecanismos de reversibilidad que reflejan la preeminencia del interés general³⁸. La duración de los títulos constitutivos de derechos reales se determina en función de la duración de la amortización económica de las obras realizadas por el ocupante, con un máximo de 70 años. El control de los derechos reales se manifiesta también en la supervisión que ejerce la autoridad patrimonial sobre su aplicación. Este control refuerza el carácter administrativo de estos derechos, inscribiéndolos en una lógica de tutela funcional más que en una lógica de libre disposición.

Así pues, la admisión de derechos reales administrativos sobre el dominio aeroportuario no puede interpretarse como un cuestionamiento de los principios del derecho domanial, sino como su adaptación razonada a las nuevas necesidades. Lejos de debilitar la propiedad pública, esta admisión revela, por el contrario, su plasticidad, al demostrar su capacidad para integrar instrumentos jurídicos innovadores sin renunciar a su función estructurante. Es precisamente esta admisión regulada la que permite comprender los efectos estructurantes de los derechos reales sobre la organización jurídica de las infraestructuras aeroportuarias.

³⁸ Artículo L. 2122-9 del CGPPP; Consejo de Estado, 29 de mayo de 2017, *Municipio de Baillargues*, n.º 401884.

II. Los efectos estructurantes de los derechos reales en la organización aeroportuaria

Una vez admitidos, el reconocimiento de los derechos reales no deja de tener efectos en la organización jurídica de las infraestructuras aeroportuarias. Sin poner en tela de juicio la propiedad pública de los bienes, conduce a una disociación más clara entre la titularidad domanial y el ejercicio de determinadas prerrogativas de ocupación, llamadas a inscribirse en el tiempo (A). Sin embargo, esta disociación solo es comprensible a la luz de sus consecuencias sobre el régimen jurídico de las propias infraestructuras, ya se trate del ejercicio de las competencias de la persona pública, de la estructuración de las relaciones de ocupación o de las limitaciones persistentes impuestas por la asignación estatal (B).

A. La disociación entre propiedad pública y prerrogativas de ocupación

La introducción regulada de derechos reales administrativos sobre el dominio aeroportuario no modifica la titularidad de la propiedad pública de las infraestructuras, pero establece una disociación entre la propiedad del bien, que sigue en manos de la persona pública, y la atribución de prerrogativas sustanciales en beneficio de los ocupantes. Esta disociación constituye uno de los principales efectos estructurantes del reconocimiento de los derechos reales y marca una evolución significativa del régimen jurídico de las infraestructuras aeroportuarias, sin alterar por ello sus fundamentos patrimoniales.

Desde este punto de vista, el reconocimiento de derechos reales administrativos no pone en tela de juicio el principio de propiedad pública de las infraestructuras aeroportuarias. Ya se trate del Estado, de las colectividades territoriales o de las sociedades aeroportuarias investidas de prerrogativas públicas, la titularidad domanial sigue siendo la base del régimen jurídico aplicable³⁹. El derecho real administrativo no supone una transferencia de propiedad, sino que confiere a su titular prerrogativas limitadas, circunscritas al uso y explotación de los bienes u obras en cuestión. Entendemos por ello que, en general, el título de ocupación constitutivo de derechos reales confiere

³⁹ Artículos L. 2111-1 y L. 3111-1 del CGPPP.

a su titular, durante la vigencia de la autorización y en las condiciones y límites especificados en los textos, un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones de carácter inmobiliario que realice para la actividad autorizada por dicho título. Este derecho real confiere a su titular las «prerrogativas y obligaciones del propietario» sobre dichas obras, construcciones e instalaciones de carácter inmobiliario, excluyendo así los bienes muebles.

La constitución de garantías, la cesión o la transmisión de derechos están sujetas a condiciones estrictas, destinadas a prevenir cualquier perjuicio a la afectación del dominio o a la seguridad aeroportuaria. Más concretamente, el ocupante privado tiene un derecho sobre el título en sí, que, a este respecto, puede cederse o hipotecarse de forma independiente siempre que su titular aún no haya realizado ninguna obra. Por otra parte, el derecho real también se refiere al terreno (perteneciente al dominio público) de las obras, construcciones e instalaciones de carácter inmobiliario realizadas por el operador. Estas prerrogativas se traducen, en particular, en una mayor estabilidad de la ocupación, una mayor seguridad jurídica de las inversiones y la posibilidad, bajo ciertas condiciones, de ceder o gravar los derechos conferidos⁴⁰. Por lo tanto, el recurso al arrendamiento financiero, al igual que a la hipoteca, es posible bajo ciertas condiciones estrictas. En cuanto al arrendamiento financiero, está autorizado por los artículos L. 2122-13 del CGPPP y L. 1311-5 del CGCT. Este instrumento constituye, por lo tanto, un modo de financiación de los inmuebles realizados por el ocupante del dominio público. Esta financiación, que puede ser íntegra, la garantiza el acreedor (el arrendador financiero), que, como garantía de su deuda, se convierte en propietario de los inmuebles construidos por el deudor (el arrendatario financiero) a medida que se construyen. Por su parte, el arrendatario realiza las obras y alquila al arrendador los dichos inmuebles, que puede adquirir al término del contrato de arrendamiento. Así, la garantía para el acreedor reside en la propiedad del inmueble, que solo se transfiere tras el reembolso de la deuda. Las operaciones de arrendamiento financiero en el dominio público implican la existencia de una relación tripartita con el propietario del dominio público ocupado, ya que ni el arrendador ni el arrendatario son propietarios de los terrenos en los que se van a construir las obras. Al término del contrato de arrendamiento financiero, el arrendatario dispone de una opción de compra

⁴⁰ Artículos L. 2122-6 y siguientes del CGPPP.

sobre el inmueble construido: o bien ejerce la opción y se convierte en propietario del inmueble, que conserva hasta la expiración de la autorización de ocupación del dominio público⁴¹; o bien no ejerce la opción y el contrato continúa en las mismas condiciones que anteriormente, y el arrendatario sigue pagando el alquiler al arrendador, que sigue siendo propietario del inmueble hasta que expira el título de ocupación.

En lo que respecta a la hipoteca⁴², su uso por parte de los ocupantes del dominio público titulares de derechos reales está regulado por los artículos L. 2122-8 del CGPPP y L. 1311-6-1 del CGCT. Según estas disposiciones, si bien es posible recurrir a la hipoteca sobre el dominio público, esta facultad está regulada y limitada. Desde este punto de vista, la hipoteca solo puede servir para garantizar la financiación de las obras realizadas por el ocupante en el dominio público en el marco de la autorización constitutiva de derechos reales. Por lo tanto, el ocupante privado no puede hipotecar el derecho real con el fin de garantizar la financiación de inversiones distintas de las que benefician al dominio público ocupado. Además, la duración de la hipoteca está limitada a la duración del título de ocupación, es decir, que se extingue con el título de ocupación, ya sea que el fin del título de ocupación resulte de la expiración normal de su duración o de una rescisión pronunciada por el administrador del dominio público, por falta o por motivos de interés general. Por su parte, los acreedores disponen, gracias a este instrumento, de varias posibilidades. En particular, en caso de rescisión por falta del título de ocupación, los acreedores del ocupante privado deben ser informados dos meses antes de la fecha efectiva de la retirada, a fin de permitir la sustitución del ocupante incumplidor por un tercero o sustituirlos ellos mismos⁴³. Cuando la rescisión se produce por motivos de interés general, los acreedores se benefician del aplazamiento de sus derechos sobre la indemnización por desalojo de la que se beneficia el titular de la autorización, a fin de que estos puedan obtener el reembolso de su crédito⁴⁴. Por último, también tienen la

⁴¹ Al término de esta última, el inmueble debe, en principio, ser demolido y el dominio público restaurado, salvo que la administración solicite el mantenimiento del inmueble, que pasa entonces a formar parte de su patrimonio sin indemnización para el ocupante.

⁴² En el derecho francés, la hipoteca es el mecanismo por el cual el titular de un derecho real sobre un inmueble confiere él mismo un derecho real sobre dicho inmueble en beneficio de un acreedor, como garantía de una deuda.

⁴³ Artículo L. 2122-8, apartado 4, del CGPPP y artículo L. 1311-7, apartado 4, del CGCT.

⁴⁴ Artículo L. 2122-9, apartado 3, del CGPPP y artículo L. 1311-7, apartado 3, del CGCT.

posibilidad de aplicar medidas cautelares o medidas de ejecución, como embargos, sobre los bienes objeto del derecho real. En el contexto aeroportuario, esta estabilización reviste una importancia particular. Las actividades que se llevan a cabo en las plataformas aeroportuarias — explotación de terminales, mantenimiento aeronáutico, logística, actividades comerciales— suponen inversiones cuantiosas y duraderas, difícilmente compatibles con la precariedad tradicional de las autorizaciones de ocupación del dominio público.

Sin embargo, más allá de esto, la transferibilidad, la transmisibilidad o la constitución de garantías sobre los derechos reales siguen estando supeditadas al acuerdo de la autoridad patrimonial, que mantiene así un estrecho control sobre la evolución de las ocupaciones⁴⁵. Por último, aunque sea propietario de las obras que realiza, el ocupante sigue estando sujeto a los principios del dominio público, por lo que, en particular, no puede celebrar contratos de arrendamiento de derecho común (arrendamientos comerciales, etc.) sobre estos inmuebles. A este respecto, la permanencia de la propiedad pública se manifiesta con especial claridad en el ámbito aeroportuario, donde las exigencias de seguridad, soberanía y continuidad del servicio público justifican un estricto control de las infraestructuras por parte del propietario público. Por lo tanto, los derechos reales reconocidos a los ocupantes no pueden analizarse como derechos concurrentes con el derecho de propiedad, sino como desmembramientos funcionales, estrictamente subordinados a la asignación del dominio público⁴⁶. La disociación entre la propiedad pública y las prerrogativas de ocupación no es un fin en sí mismo. Responde a una lógica que tiene por objeto adaptar la organización jurídica de las infraestructuras aeroportuarias a la creciente complejidad de sus usos.

En el ámbito aeroportuario, esta organización disociada contribuye a la claridad del régimen jurídico aplicable a las infraestructuras. En definitiva, el reconocimiento de derechos reales administrativos sobre las infraestructuras aeroportuarias no se traduce en una dilución de la propiedad pública, sino en una recomposición de sus modalidades de ejercicio. Al operar una disociación jurídica controlada entre la propiedad y las prerrogativas de ocupación, el derecho público de los bienes se dota de un instrumento capaz de estructurar de forma duradera la organización de las infraestructuras

⁴⁵ Consejo de Estado, 29 de mayo de 2017, *Municipio de Baillargues*, *prec.*

⁴⁶ H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, París, Dalloz, 2024, 4^ª ed., p. 186 y ss.

aeroportuarias, preservando al mismo tiempo los principios fundamentales de la propiedad pública.

B. La incidencia de los derechos reales en el régimen jurídico de las infraestructuras aeroportuarias

El reconocimiento de los derechos reales administrativos sobre el dominio aeroportuario no se limita a una evolución puntual de las modalidades de ocupación, sino que provoca una evolución más amplia del régimen jurídico de las propias infraestructuras. Sin poner en tela de juicio la calificación de dominio público ni los principios fundamentales que se derivan de ella, la introducción de estos derechos contribuye a una recomposición mesurada del derecho aplicable, al afectar tanto al ejercicio de las prerrogativas de la persona pública como a la estructuración de las relaciones jurídicas entre los actores del espacio aeroportuario. A este respecto, uno de los primeros efectos de los derechos reales reside en la transformación de las modalidades de ejercicio de los poderes de la persona pública propietaria. Si bien esta conserva la totalidad de sus prerrogativas patrimoniales, su aplicación se inscribe ahora en un marco jurídico más estructurado, que tiene en cuenta la existencia de derechos conferidos a los ocupantes⁴⁷. El poder de gestión del dominio no desaparece, sino que se enmarca en las estipulaciones contractuales y en las garantías vinculadas a los derechos reales reconocidos.

Esta evolución se manifiesta, en particular, en el ejercicio del poder de modificación unilateral y del poder de rescisión por motivos de interés general. La jurisprudencia administrativa admite desde hace tiempo que la autoridad domanial pueda poner fin a una autorización de ocupación, incluida la que constituye derechos reales, siempre que se respeten las garantías previstas por el derecho positivo⁴⁸. Por lo tanto, la existencia de un derecho real no tiene por efecto congelar la asignación del dominio, sino que impone una mayor consideración de la situación jurídica del ocupante, en particular en materia de indemnización. En el contexto aeroportuario, esta reestructuración de las prerrogativas se traduce en una gestión más contractual y anticipatoria de las infraestructuras. La autoridad patrimonial sigue estando

⁴⁷ P. Bon, J.-B. Auby y P. Terneyre, *op. cit.*, p. 162 y ss.

⁴⁸ Consejo de Estado, 3 de diciembre de 2010, *Ville de Paris contre Association Paris Jean Bouin*, *prec.*

en condiciones de adaptar la organización del dominio a las exigencias de seguridad, continuidad del servicio público o evolución del tráfico, integrando al mismo tiempo las limitaciones relacionadas con la estabilidad de las ocupaciones reconocidas. El derecho real administrativo actúa, así, como un factor de racionalización jurídica, sin que ello suponga una renuncia al poder de la potestad pública. En efecto, la finalización anticipada de la ocupación puede producirse por dos motivos: bien por el incumplimiento por parte del ocupante de las obligaciones derivadas de la autorización, en cuyo caso se trata de una rescisión por falta, bien por un motivo de interés general. Esta finalización anticipada se produce según modalidades diferentes según los casos. Observemos, de manera general, que, según los términos del artículo R. 2122-18 del Código General de la Propiedad de las Personas Públicas —que se aplica a los títulos constitutivos de derechos reales—, sea cual sea el motivo de la rescisión —culpa o interés general—, la rescisión debe enviarse por correo certificado con acuse de recibo dos meses antes de que surta efecto.

Dichas decisiones de rescisión deben estar motivadas, ya que se trata de decisiones que imponen una sanción o que retiran o derogan una decisión que crea derechos⁴⁹. Sin embargo, el juez administrativo considera que las decisiones de rescisión de las autorizaciones de ocupación del dominio público por motivos de interés general no tienen que estar motivadas, ya que estas autorizaciones no crean derechos en beneficio de sus beneficiarios, y estos últimos no tienen derecho a su mantenimiento ni a su renovación⁵⁰. Por el contrario, las decisiones de rescisión por falta constituyen una sanción en el sentido del artículo L. 211-2 del Código de relaciones entre el público y la administración (CRPA) y, como tales, deben ser motivadas por el administrador del dominio público. Además, según lo dispuesto en el artículo L. 121-1 del CRPA, las decisiones de rescisión por falta solo pueden adoptarse después de que el ocupante haya tenido la oportunidad de formular sus observaciones sobre la sanción prevista por el administrador del dominio público.

Los derechos de indemnización del ocupante en caso de rescisión difieren en función tanto de los motivos de dicha decisión como de la naturaleza del título de ocupación. El ocupante titular de derechos reales se

⁴⁹ Artículo L. 211-2 del Código de Relaciones entre el Público y la Administración (CRPA).

⁵⁰ Consejo de Estado, 23 de mayo de 2011, n.º 328525; Consejo de Estado, 24 de noviembre de 2014, *Sté des remontées mécaniques Les Houches–Saint-Gervais*, n.º 352402.

encuentra, en este caso, en una posición privilegiada, ya que el artículo L. 2122-9, apartado 3, del CGPPP prevé una indemnización por «el perjuicio directo, material y cierto derivado de la expulsión anticipada»⁵¹. Así, el ocupante puede ser indemnizado por la totalidad de su perjuicio en caso de rescisión por motivos de interés general de la autorización de ocupación del dominio público que constituye derechos reales⁵². No obstante, dicha indemnización está sujeta a tres condiciones. En primer lugar, el ocupante debe demostrar el carácter directo del perjuicio, es decir, la existencia de un nexo causal directo entre el perjuicio material que alega y la retirada de la autorización, así como la consiguiente pérdida del derecho real. Además, debe demostrar la existencia de un perjuicio material, lo que excluye los perjuicios morales. No obstante, entre los conceptos indemnizables se incluyen el valor venal de los inmuebles realizados por el ocupante, los gastos relacionados con las inversiones realizadas o la pérdida del fondo de comercio como consecuencia de la retirada de la autorización. Por último, el ocupante debe demostrar el carácter cierto del perjuicio, lo que permite la indemnización por las pérdidas de beneficios esperados de la ocupación hasta su término normal, siempre que no sean hipotéticas. Por otra parte, las partes en una autorización de ocupación temporal o en un convenio constitutivo de derechos reales no pueden apartarse de las normas de determinación de la indemnización debida

⁵¹ « Al término del título de ocupación, las obras, construcciones e instalaciones de carácter inmobiliario existentes en la dependencia ocupada deberán ser demolidas por el titular de la autorización o a su costa, salvo que el título de ocupación prevea expresamente su mantenimiento en el estado actual o que la autoridad competente renuncie total o parcialmente a su demolición. - Las obras, construcciones e instalaciones de carácter inmobiliario cuyo mantenimiento al término del título de ocupación haya sido aceptado pasan a ser, de pleno derecho y de forma gratuita, propiedad del Estado, libres de todo privilegio e hipoteca. - No obstante, en caso de retirada de la autorización antes del plazo previsto, por un motivo distinto al incumplimiento de sus cláusulas y condiciones, el titular será indemnizado por el perjuicio directo, material y cierto derivado de la expulsión anticipada. Las normas para determinar la indemnización pueden especificarse en el título de ocupación. Los derechos de los acreedores debidamente inscritos en la fecha de la retirada anticipada se trasladarán a dicha indemnización. - Al menos dos meses antes de la notificación de una retirada por incumplimiento de las cláusulas y condiciones de la autorización, se informará a los acreedores debidamente inscritos de las intenciones de la autoridad competente a todos los efectos, y en particular para que puedan proponer la sustitución del concesionario incumplidor por un tercero o sustituirlo ellos mismos ».

⁵² Consejo de Estado, 17 de julio de 2025, *Société Jean Metz*, nº 503317.

en caso de retirada de la autorización por motivos de interés general. No obstante, dado que el artículo L. 2122-9 del CGPPP precisa que «las normas para determinar la indemnización pueden especificarse en el título de ocupación», las partes pueden definir conjuntamente las modalidades de determinación del perjuicio⁵³.

Aunque estas normas siguen siendo en parte severas para el ocupante, no es menos cierto que los derechos reales administrativos contribuyen a una estabilización normativa de las relaciones jurídicas establecidas en torno a las infraestructuras aeroportuarias. Al conferir a los ocupantes prerrogativas duraderas y oponibles, refuerzan la claridad del régimen aplicable a las obras e instalaciones realizadas en el dominio público. Esta estabilización no se deriva de una autonomización del derecho del ocupante, sino de una clarificación de las relaciones entre propiedad, ocupación y explotación. En el caso de los aeropuertos, y teniendo en cuenta el lugar que estas infraestructuras ocupan hoy en día en la vida económica, esta clarificación reviste una importancia particular. Los derechos reales permiten identificar más claramente la base de los derechos conferidos, las responsabilidades asociadas a las obras construidas y las condiciones de su devolución a la persona pública al término de la autorización. De este modo, contribuyen a estructurar jurídicamente situaciones complejas, sin alterar la unidad del dominio público. Sin embargo, el régimen jurídico de las infraestructuras aeroportuarias conserva su carácter administrativo, ya que los derechos reales solo intervienen como instrumentos de estructuración y no como vectores de libre disposición.

Lejos de consagrar una mayor patrimonialización del dominio público, el derecho positivo reafirma, a través del marco de los derechos reales, la preeminencia de la asignación y el interés general. Estos derechos siguen estando subordinados a la finalidad del dominio y a las exigencias propias del servicio público aeroportuario. Esta subordinación se traduce, en particular, en los mecanismos de reversibilidad al término de la autorización, que garantizan la devolución de las obras al propietario público, según modalidades compatibles con la continuidad de la explotación. También se manifiesta en el mantenimiento de las competencias policiales y de seguridad, que por su naturaleza escapan a toda lógica contractual o de derechos reales.

⁵³ Consejo de Estado, 6 octubre de 2017, n° 402322.

En un sector tan sensible como el de las infraestructuras aeroportuarias, estas limitaciones constituyen un elemento esencial de la legitimidad jurídica de los derechos reales. Así pues, la incidencia de los derechos reales en el régimen jurídico de las infraestructuras aeroportuarias no puede analizarse como un cuestionamiento de las categorías tradicionales del derecho domanial. Más bien revela una capacidad de adaptación del derecho de los bienes públicos, que integra nuevos instrumentos al tiempo que reafirma sus principios fundacionales.

O DOMÍNIO PÚBLICO INFRAESTRUTURAL RODOVIÁRIO NO DIREITO PORTUGUÊS

João Miranda

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Investigador Integrado Efetivo do *Lisbon Public Law Research Centre*

Sumário: 1. Enquadramento; 2. Composição e titularidade do domínio público infraestrutural rodoviário; 3. O início e a cessação da dominialidade pública rodoviária; 4. A transferência da titularidade e da administração do domínio público rodoviário; 5. A utilização do domínio público rodoviário; 6. As servidões administrativas e as restrições de utilidade pública respeitantes ao domínio público rodoviário; 7. A proteção do domínio público rodoviário; 8. Referência aos caminhos públicos e às vias urbanas; 9. Reflexão final

1. Enquadramento

As infraestruturas são essenciais para o exercício de atividades públicas e privadas, dando suporte físico à sua realização, sobressaindo entre elas as que revestem carácter dominial. No seio do domínio público, vislumbram-se diversos bens qualificáveis como infraestruturas, designadamente, estradas, linhas férreas, portos, aeroportos, infraestruturas de transporte de água ou de eletricidade, sistemas de distribuição de energia e de telecomunicações. Em comum, todas elas têm a característica de integrarem o *domínio público artificial*, no sentido de se tratar de bens cuja existência decorre da atividade humana¹, ou, noutra classificação, são *bens de destinação pública* e não *bens reservados* por serem vocacionados para o desenvolvimento de um escopo ou função de interesse público e não por causa das suas características naturais². Por outro lado, as estradas e as linhas férreas integram-se também no denominado *domínio público de circulação*, no qual cabem outras infraestruturas destinadas ao trânsito de pessoas e de bens, tais

¹ Cfr. JOÃO MIRANDA, *Direito Administrativo dos Bens. Introdução à Teoria Geral dos Bens Públicos*, Lisboa, 2021, p. 136.

² Distinção operada por CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Pádua, 1983, pp. 47 e ss., que abrange também bens do domínio privado indisponível, e que, em Portugal, é defendida também por BERNARDO AZEVEDO, *Linhas fundamentais por que se rege a disciplina jurídico-normativa aplicável à constituição, gestão e extinção dos bens públicos*, in *Domínio público local*, obra coletiva, Braga, 2006, pp. 41 e ss.

como os passeios, as praças, os largos e os terreiros públicos. Isto não significa, todavia, que todos os bens destinados à finalidade pública de circulação sejam objeto de um direito de propriedade pública, enquanto fator excludente do comércio jurídico-privado, e que exista um tipo legal de domínio público que inclua todos os bens afetos à circulação pública de pessoas e bens³.

Outra diferenciação pode divisar-se, em função da escala, entre *infraestruturas territoriais* e *infraestruturas urbanas*, consoante se trate de sistemas ligados ao funcionamento do território no seu todo ou ao funcionamento de aglomerados urbanos ou de edificações no seu conjunto. As primeiras podem envolver um âmbito supralocal e até internacional, ao passo que as segundas se circunscrevem à área local⁴.

O fundamento da existência de infraestruturas entendido como um todo, isto é, como rede, é funcional, dado que elas visam o cumprimento de finalidades muito distintas ligadas ao transporte ou à mobilidade de pessoas

³ Cfr. JOÃO MIRANDA / JORGE PAÇÃO, *Bens públicos e cidades: intersecções a partir do sistema jurídico português*, in *Los Bienes Públicos de las Ciudades. XII Encuentro Internacional de Bienes Públicos*, Lima, 2024, p. 46.

⁴ A destriça assume relevância no campo do Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo e encontra-se hoje consagrada no Decreto Regulamentar n.º 5/2019, de 27 de setembro, que compreende nas *infraestruturas territoriais*: “os sistemas gerais de circulação e transporte associados à conectividade internacional, nacional, regional, municipal e interurbana, incluindo as redes e instalações associadas aos diferentes modos de transporte; os sistemas gerais de captação, transporte e armazenamento de água para os diferentes usos, de âmbito supra urbano; os sistemas gerais de transporte, tratamento e rejeição de águas residuais, de âmbito supra urbano; os sistemas gerais de armazenamento, tratamento e rejeição de resíduos sólidos, de âmbito supra urbano; os sistemas gerais de produção e distribuição de energia e de telecomunicações fixas e móveis, de âmbito internacional, nacional, regional, municipal e interurbano”. Por sua vez, são identificadas como *infraestruturas urbanas*: “os sistemas intraurbanos de circulação, contendo as redes e instalações associadas aos diferentes modos de transporte, incluindo o pedonal, e as áreas de estacionamento de veículos; os sistemas intraurbanos de abastecimento de água contendo as redes e instalações associadas ao seu armazenamento local e distribuição; os sistemas intraurbanos de drenagem de águas residuais e pluviais contendo as redes e instalações associadas à sua recolha e encaminhamento para tratamento ou rejeição; os sistemas intraurbanos de recolha de resíduos sólidos urbanos e seu armazenamento e encaminhamento para tratamento e rejeição; os sistemas intraurbanos de distribuição de energia e de telecomunicações fixas e móveis”. Na realidade, existe uma imbricação lógica entre elas, no sentido de que são os sistemas supralocais que permitem o funcionamento dos sistemas locais.

ou de bens⁵. No caso concreto das infraestruturas rodoviárias, elas destinam-se a permitir a circulação terrestre de pessoas, veículos, animais e outras coisas, sendo os meios que facultam aos cidadãos o direito fundamental de deslocação livre para qualquer parte do território nacional, consagrado no artigo 44.º, n.º 1, da Constituição portuguesa, constituindo, assim, uma condição fáctica para a realização de direitos fundamentais⁶.

Existe igualmente uma imbricação entre o domínio público infraestrutural e o conceito de serviço público, dado que as infraestruturas são instrumentais para a prestação de serviços públicos (e.g. água, eletricidade, gás, telecomunicações, transporte ferroviário ou rodoviário), entendendo inclusive a doutrina clássica portuguesa que, sempre que um bem estiver afetado a um serviço público, se incorpora imediatamente na dominialidade pública⁷.

No presente artigo, iremos abordar apenas as infraestruturas rodoviárias, que, não obstante a sua heterogeneidade⁸, se integram em três categorias fundamentais: as estradas, os caminhos públicos e as vias urbanas.

2. Composição e titularidade do domínio público infraestrutural rodoviário

A composição do domínio público infraestrutural resulta da Constituição e da lei. Em primeira linha, a Constituição integrou as estradas no domínio público [artigo 84.º, n.º 1, alínea d)], entendendo-se que o enunciado constitucional abarca a totalidade das vias públicas, desde os caminhos municipais às autoestradas, nelas se incluindo igualmente as obras

⁵ Cfr. ANA RAQUEL MONIZ, *O domínio público. O critério e o regime jurídico da dominialidade*, Coimbra, 2005, p. 224.

⁶ Cfr. RUI GUERRA DA FONSECA, *Comentário à Constituição Portuguesa*, II, Coimbra, 2008, pp. 314-315, que sustenta a inconstitucionalidade de uma norma que sujeitasse a utilização de toda e qualquer via pública ao pagamento de uma portagem por se tratar de uma medida restritiva de direitos fundamentais.

⁷ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, II, 10.ª edição, 5.ª reimpressão, Coimbra, 1994, pp. 883 e ss.

⁸ Sublinhando o carácter heterogéneo dos bens do domínio público viário, v. EVA DESDENTADO DAROCA, *Dominio público viário*, in *Derecho de los Bienes Públicos*, 2.ª edição, Valência, 2009, p. 923.

de arte (e.g. pontes e os viadutos)⁹, bem como quaisquer outras coisas necessárias para a existência de dominialidade rodoviária (e.g. passeios, muros de sustentação, sinais de trânsito, postes de iluminação)¹⁰. No mesmo sentido, aponta a formulação legal do artigo 4.º, alínea h) do Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de outubro, que aprovou o inventário geral do património do Estado, ao integrar no domínio público rodoviário os acessórios das autoestradas e estradas nacionais, ou ainda com mais nitidez o conceito de domínio público rodoviário do Estado constante do Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional, aprovado pela Lei n.º 34/2015, de 27 de abril: “a universalidade de direito, de que o Estado é titular, formada pelo conjunto de bens afetos ao uso público viário, pelos bens que material ou funcionalmente com ele se encontrem ligados ou conexos, bem como por outros bens ou direitos que, por lei, como tal sejam qualificados” [artigo 3.º, alínea n)]¹¹.

Por seu turno, a titularidade das infraestruturas rodoviárias encontra-se repartida entre Estado, regiões autónomas e autarquias locais, sendo fundamentalmente a lei a identificar os bens rodoviários que pertencem a cada uma das entidades.

⁹ Cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 2007, p. 1004. No mesmo sentido, JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, II, 2.ª edição, Lisboa, 2018, p. 84. O Tribunal Constitucional também já considerou no Acórdão n.º 640/95, de 15 de novembro de 1995, que se subsumem no conceito de estradas os “acessos às pontes e às próprias pontes enquanto obras de arte que ligam eixos viários” (cfr. decisão disponível em TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 640/1995).

¹⁰ Cfr. ANA RAQUEL MONIZ, *op. cit.*, p. 231.

¹¹ O artigo 28.º, n.ºs 1 e 2, do Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional contém um elenco dos bens do domínio público rodoviário do Estado: i) A zona da estrada e os materiais e equipamentos ou infraestruturas de demarcação, sinalização, segurança, proteção ambiental e comunicação nela incorporados; ii) O canal técnico rodoviário; iii) Os terrenos destinados ao alargamento e exploração da estrada, se e quando expropriados; iv) os equipamentos de apoio à circulação rodoviária e à informação e auxílio ao utilizador (sistemas de telemática rodoviária, sistemas de cobrança de portagem, áreas de serviço, áreas de repouso, parques de estacionamento, locais de paragem de transporte coletivo de passageiros, parques de apoio à operação da rede e praças de portagem; v) os terrenos situados e delimitados no interior dos nós rodoviários; vi) os terrenos subjacentes a obras de arte, correspondentes à área da respetiva projeção no solo, acrescida de uma faixa com a largura de 1 m a 5 m para cada lado, definida em projeto; vii) os acessos viários às estradas em terreno que seja bem público; viii) os terrenos e as instalações indissociavelmente conexos com a construção, a conservação e a exploração das estradas.

A Constituição qualifica as estradas nacionais como bens dominiais (domínio público *ex constitutione*), mas é na lei ordinária que se apreende o alcance dessa realidade, por via da distinção efetuada no artigo 14.º, n.º 1, da Lei de Bases do Sistema de Transportes Terrestres, aprovada pela Lei n.º 10/90, de 17 de março, e no Plano Rodoviário Nacional¹², definido pelo Decreto-Lei n.º 222/98, de 17 de julho¹³, entre uma rede nacional fundamental, “que desempenha funções de interesse nacional ou internacional” (artigo 1.º, n.º 1), englobando os itinerários principais, que “são as vias de comunicação de maior interesse nacional, servem de base de apoio a toda a rede rodoviária nacional e asseguram a ligação entre os centros urbanos com influência supradistrital e destes com os principais portos, aeroportos e fronteiras” (artigo 2.º, n.º 2), e uma rede nacional complementar, compreendendo os itinerários complementares e as estradas nacionais, que “assegura[m] a ligação entre a rede nacional fundamental e os centros urbanos de influência concelhia ou supraconcelhia, mas “infradistrital” (artigo 4.º, n.º 2).

E, por sua vez, as estradas regionais são “comunicações públicas rodoviárias do continente com interesse supramunicipal e complementar à rede rodoviária nacional” (artigo 12.º, n.º 1) e caracterizam-se por assegurar, pelo menos uma das seguintes funções: i) desenvolvimento e serventia das zonas fronteiriças, costeiras e outras de interesse turístico; ii) ligação entre agrupamentos de concelhos constituindo unidades territoriais; iii) continuidade de estradas regionais nas mesmas condições de circulação e segurança. (artigo 12.º, n.º 2). A identificação de cada uma das mencionadas estradas consta em anexo ao Plano Rodoviário Nacional.

Não restam dúvidas sobre a titularidade estadual das mencionadas infraestruturas rodoviárias, uma vez que as primeiras prosseguem interesses públicos nacionais e que as segundas, na ausência de criação de regiões administrativas, servem uma finalidade supralocal e estão reguladas pela mesma disciplina legal da rede rodoviária nacional, constante quer do Plano Rodoviário Nacional, quer do Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária

¹² Na tipologia dos instrumentos de gestão territorial, o Plano Rodoviário Nacional é um programa setorial, enquanto instrumento que estabelece a incidência territorial da rede rodoviária nacional (cfr. artigos 39.º e ss. do Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio, que aprovou o regime dos instrumentos de gestão territorial).

¹³ Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 98/99, de 26 de julho, e do Decreto-Lei n.º 182/2003, de 16 de agosto.

Nacional. Todavia, como veremos melhor adiante, existe uma separação entre a titularidade do domínio público infraestrutural rodoviário pertencente ao Estado e a sua administração, que se encontra concessionada à Infraestruturas de Portugal, S.A.

Mas não só o Estado é titular de bens do domínio público rodoviário, uma vez que o artigo 84.º, n.º 2, da Constituição portuguesa impõe igualmente a existência de bens dominiais na titularidade regional e autárquica.

Nas Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, existem estradas na respetiva titularidade. Com efeito, o Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores¹⁴ integra no domínio público regional “estradas regionais, vias rápidas e autoestradas com os seus acessórios e obras de arte” [artigo 22.º, n.º 2, alínea g)] e o Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira¹⁵, embora não utilize o mesmo enunciado, estabelece que as matérias relativas às estradas fazem parte integrante do interesse específico regional [artigo 30.º, alínea x)] e que o domínio público regional compreende “os bens do domínio público situados no arquipélago, pertencentes ao Estado, bem como ao antigo distrito autónomo” (artigo 76.º, n.º 1).

O domínio público rodoviário municipal abarca, por exclusão de partes, as estradas não incluídas no plano rodoviário nacional, podendo ainda

¹⁴ Aprovado pela Lei n.º 39/80, de 5 de agosto, e alterado pelas Leis n.ºs 9/87, de 26 de março, e 61/98, de 27 de agosto, e 2/2009, de 12 de janeiro. Por sua vez, o regime jurídico das vias públicas de comunicação terrestre da Região Autónoma dos Açores, aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 18/2003/A, de 9 de abril, distingue entre a rede regional, que visa permitir a ligação entre os pólos urbanos e económicos de maior expressão em cada ilha” e a rede municipal, que “visa permitir a circulação de pessoas e veículos dentro dos povoados, das áreas da respetiva circunscrição territorial e estabelecer o acesso a explorações agrícolas e pecuárias situadas abaixo da cota dos 100 m de altitude nas ilhas de Santa Maria e Graciosa e dos 250 m nas restantes ilhas” (artigo 2.º, respetivamente, n.ºs 2 e 3).

¹⁵ Aprovado pela Lei n.º 13/91, de 5 de junho, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 130/99, de 21 de agosto. O estatuto e regime jurídico das vias públicas de comunicação terrestre da Região Autónoma da Madeira consta do Decreto Legislativo Regional n.º 32/2017/M, de 15 de setembro, que distingue entre a rede regional, que “é constituída pelas vias que desempenham funções de interesse regional, ligando os principais polos urbanos e económicos e todos os concelhos entre si” e a rede municipal “constituída pelas vias que permitem a circulação nas áreas da respetiva circunscrição territorial, nomeadamente entre a sede do concelho e os aglomerados populacionais, entre os aglomerados populacionais e dentro dos mesmos” (artigo 2.º, respetivamente, n.ºs 2 e 3).

ser integradas nas redes municipais, mediante despacho do ministro competente em matéria do setor rodoviário, as estradas regionais (artigo 13.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 222/98, de 17 de julho). Além destas, naturalmente, fazem parte do domínio público municipal as vias de comunicação públicas, os caminhos públicos, as ruas e as praças¹⁶. Por outro lado, o artigo 14.º do Plano Rodoviário Nacional remete o regime das estradas municipais para diplomas próprios, que ainda não conheceram a luz do dia, subsistindo a vetusta Lei n.º 2110, de 19 de outubro de 1961, que aprovou o Regulamento Geral das Estradas e Caminhos Municipais, mas que, conforme a sua denominação indica, e não obstante a aprovação sob forma legal e dispor que constituem “atribuições das câmaras municipais a construção, conservação, reparação, polícia, o cadastro e a arborização das estradas e caminhos municipais” (artigo 2.º), é um diploma mais de execução do que propriamente oriundo da função primária do Estado.

Todos estes bens dão tradução à garantia constitucional da autonomia patrimonial dos municípios (artigo 238.º, n.º 1, da Constituição portuguesa) para concretização das atribuições que a lei lhes confia, designadamente em matéria de transportes e comunicações e de planeamento da rede viária de âmbito municipal [artigos 13.º, n.º 1, alínea c) e 18.º, n.º 1, alínea a) da Lei n.º 159/99, de 14 de setembro, que estabelece a transferência de atribuições e competências para as autarquias locais].

Mais complexo se mostra saber se as freguesias, autarquias locais que correspondem a uma subdivisão de um concelho e que possuem atribuições próprias, podem ser titulares de bens do domínio público infraestrutural rodoviário. Historicamente, poderão tê-lo sido, em virtude da existência de caminhos públicos vicinais, que eram da responsabilidade das juntas de freguesia e que se encontravam previstos no primeiro plano rodoviário aprovado pelo Decreto-Lei n.º 34 593, de 11 de maio de 1945, mas hoje esse diploma encontra-se revogado e a Lei n.º 159/99, de 14 de setembro, não

¹⁶ Em contrapartida, e diversamente do sustentado por ANA RAQUEL MONIZ, *op. cit.*, pp. 234-235, entendemos que os espaços verdes têm total autonomia face às vias rodoviárias, sendo espaços de utilização coletiva com funções de proteção e valorização ambiental, destinados a serem fruídos pelos cidadãos. Neles cabem os parques e os jardins públicos, que correspondem ao conceito de espaços verdes e de utilização coletiva por contraposição ao de infraestruturas viárias, ambos mencionados no artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro, que aprovou o regime jurídico da urbanização e da edificação.

contempla que as freguesias prossigam atribuições, no que respeita a vias de comunicação e transportes. Tudo parece, pois, apontar para que não exista um domínio público rodoviário da freguesia¹⁷, embora, na prática, as freguesias continuem a aprovar regulamentos relativos a caminhos vicinais¹⁸, pelo que, apesar da falta de estribo legal para a sua subsistência, a realidade fática parece infirmar a existência de um domínio público rodoviário da freguesia¹⁹.

Por outro lado, pode inclusive discutir-se se os caminhos vicinais revestem as características necessárias para serem qualificados como infraestruturas, uma vez que, conforme assinalado no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 15 de dezembro de 1983, os caminhos vicinais são “caminhos trilhados no terreno, de terra batida, sem quaisquer infraestruturas, nem serviço de conservação, de acesso a propriedades rústicas” (sublinhado nosso)²⁰, faltando-lhes, pois, a artificialidade ou a lógica transformadora do solo inerentes às infraestruturas rodoviárias..

3. O início e a cessação da dominialidade pública rodoviária

As infraestruturas rodoviárias incorporam-se na dominialidade pública mercê de atuações jurídicas e materiais. Como já vimos, a intervenção

¹⁷ No mesmo sentido, cfr. ANA RAQUEL MONIZ, *op. cit.*, p. 236; Em sentido contrário, JOSÉ MIGUEL SARDINHA, *Domínio público autárquico, caminhos públicos e direito de propriedade privada*, in *Estudos de Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território*, Lisboa, 1997, p. 418. A inexistência de um domínio público rodoviário da freguesia não significa que os respetivos órgãos não tenham competências sobre vias urbanas. De facto, preceitua a alínea ff) do artigo 16.º do Anexo I à Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, “que compete à junta de freguesia “proceder à manutenção e conservação de caminhos, arruamentos e pavimentos pedonais”, mas daí não se deve inferir que se trata de bens pertencentes à freguesia.

¹⁸ V., a título de exemplo, o Aviso n.º 14071, de 8 de julho, mediante o qual foi colocada a consulta pública a proposta de Regulamento dos Caminhos Vicinais da Freguesia de Santa Bárbara de Nexe (disponível em Aviso n.º 14071/2024/2, de 8 de julho | DR).

¹⁹ E igualmente a jurisprudência parece aderir ao entendimento de que os caminhos vicinais continuam a ser uma realidade existente, conforme se pode ver pelo Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 20 de novembro de 2014, proferido no Proc. n.º 4921/09, em que se afirmou que devem ser considerados vicinais todos os caminhos públicos que não forem classificados como municipais, decisão disponível para consulta em Acórdão do Tribunal Central Administrativo.

²⁰ Cfr. Coletânea de Jurisprudência, 1983, V, p. 275.

do legislador é fundamental, num primeiro momento, para determinar o universo de bens suscetível de integrar o domínio público.

Em qualquer caso, não basta a menção na lei para que as estradas nacionais e as estradas regionais entrem na dominialidade pública. É preciso ainda que se produza um ato administrativo de classificação administrativa, entendido como aquele que declara que determinada coisa possui as características próprias de um tipo legalmente definido de bens dominiais²¹, nomeadamente de uma das categorias enunciadas no Plano Rodoviário Nacional²². Ou seja, não basta uma mera *afetação legal ou jurídica*, sendo ainda necessária a prática de um ato a individualizar cada estrada em concreto como tendo uma utilidade pública para que seja adquirida a dominialidade pública.

É também por isso que, no caso das infraestruturas rodoviárias, a classificação administrativa é constitutiva e não meramente verificativa, de acordo com a distinção defendida na doutrina portuguesa por FREITAS DO AMARAL²³. Com efeito, ao contrário do que sucede com coisas que são públicas em função das suas características materiais (e.g. correntes de água navegáveis) ou da afetação atual a um uso direto e imediato do público (e.g. cemitérios), a utilidade pública das infraestruturas rodoviárias depende de um ato administrativo de classificação.

Pode suceder ainda que a classificação das infraestruturas rodoviárias assuma a forma de ato implícito noutro ato, sendo o mais relevante deles o da delimitação. A delimitação é o ato administrativo pelo qual se declara unilateralmente o carácter dominial de um imóvel ou a sua sujeição a uma servidão administrativa e se definem as suas concretas extensões, com fixação dos seus limites face às coisas dos particulares com eles confinantes²⁴. Com efeito, “na delimitação das coisas públicas (...) vai sempre implícita a sua classificação [e] não faria sentido, realmente que se andasse a marcar os limites de uma certa coisa, mediante o processo próprio das coisas do domínio

²¹ Adota-se a noção de classificação administrativa de FREITAS DO AMARAL, *Classificação das coisas públicas*, in *Estudos de Direito Público e Matérias Afins*, I, Coimbra, 2004, p. 563.

²² De assinalar que o sentido de classificação administrativa referido se mostra mais restritivo que aquele que é adotado no Regime Jurídico do Património Imobiliário Público, no qual a classificação abrange não só a definição de efeitos numa situação individual e concreta, mas também aquela que é efetuada pela Constituição e por lei (artigo 14.º).

²³ Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Classificação...*, cit., p. 564.

²⁴ Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Classificação...*, cit., p. 564.

público, se na base de semelhante atitude não estivesse a consideração do carácter dominial dessa coisa que se resolveu delimitar: a figura de uma delimitação não assente na dominialidade seria uma incongruência”²⁵.

É assim que no Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional se prevê expressamente um procedimento administrativo de delimitação do domínio público rodoviário do Estado, sempre que “os limites do domínio público rodoviário do Estado com prédios confinantes não se encontrarem suficientemente definidos nos títulos aquisitivos, por sua iniciativa ou a pedido dos interessados” (artigo 35.º, n.º 1). A delimitação constitui título bastante para efeitos de cadastro do património rodoviário e do registo predial (artigo 35.º, n.º 3)²⁶.

A classificação administrativa traduz-se, como vimos, numa afetação jurídica expressa de uma infraestrutura rodoviária à dominialidade pública, mas pode gerar dúvidas o enunciado do artigo 16.º, n.º 2, do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público sobre se basta a prática de um ato jurídico ou se é necessária uma afetação material para que, efetivamente, se incorpore o bem no domínio público. Isto porque se preceitua na lei: “a eficácia da afetação a que se refere a parte final do número anterior fica dependente da efetiva verificação das utilidades que justificaram a sujeição do bem ao estatuto da dominialidade”.

Ora, a dúvida reside em saber se, uma vez objeto de uma classificação administrativa, as infraestruturas rodoviárias se integram imediatamente no domínio público ou se será ainda necessária a realização de operações

²⁵ Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Classificação...*, cit. p. 564.

²⁶ Não se deve confundir a delimitação com a demarcação consagrada, quer no Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional, quer no Regulamento Geral das Estradas e Caminhos Municipais, em que está em causa a colocação material no terreno de informação sobre as vias rodoviárias. De facto, o Estatuto define a demarcação como “o conjunto de marcas e de marcos implantados ao longo das estradas da rede rodoviária nacional com a finalidade de identificar, delimitar, medir e orientar [artigo 3.º, alínea m)]. Por seu turno, na Secção 1.ª do Capítulo II do mencionado Regulamento, determina-se que “a zona de terreno pertencente a qualquer via municipal é a que tiver sido adquirida para a sua implantação” (artigo 24.º), o que dá a entender que o título aquisitivo é suficientemente claro quanto aos limites da via municipal. E o artigo 26.º estabelece que “a extensão de cada via municipal será determinada e fixada a partir do primeiro ponto extremo que a designa”.: “As estradas e os caminhos municipais serão demarcados; por marcos de origem, quilométricos e de limite de cantão” (artigo 27.º).

materiais para que tal efeito se produza, podendo divisar-se, fundamentalmente, duas posições sobre o tema.

Num primeiro entendimento, considera-se que a afetação fática ou material estabelece a ligação efetiva entre o bem e o fim público a prosseguir, pelo que “o momento da efetiva incorporação do bem no domínio público é o momento da destinação fática do bem, gerando, desse modo, as utilidades que justificam a sua dominialidade”²⁷. Donde que, antes da afetação material efetiva, o bem já se encontra na titularidade da Administração, mas integrado no respetivo domínio privado. E precisamente um dos exemplos dados por esta conceção é o de que apenas com a abertura o público de uma estrada se produz um “ato especial de afetação”²⁸, que gera “a aplicação do imóvel ao fim de utilidade pública justificativo da dominialidade”²⁹.

De acordo com uma segunda visão, que vimos propugnando, não será preciso aguardar que o bem preste a utilidade pública justificadora da sua integração no domínio público, o que acontece com o trânsito nas estradas, bastando a prática de atos de posse, nomeadamente “atuações materiais traduzidas em trabalhos preparatórios da construção de um infraestruturas, tais como a delimitação do terreno para a colocação do estaleiro ou a sua vedação em fase de preparação do terreno, prévia à realização da obra”³⁰. Daí interpretar-se o alcance do enunciado constante do n.º 2 do artigo 16.º (“efetiva verificação das utilidades que justificaram a sujeição do bem ao estatuto da dominialidade”), no sentido de que “a eficácia da afetação jurídica fica dependente da concretização material das utilidades que justificaram a sujeição ao estatuto da dominialidade”³¹, mas sem que isso obrigue a que a infraestrutura rodoviária se encontre em pleno funcionamento³².

²⁷ Cfr. JORGE PAÇÃO, *Comentário ao artigo 16.º*, in *Comentário ao Regime Jurídico do Património Imobiliário Público. Domínio público e domínio privado da Administração*, 2.ª edição, Coimbra, 2022, p. 112.

²⁸ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, II, cit., p. 921.

²⁹ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, II, cit., p. 921.

³⁰ Cfr. JOÃO MIRANDA, *O estatuto dos bens cedidos ao município no âmbito de operações urbanísticas*, in *Questões Atuais de Direito Local*, n.º 14, 2017, p. 50.

³¹ Cfr. JOÃO MIRANDA, *O estatuto...*, cit., p. 50.

³² A jurisprudência administrativa parece ser menos exigente ainda, bastando-se com a mera afetação jurídica para que ocorra a incorporação na dominialidade pública (cfr. neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 7 de novembro de 2011, proferido no Proc. n.º 39 114, publicado em Apêndice ao *Diário da República* de 23 de outubro de 2003,

Independentemente de os bens adquiridos pela Administração e destinados à construção de uma estrada o terem sido por meios de Direito Privado (e.g. compra e venda ou permuta) ou de Direito Público (e.g. expropriação por utilidade pública ou cedência gratuita no âmbito de operações de loteamento urbano ou destinada à redistribuição de benefícios e encargos do plano urbanístico), a verdade é que sempre terá de haver uma atuação material para que se verifique a incorporação na dominialidade pública.

No que tange à cessação da dominialidade de infraestruturas rodoviárias, a principal causa é a desafetação, enquanto fenómeno de perda de ligação entre o bem e a finalidade a que se encontra afeto, ou seja, de desaparecimento da utilidade pública. A desafetação pode ser expressa, se envolver a prática de um ato jurídico desintegrativo da dominialidade pública, ou tácita, se decorrer de uma atuação material da Administração tendo em vista a retirada de dominialidade ao bem ou de uma omissão administrativa de execução de operações materiais para manter o bem no estatuto da dominialidade pública³³. O bem desafetado transita para o domínio privado da Administração.

A desafetação de estradas nacionais encontra-se regulada no Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional, sendo consequência da perda da função rodoviária ou da desnecessidade do estatuto dominial, depende de um despacho governamental (artigo 38.º, n.º 1). O conteúdo do ato de desafetação deve explicitar “a identificação do bem e os fundamentos da decisão, designadamente as razões que justificam a desafetação e o efeito produzido por este ato, bem como a consequente integração no domínio privado do Estado ou no património privado da administração rodoviária, fixando, neste último caso, o regime de alienação ou utilização dos bens imóveis objeto de desafetação” (artigo 38.º, n.º 2). Mas não só porque se limita a possibilidade de integração dos bens desafetados no património privado da administração rodoviária (Infraestruturas de Portugal, S.A.), que pode ocorrer quando os bens desafetados “se destinem a alienação ou a aproveitamento urbanístico ou imobiliário e as verbas a apurar com a respetiva alienação ou utilização sejam afetas prioritariamente, na sua totalidade, à redução da dívida daquela empresa

II, pp. 7605 e ss. e Acórdão do mesmo Tribunal de 26 de junho de 2014, proferido no Proc. n.º 1174/12, disponível para consulta em Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo.

³³ Cfr. JOÃO MIRANDA, *Direito...*, cit., pp. 149-150.

ou destinados a investimentos na conservação, operação, manutenção e modernização das infraestruturas rodoviárias geridas pela mesma” (artigo 38.º, n.º 3). A partir do momento em que a infraestrutura se encontra desafetada, ela entra no comércio jurídico-privado, admitindo-se que a administração rodoviária transmita o direito de propriedade sobre o imóvel ou permaneça proprietária, ainda que viabilizando a constituição de direitos reais menores, designadamente do direito de superfície (artigo 38.º, n.º 4). De notar que a alienação do bem pela administração rodoviária confere aos proprietários confinantes um direito de preferência, embora o legislador se refira impropriamente a um direito de opção (artigo 9.º, n.º 3). O ato de desafetação arrasta consigo a extinção da dominialidade dos bens que com a infraestrutura rodoviária estão material ou funcionalmente conexos e tem o condão de ser título bastante para efeitos de registo predial e inscrição matricial dos bens desafetados, a favor do beneficiário (artigo 38.º, n.º 5).

No que respeita às estradas regionais existentes nas Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, os respetivos diplomas regulando essas infraestruturas – Decreto Legislativo Regional n.º 18/2003/A, de 9 de abril, e Decreto Legislativo Regional n.º 32/2017/M, de 15 de setembro – são totalmente omissos quanto à disciplina da desafetação. Diversamente, tratando-se de estradas municipais, cabendo à Câmara Municipal a administração do património municipal [artigo 33.º, n.º 1, alínea ee) do Anexo à Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro], a deliberação sobre a desafetação é da competência da Assembleia Municipal [artigo 25.º, n.º 1, alínea q) do Anexo da mesma Lei].

O tema da desafetação tácita assume uma relevância especial no caso dos caminhos municipais por ter gerado uma abundante jurisprudência, mas preferimos abordá-lo adiante quando nos referirmos especificamente a essas vias dos municípios.

4. A transferência da titularidade e da administração do domínio público rodoviário

A circulação de bens públicos é uma manifestação da preferência por um modelo de organização administrativa em rede, no qual se estabelecem relações jurídicas interadministrativas de colaboração assentes num princípio

de equiordenação entre sujeitos públicos³⁴, sendo igualmente justificada numa perspectiva de subsidiariedade e de proximidade dos serviços em relação às populações locais³⁵.

A transferência de titularidade da dominialidade pública constitui uma mutação dominial subjetiva pela qual uma estrada que pertencia a uma pessoa coletiva pública passa para outra entidade com a mesma natureza, mantendo, porém, a afetação a uma utilidade pública. No direito português, considerando que o legislador do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público estabeleceu que a titularidade de imóveis do domínio público apenas pode pertencer a pessoas coletivas públicas de base territorial³⁶ – Estado, regiões autónomas e autarquias locais –, a circulação de bens dominiais está circunscrita a estas entidades.

A situação mais frequente ocorre por via da desclassificação de estradas nacionais, que passam a integrar o património dos municípios. A matéria encontra-se expressamente regulada no Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional, que prevê a sua aplicabilidade em relação às estradas nacionais desclassificadas, mas ainda não entregues aos municípios [artigo 2.º, n.º 2, alínea b)], o que pressupõe que a transferência da titularidade só se efetiva, quando as referidas autarquias exercem a posse sobre as estradas e não pela prática do simples ato jurídico-formal de desclassificação. Ou, pelo menos, a estrada desclassificada encontra-se num limbo por ter deixado de integrar a rede rodoviária nacional [artigo 3.º, alínea q)], mas ainda não pertence ao município, sendo o Estado o responsável por garantir a sua conservação e manutenção em funcionamento³⁷. A desclassificação aqui

³⁴ Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos interadministrativos*, Coimbra, 2011, pp. 25 e ss.

³⁵ Cfr. JOÃO MIRANDA, *Direito...*, cit., p. 34.

³⁶ Trata-se de uma opção do legislador ordinário, que não era imposta pelo artigo 84.º da Constituição portuguesa, que deixara em aberto a possibilidade de outras entidades públicas serem titulares de bens do domínio público.

³⁷ O Plano Rodoviário Nacional de 1985, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 380/85, de 26 de setembro, determinava no artigo 13.º, n.º 1, que “no prazo de 6 meses, o Governo aprovará o diploma regulamentador da rede municipal”, diploma que nunca chegou, no entanto, a ser editado, o que suscitou a dúvida de saber se bastava a desclassificação efetuada por aquele plano. A questão chegou a ser julgada pelo Supremo Tribunal Administrativo em Acórdão de 27 de outubro de 2016, proferido no Proc. n.º 1048/15, disponível para consulta em Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, no qual se considerou que, atendendo à redação do n.º 2 do artigo 13.º do mencionado diploma legal, em que se refere a integração no domínio público municipal em consequência do plano rodoviário municipal, se deveria entender que

descrita não põe em causa a natureza dominial do bem, operando apenas uma transferência de titularidade e a passagem ao regime aplicável às estradas municipais, não se confundindo com uma desclassificação legal ou singular através da qual uma categoria de bens ou um bem em concreto deixa de integrar a dominialidade pública e passa a ser qualificado como bem do domínio privado da Administração. Por outro lado, a lei prevê ainda uma situação concreta em que se verifica a desclassificação de um troço da estrada: quando se mantendo a função rodoviária, é construída uma qualquer variante a substituir aquele troço, caso em que este deve ser entregue ao município (artigo 9.º, n.ºs 1 e 2).

O regime aplicável à mutação dominial ora descrita encontra-se refletido no artigo 40.º do Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional, no qual se exige um acordo de vontades entre a administração rodoviária – presentemente a Infraestruturas de Portugal, S.A., enquanto concessionária da rede – e os municípios, sem o qual a transferência de titularidade não se pode operar³⁸. Aspeto que não surge esclarecido no Estatuto é o de saber se é devida alguma compensação, o que pode suscitar dúvidas, em virtude de o artigo 24.º do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público remeter para o regime previsto no Código das Expropriações, que, por sua vez, prescreve no artigo 6.º, n.ºs 1 e 2, o direito a uma compensação das pessoas coletivas públicas pelos prejuízos resultantes da afetação definitiva dos seus bens de domínio

tal resultado se produziu logo *ope legis*. Em sentido antagónico, pronunciou-se o Tribunal Central Administrativo Sul em Acórdão de 26 de fevereiro de 2015, prolatado no Proc. n.º 4554/08, disponível para consulta em Acórdão do Tribunal Central Administrativo, no qual se assinalou: “O Plano Rodoviário Nacional instituído pelo DL 380/85 de 26.9 (PNR/85) não contém nenhuma habilitação legal legitimadora e suficientemente densificada que permita à Administração proceder a mutações dominiais do domínio público estadual rodoviário para o domínio público autárquico, concretamente no que tange às estradas que integram a rede complementar - outras estradas”. Na nossa ótica, a segunda decisão afigura-se mais acertada e será sempre necessário um acordo ou um auto de transferência para que o imóvel se integre no domínio público municipal, como, de resto, o legislador do Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional parece agora impor, não bastando uma simples transferência determinada por lei.

³⁸ Em termos procedimentais, exigem-se, do lado do município, a autorização prévia da assembleia municipal e, do lado do Estado, a aprovação pelo Instituto da Mobilidade e dos Transportes Terrestres, I.P. e a homologação do acordo pelo membro do Governo responsável pela área das infraestruturas rodoviárias (artigo 40.º, n.º 2, do Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional).

público a outros fins de utilidade pública, sendo, na falta de acordo o montante fixado por arbitragem. Ora, a interpretação que se afigura mais correta é a de considerar que, se houver acordo quanto à inexistência de uma compensação financeira ou quanto ao seu valor entre as duas pessoas coletivas públicas – Estado e município –, nem sequer são convocadas as disposições do Código das Expropriações³⁹.

Acresce a tudo isto que as mutações dominiais de estradas no ordenamento jurídico português se vêm processando por ato legislativo, o que torna inaplicável o regime do artigo 6.º do Código das Expropriações, dado que as normas contidas nesse ato legislativo sempre prevaleceriam por serem especiais face às normas gerais do Código⁴⁰. E, na realidade, as mutações dominiais de estradas, com passagem da titularidade do Estado para os municípios foram determinadas, em primeira linha, pela Lei-Quadro da transferência de competências para as autarquias locais e para as entidades intermunicipais, aprovada pela Lei n.º 50/2018, de 16 de agosto, que transferiu para os municípios uma parte substancial das estradas localizadas nos perímetros urbanos e dos equipamentos e infraestruturas nelas integradas (artigo 21.º)⁴¹, e, depois, concretizadas por via do Decreto-Lei n.º 100/2018, de 28 de novembro⁴², que transferiu competências para os órgãos municipais no domínio das vias de comunicação.

Ressaltam, em especial, do regime do Decreto-Lei n.º 100/2018, de 28 de novembro, as seguintes regras concretizadoras:

a) são considerados troços de estrada em perímetros urbanos, como tal identificados em carta de uso e ocupação do solo, aqueles em que se verifique a utilização local da estrada como suporte da relação humana, social e

³⁹ No mesmo sentido, MARCO CAPITÃO FERREIRA / JORGE PAÇÃO, *Comentário ao artigo 24.º*, in *Comentário ao Regime Jurídico do Património Imobiliário Público. Domínio Público e Domínio Privado da Administração*, 2.ª edição, Lisboa, 2022, p. 164.

⁴⁰ No mesmo sentido, MARCO CAPITÃO FERREIRA / JORGE PAÇÃO, *Comentário...*, cit., p. 164.

⁴¹ Ficaram excluídos os troços de estrada explorados em regime de concessão ou subconcessão à data da entrada em vigor da Lei n.º 50/2018, de 16 de agosto, durante o período em que se mantiver essa exploração, os troços de estradas ou estradas que integram um itinerário principal ou um itinerário complementar, assim como o canal técnico rodoviário (artigo 21.º, n.º 1).

⁴² Com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 114/2025, de 24 de outubro.

económica, que se equipara ou prevalece sobre a utilização pelo tráfego de atravessamento (artigo 5.º, n.º 1);

b) é promovido o acordo de mutação dominial entre a Infraestruturas de Portugal, S.A. e os municípios relativamente às estradas desclassificadas pelo Plano rodoviário Nacional e os troços substituídos por variantes ainda não entregues ao município (artigo 6.º);

c) existe um procedimento-regra para as mutações dominiais com intervenção do Governo, pelo lado do Estado, e da Câmara e da Assembleia Municipais, pela parte do município, sendo que, na falta de acordo quanto à mutação dominial apenas é transferida para os municípios a competência de gestão dos troços de estrada e dos equipamentos e infraestruturas neles integrados (artigo 7.º);

d) a par do procedimento administrativo anterior, contempla-se ainda uma mutação dominial simplificada, por iniciativa do município, circunscrita às estradas localizadas nos perímetros urbanos, em que o município prescinde dos recursos financeiros para fazer face às despesas de manutenção, conservação e reparação da zona da estrada, sendo a cobertura destes custos assegurada através dos meios financeiros municipais, dependente, em qualquer caso, da celebração de um acordo entre a Infraestruturas de Portugal, S.A. e o município (artigo 7.º-A).

Além das situações de transferência da titularidade sobre infraestruturas rodoviárias, pode ocorrer igualmente que a administração e a gestão sejam atribuídas a uma entidade que não é titular das mesmas. Desde logo, no caso da rede rodoviária nacional, a gestão da rede foi concessionada pelo Estado à Infraestruturas de Portugal, S.A., traduzindo-se na atribuição a esta entidade da conceção, projeto, construção, financiamento, conservação, exploração, requalificação e modernização da Rede Rodoviária Nacional (artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 91/2015, de 29 de maio, e artigo 11.º, n.º 4, do Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional), bem como de tarefas de demarcação da medição ou quilometragem da estrada, na utilização do canal técnico rodoviário para instalação de redes públicas de comunicações eletrónicas, de exploração e concessão das áreas de serviço, de licenciamento da implantação dos postos de abastecimento de combustíveis e de fiscalização administrativa (respetivamente, artigos 13.º, n.º 1, 15.º, n.º 3, 21.º, n.º 1, e 43.º do Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional). E o Estado e a concessionária podem subconcessionar a gestão em entidades gestoras de

infraestruturas rodoviárias, que assumem, entre outras, nos termos da lei e de contrato responsabilidades de conservação das infraestruturas [artigo 3.º, alíneas l) e p) e artigo 11.º, n.º 4, do Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional].

Por outro lado, o já citado Decreto-Lei n.º 100/2018, de 28 de novembro, prevê a possibilidade de transferência somente da gestão para os municípios de troços de infraestruturas rodoviárias, quando não exista acordo para a mutação dominial (artigo 7.º, n.ºs 7 e 8), nela não se incluindo as funções de manutenção, de conservação e de reparação da zona da estrada (artigo 9.º, n.º 2). É uma opção legislativa que se saúda, porque pode haver municípios que não pretendam definitivamente ficar titulares de infraestruturas, preferindo assumir apenas a sua administração.

5. A utilização do domínio público infraestrutural rodoviário

As infraestruturas rodoviárias podem, à semelhança da generalidade dos bens do domínio público, ser objeto de um uso comum ou de um uso privativo. O uso comum tem de ser conforme ao destino principal destas infraestruturas, que é o trânsito público de veículos, enquanto o uso privativo visa uma utilização para fins diversos.

O uso comum das infraestruturas rodoviárias pode desdobrar-se em uso ordinário e em uso extraordinário. O primeiro caracteriza-se pela observância de um conjunto de princípios gerais, entre os quais sobressaem os da generalidade (indeterminabilidade dos sujeitos que podem conferir das vantagens conferidas pelos bens dominiais), da liberdade (admissibilidade de todos poderem fruir dos bens), da igualdade (o acesso e a utilização não podem envolver discriminações entre utilizadores) e da tolerância mútua (o uso de cada sujeito não pode prejudicar o uso pelos outros sujeitos)⁴³.

Todavia, isso não impede que estes princípios sejam afastados em determinadas situações. Desde logo, isso acontece devido à realização de obras ou quando, por razões de segurança, é suspenso ou condicionado o trânsito, ou é permitida a utilização, em casos excecionais, para fins diferentes (artigo 46.º, n.º 2, do Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional). Também a utilização das estradas por “veículos que, pelas suas dimensões ou

⁴³ Cfr. FREITAS DO AMARAL, *A utilização do domínio público pelos particulares*, Coimbra, 1965, p. 76; JOÃO MIRANDA, *Direito...*, cit., p. 155.

características, possam constituir perigo para a circulação ou para a própria infraestrutura” pode ser condicionada à obtenção de parecer pela entidade gestora da infraestrutura (artigo 47.º, n.º 1, do Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional).

A gratuidade pela utilização das infraestruturas rodoviárias é uma decorrência direta do princípio da liberdade e da indivisibilidade de aproveitamento destes bens (artigo 25.º, n.º 2, do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público). No entanto, a utilização pode ser onerosa, se se considerar que o aproveitamento é divisível e confere uma vantagem especial pela utilização de certas infraestruturas (e.g. pontes e autoestradas), desde que observado o princípio da proporcionalidade, nomeadamente por via da demonstração da existência de alternativas de circulação que não ponham em causa a mobilidade dos cidadãos⁴⁴.

A possibilidade de cobrança de taxas pela utilização de infraestruturas rodoviárias encontra-se presentemente disciplinada no direito português pelo Decreto-Lei n.º 38/2025, de 25 de março, que transpõe a Diretiva EU 2022/361, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de fevereiro de 2022, respeitante à aplicação de imposições aos veículos pela utilização de certas infraestruturas. As portagens não podem ser aplicadas com discriminações em função da nacionalidade (artigo 4.º) e podem compreender taxas de utilização da infraestrutura, de congestionamento e de externalidade (artigo 5.º). A taxa de utilização da infraestrutura baseia-se no princípio do utilizador-pagador, tem por base os custos de construção e os custos de exploração, de manutenção e de desenvolvimento da rede de infraestruturas em causa e pode almejar a recuperação total ou parcial dos custos da infraestrutura (artigo 9.º, n.ºs 1 e 2). Por seu turno, a taxa de congestionamento poderá ser aplicada em troços da rede rodoviária que se encontrem frequentemente congestionados, tendo por base “critérios objetivos relacionados com o nível a que as estradas e suas imediações são afetadas pelo congestionamento, aferido, nomeadamente, pelo atraso médio ou pelo comprimento médio da fila de espera” (artigo 14.º, n.º 2). Finalmente, a taxa de externalidade funda-se em preocupações de natureza ambiental e está “relacionada com o custo da poluição atmosférica, da poluição sonora ou das emissões de CO₂ originadas pelo tráfego, ou qualquer combinação entre estas” (artigo 17.º, n.º 1).

⁴⁴ Cfr. JOÃO MIRANDA, *Direito...*, cit., p. 155.

As infraestruturas rodoviárias podem ser ainda objeto de um uso comum extraordinário, condicionado à prática de um ato autorizativo pela Administração e ao pagamento de taxas, à luz do artigo 26.º do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público. Ilustra isso mesmo a previsão do artigo 8.º, n.º 1, do Código da Estrada, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 114/94, de 3 de maio: “a realização de obras nas vias públicas e a sua utilização para a realização de atividades de carácter desportivo, festivo ou outras que possam afetar o trânsito normal ou colocar restrições ao trânsito dos peões nos passeios só é permitida desde que autorizada pelas entidades competentes, e com a correspondente aplicação local de sinalização temporária e identificação de obstáculos”. Do mesmo passo, implica um uso comum extraordinário o estacionamento de um veículo na via pública, que se encontra sujeito ao pagamento de parquímetro como contrapartida pelo direito pessoal de gozo conferido ao particular.

Importa ainda fazer menção ao tema da existência de usos múltiplos nas infraestruturas rodoviárias, dispondo o artigo 56.º, n.º 1, do Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional, que “o solo, o subsolo e o espaço aéreo da zona da estrada, bem como as infraestruturas nela integradas, podem ser ocupados ou utilizados com equipamentos, materiais ou infraestruturas, desde que tal ocupação ou utilização seja compatível com o uso público viário e não exista prejuízo para as condições de circulação e segurança rodoviárias, bem como para a estabilidade, conservação e exploração da infraestrutura”⁴⁵. Aqui pode suscitar-se a dúvida sobre se se trata ainda de um uso comum extraordinário ou já de um uso privativo. Aparentemente, no caso de utilização do canal técnico rodoviário instalado no subsolo da zona da estrada, em obras de arte ou túneis, constituído por rede de tubagens, condutas, câmaras de visita,

⁴⁵ Também já se tem suscitado na jurisprudência a problemática de saber se há lugar ao pagamento de taxas pelo atravessamento do espaço aéreo da estrada nacional por linha de transporte de eletricidade de muita alta tensão, tendo o Supremo Tribunal Administrativo entendido em decisão proferida em 21 de abril de 2022, no âmbito do Proc. n.º 441/12.0BEBJA, disponível para consulta em Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, que tal não era exigível face ao disposto na alínea e), do n.º 1 do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 13/71, de 23 de janeiro. Este diploma foi, entretanto, revogado pelo Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional, que remeteu no artigo 63.º para portaria a fixação das taxas pela utilização privativa do domínio público rodoviário, e foi editada a Portaria n.º 357/2015, de 14 de outubro, que previu o pagamento de taxas pela ocupação do espaço aéreo [artigo 4.º, alínea b)].

dispositivos e respetivos acessórios, destinado à instalação de cabos de comunicações eletrónicas, equipamentos ou quaisquer recursos de redes de comunicações, bem como dispositivos de derivação, juntas ou outros equipamentos necessários à transmissão de comunicações eletrónicas naquelas redes [artigo 3.º, alínea j) do Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional], o legislador parece qualificar a situação como sendo um uso privativo do domínio público rodoviário (artigo 56.º, n.º 2).

Por outro lado, o que caracteriza o uso privativo é a concessão a um particular da possibilidade de utilização do bem rodoviário para uma finalidade distinta do trânsito público de veículos e nessa medida compreende-se a qualificação efetuada pela citada disposição legal. De resto, esse parece ser o regime aplicável para quaisquer infraestruturas construídas ou instaladas em terrenos do domínio público rodoviário do Estado, destinadas ao uso de terceiros ou a fins não conexos com o uso público rodoviário (artigo 28.º, n.º 4, do Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional).

A utilização privativa de uma estrada integrada na rede rodoviária nacional está dependente de uma permissão atribuída pela Infraestruturas de Portugal, S.A., na qualidade de “administração rodoviária” (artigo 56.º do Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional) e envolve o pagamento de taxas (artigo 63.º do Estatuto).

Finalmente, relacionada com o tema da utilização das infraestruturas rodoviárias encontra-se a questão do acesso às mesmas através das propriedades privadas com aquelas confinantes. Os proprietários têm um direito de acesso, fundado diretamente no artigo 1305.º do Código Civil e ligado à utilidade económica que podem retirar dos respetivos prédios, embora sujeito a um regime jurídico-administrativo. Com efeito, a lei pode proibir ou condicionar o acesso por razões respeitantes à segurança rodoviária, ao ordenamento do território e ao urbanismo, e, naturalmente também, à gestão da própria infraestrutura rodoviária. É neste sentido que o Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional proíbe o acesso a itinerários principais ou complementares e a outras estradas vedadas (artigo 50.º, n.º 1) ou impõe o licenciamento do acesso (artigo 50.º, n.º 5), ou ainda são atribuídos poderes à administração rodoviária para, nomeadamente, alterar as condições da licença ou a localização do acesso ou da ligação à infraestrutura rodoviária (artigo 52.º, n.º 3). Igualmente, o Regulamento Geral das Estradas e Caminhos Municipais estabelece uma disciplina pormenorizada das condições de acesso

das propriedades às vias municipais (artigos 62.º e 63.º), não obstante utilizar a expressão “serventia”, que é equívoca, dado que não se trata de uma servidão administrativa, nem de uma servidão privada, mas antes de uma faculdade inerente ao direito de propriedade, ainda que fortemente sujeita a poderes de conformação administrativa.

6. As servidões administrativas e as restrições de utilidade pública respeitantes ao domínio público rodoviário

A existência de bens dominiais tem também repercussões sobre os bens privados que se acham próximos, no sentido de se poder inclusive referir que há uma disciplina jurídico-administrativa que limita a propriedade privada confinante com as infraestruturas rodoviárias, por razões de interesse público. Isto porque os bens privados se têm de subordinar à finalidade subjacente ao uso público rodoviário e também porque a administração rodoviária tem poderes para influenciar a situação desses bens⁴⁶.

Avultam a este propósito as figuras das servidões administrativas e das restrições de utilidade pública, sendo de convocar os regimes da rede rodoviária nacional e das estradas e caminhos municipais para encontrar ilustrações da realidade em causa.

Relativamente às servidões administrativas, já tivemos oportunidade de escrever anteriormente sobre a sua consagração no Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional noutra publicação, pelo que aproveitamos parte do que então se afirmou⁴⁷. Com efeito, aí se preveem dois tipos de servidão administrativa destinados a proteger os bens dominiais: i) a “Zona de Servidão de Visibilidade”, que é “o espaço em relação ao qual se verificam restrições altimétricas ou volumétricas aos respetivos uso, ocupação e transformação” [artigo 3.º, alínea ww)]; ii) a “Zona de servidão *non aedificandi*”, que engloba “o espaço confinante com a zona da estrada em relação ao qual se verificam

⁴⁶ Para mais desenvolvimentos sobre esta temática, v. JOÃO MIRANDA / JORGE PAÇÃO, *Bens públicos e propriedade privada no sistema jurídico português: servidões, restrições e outros efeitos jurídico-dominiais sobre a propriedade privada*, in *Limitaciones al derecho de propiedad y su indemnización. Estudios sobre la función social de la propiedad*, obra coletiva, Santo Domingo, 2025, pp. 155 e ss.

⁴⁷ Cfr. o citado artigo conjunto com JORGE PAÇÃO, intitulado *Bens públicos e propriedade privada no sistema jurídico português: servidões, restrições e outros efeitos jurídico-dominiais sobre a propriedade privada*, cit., p. 164.

proibições ou condicionantes à edificação, construção, transformação, ocupação e uso do solo”.

As servidões rodoviárias possuem as seguintes características:

- “a) O fundamento da sua existência funda-se na construção, na manutenção, no uso, na exploração e na proteção das estradas (artigo 31.º, n.º 1);
- b) A constituição da servidão rodoviária pode justificar-se por não ser necessária a expropriação e ser necessário utilizar o subsolo ou o espaço aéreo de um prédio privado (artigo 31.º, n.º 4);
- c) A servidão pode ser constituída sobre os prédios correspondentes à área da projeção da infraestrutura no solo ou em superfície superior a esta, caso tal se justifique por razões de carácter técnico, em especial de segurança e tráfego rodoviário, mesmo que o proprietário se tenha oposto ou não tenha dado o seu acordo (artigo 31.º, n.º 5);
- d) A iniciativa para a delimitação das servidões rodoviárias pode partir da administração rodoviária, dos proprietários interessados ou dos municípios (artigo 36º, n.ºs 1 e 2).
- e) As obras ou atividades que decorram dentro das zonas de servidão rodoviária carecem de autorização da Administração rodoviária [artigo 42.º, n.º 2, alínea a)];
- f) A Administração rodoviária dispõe de poderes de polícia para remover ou fazer cessar “situações que perturbem as condições normais de utilização do domínio público rodoviário ou ponham em causa qualquer servidão rodoviária”, que passam por decretar o embargo administrativo e a demolição de construções efetuadas em zonas de servidão *non aedificandi* (artigo 43.º, n.ºs 2 e 3);
- g) A realização de atos de edificação, de transformação, de ocupação e de uso dos bens

compreendidos na zona de servidão *non aedificandi*, insuscetíveis de autorização ou execução e de construções efetuadas dentro da zona de servidão de visibilidade são sancionados como contraordenação (artigo 70.º, n.º 2, alíneas a) e b)]”⁴⁸.

O Estatuto contempla ainda regras específicas para as zonas de servidão administrativa *non aedificandi*:

- “a) As operações urbanísticas de edificação, de construção, de transformação e de ocupação e uso do solo e dos bens compreendidos na zona de servidão ficam sujeitos a autorização da administração rodoviária (artigo 32.º, n.º 1);
- b) A servidão é aprovada em planta parcelar, sendo constituída com a publicação dessa planta e da declaração de aprovação de um estudo prévio de uma estrada da rede rodoviária nacional (artigo 32.º, n.ºs 2 e 3);
- c) A servidão caduca decorridos cinco anos após a respetiva data de constituição, podendo ser prorrogada, uma única vez, por igual período, desde que por razões devidamente fundamentadas e mediante o pagamento de uma justa indemnização (artigo 32.º, n.º 5);
- d) Os atos administrativos que colidam com a constituição das servidões ou com o respetivo regime são cominados com nulidade (artigo 32.º, n.º 13)”⁴⁹.

Por outro lado, no “caso da zona de servidão de visibilidade, a Administração rodoviária goza de um poder discricionário na sua constituição sobre os prédios confinantes e os prédios vizinhos das estradas, situados na proximidade de cruzamentos, curvas ou outros locais potencialmente

⁴⁸ Cfr. JOÃO MIRANDA / JORGE PAÇÃO, *Bens públicos e propriedade...*, cit., pp. 164-165.

⁴⁹ Cfr. JOÃO MIRANDA / JORGE PAÇÃO, *Bens públicos e propriedade...*, cit., p. 165.

perigosos (artigo 33.º, n.º 1). O legislador remete, no entanto, para norma regulamentar os limites da zona de servidão e especifica as restrições ao uso, ocupação e transformação do prédio (artigo 33.º, n.º 2), sendo que este último aspeto nos suscita reservas, uma vez que se trata de matéria de reserva de lei”⁵⁰.

Igualmente, no Regulamento Geral das Estradas e Caminhos Municipais se contempla a existência de servidões administrativas *non aedificandi* e de zonas de servidões de visibilidade, em que não é permitido efetuar qualquer construção nos terrenos marginais às estradas e caminhos municipais e dentro das zonas de visibilidade do interior das concordâncias das ligações ou cruzamentos com outras comunicações rodoviárias, sendo que nas segundas zonas não é sequer permitida a plantação de árvores ou quaisquer espécies arbustivas que possam vir a prejudicar a visibilidade do trânsito (artigo 58.º).

Passando agora às restrições de utilidade pública, isto é, às limitações administrativas de carácter permanente ao conteúdo do direito de propriedade privada para prossecução de interesses da coletividade de natureza genérica, vislumbramos exemplos das mesmas quer a respeito das estradas nacionais, quer das estradas municipais. Assim, no artigo 3.º, alínea vv) do Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional existe uma limitação da propriedade privada, que interfere com os poderes dos proprietários, denominada Zona de respeito, definida como “a faixa de terreno com a largura de 150 m para cada lado e para além do limite externo da zona de servidão *non aedificandi*, na qual é avaliada a influência que as atividades marginais à estrada podem ter na segurança da circulação, na garantia da fluidez do tráfego que nela circula e nas condições ambientais e sanitárias da sua envolvente”. Precisamente porque a zona de respeito ainda se integra no que a lei designa por “área de jurisdição rodoviária” sobre a qual a Administração exerce poderes [artigo 41.º, alínea c)], as ações privadas aí realizadas de carácter industrial, comercial, habitacional, lúdicas e outras que possam influenciar a fluidez do tráfego e a segurança de circulação estão sujeitas a parecer vinculativo da administração rodoviária [artigo 42.º, n.º 2, alínea b)]⁵¹.

⁵⁰ Cfr. JOÃO MIRANDA / JORGE PAÇÃO, *Bens públicos e propriedade...*, cit., p. 166.

⁵¹ O legislador, no entanto, dispensa no artigo 42.º, n.º 3, a obtenção do parecer da administração rodoviária se se tratar de construção integrada em operação de loteamento, o que se compreende por a consulta à entidade externa ao município já se ter produzido antes no âmbito do procedimento administrativo de controlo prévio da operação de loteamento, assim como

Por seu turno, o Regulamento Geral das Estradas e Caminhos Municipais também contempla o estabelecimento de efeitos limitativos dos poderes de gozo do proprietário privado, em razão da proximidade com infraestruturas rodoviárias. Tal pode ter lugar ao nível da colocação de vedações nos terrenos privados confinantes com estradas e caminhos municipais (artigos 59.º e 60.º), da admissibilidade de obras de ampliação ou de modificação de edifícios ou vedações existentes (artigo 61.º) e do licenciamento de obras nas proximidades das estradas municipais (artigos 79.º e seguintes).

7. A proteção do domínio público rodoviário

A Administração dispõe de poderes de autotutela administrativa para proteção do domínio público rodoviário, sem necessidade de ir a tribunal, como sucede com os particulares, que lhe permitem, em especial, exercer poderes de polícia destinados a assegurar a adequada utilização das infraestruturas. A defesa do domínio público não se cinge aos imóveis dominiais, abrangendo também o que ocorre em seu redor, por exemplo para defesa de servidões administrativas⁵².

No caso das estradas nacionais, a panóplia de poderes encontra-se enunciado no artigo 52.º do Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional, avultando: i) a fiscalização do cumprimento da legalidade administrativa; ii) a remoção ou a promoção da cessação, se necessário pelo uso da força, de situações que perturbem a utilização do domínio público rodoviário ou ponham em causa servidões rodoviárias; iii) o embargo e a demolição de construções efetuadas em zonas de servidão *non aedificandi* e em áreas de proteção; iv) a execução coerciva das suas decisões e das decisões judiciais e administrativas; v) a instrução de processo sancionatórios e a aplicação de sanções por violação da lei; vi) a suspensão ou cessação preventivas de ações que ponham em risco a circulação rodoviária ou que ameacem dano para a estrada; vii) a determinação da remoção de ocupações

as infraestruturas de utilização coletiva com uma área de construção inferior a 2000 m2, por se tratar de infraestruturas destinadas à prossecução de um interesse público.

⁵² Cfr. FILIPE BRITO BASTOS, *A defesa administrativa do domínio público: contributo para o estudo dos atos administrativos de autonomia declarativa in rem*, in *Estudos de Direito Administrativo dos Bens*, obra coletiva, Lisboa, 2015, pp. 135 e ss.

indevidas de bens do domínio público; viii) a entrada e ocupação temporária de prédios privados para efeitos de inspeções ou realização de obras urgentes para garantia da segurança rodoviária.

A polícia de proteção do domínio público rodoviária é exercida, no caso das estradas nacionais, a título principal, pela Infraestruturas de Portugal, S.A.⁵³, sem prejuízo dos poderes que possam vir a ser atribuídos às entidades gestoras de infraestruturas rodoviárias, aos municípios ou a outras entidades administrativas (artigo 69.º, n.º 1). Os poderes policiais espalham-se para lá do imóvel rodoviário, incidindo igualmente sobre as áreas de servidão administrativa e das zonas de respeito (artigo 69.º, n.º 2).

Quando ocorra a ofensa do domínio público rodoviário, é prevista a aplicação de sanções criminais e contraordenacionais. Em matéria criminal, determina, a título geral, o artigo 278.º-A, n.º 1, do Código Penal a punibilidade de condutas traduzidas em obras de construção, de reconstrução ou de ampliação em bens do domínio público, o que não se mostra isento de problemas, porque, aparentemente, são deixadas de fora as ações danosas sobre infraestruturas rodoviárias que não se traduzam em operações urbanísticas.

A proteção contraordenacional das estradas nacionais encontra-se, hoje, expressamente regulada no Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional, que tipifica no artigo 70.º um conjunto vasto de infrações gerador da aplicação de sanções contraordenacionais, designadamente, as operações urbanísticas em zona de servidão *non aedificandi* ou em servidão de visibilidade, as ações que interfiram com o solo, o subsolo ou o espaço aéreo da zona da estrada em violação de proibições legais, a instalação de focos luminosos nos prédios vizinhos ou confinantes à estrada, a danificação da sinalização rodoviária ou das infraestruturas de proteção ambiental em domínio público rodoviário, a construção de vedações e obras de contenção não permitidas, a afixação de publicidade sem licenciamento.

Por sua vez, o Regulamento Geral das Estradas e Caminhos Municipais contempla nos artigos 43.º e seguintes igualmente deveres dos

⁵³ Embora no ordenamento jurídico português a titularidade sobre bens dominiais esteja reservada às pessoas coletivas públicas de base territorial, nada impede que a defesa da dominialidade possa ser confiada a uma entidade administrativa privada, que tem maior proximidade e conhecimento técnico para o fazer (cfr., no mesmo sentido, FILIPE BRITO BASTOS, *op. cit.*, pp. 161 e ss.).

proprietários dos prédios confinantes com estradas e caminhos municipais, cuja inobservância pode dar azo à aplicação das sanções administrativas constantes dos artigos 92.º e seguintes do mesmo Regulamento, embora as sanções pecuniárias aí previstas se afigurem desajustadas face à realidade atual.

8. Referência aos caminhos públicos e às vias urbanas

A qualificação como bens dominiais dos caminhos públicos, definidos como os “caminhos que, desde tempos imemoriais, estão no uso direto e imediato do público” (Assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de abril de 1989⁵⁴), no sentido da permanência de uma vantagem proporcionada pelo bem para a comunidade ao longo de um tempo que se prolonga para além da memória dos homens, pode suscitar dúvidas.

Em bom rigor, conforme tem sido afirmado pela jurisprudência, somente integram a dominialidade pública os caminhos públicos que tiverem sido objeto de afetação, mas há outros que permaneceram privados. Isto significa que, na realidade, apenas os primeiros são suscetíveis de constituir bens do domínio público, o que demonstra a necessidade de a dominialidade não resultar exclusivamente da existência de um uso geral ou comum reconhecido aos membros da comunidade, impondo-se também uma apropriação pública por afetação à satisfação de interesses coletivos de carácter geral⁵⁵. Por seu lado, os caminhos não integrados no domínio público são objeto de direitos de uso público a favor da comunidade⁵⁶, aqui se aproximando das servidões por se tratar de onerações sobre prédios privados.

O tema dos caminhos públicos muito pródigo em decisões judiciais por causa de, em muitos casos, se ter suscitado a problemática da ocorrência ou não de uma desafetação tácita, que proporcionou a perda da dominialidade pública com transição do bem para o domínio privado da Administração e

⁵⁴ Disponível para consulta em Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça.

⁵⁵ Cfr., neste sentido, entre outros, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça 13 de janeiro de 2004 (Proc. n.º 3A3433) e de 21 de janeiro de 2014 (Proc. n.º 6662/09.6TBVFR.P1.S2), disponíveis para consulta, respetivamente em Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça.

⁵⁶ Posição sustentada por BERNARDO AZEVEDO, *Servidão de direito público. Contributo para o seu estudo*, Coimbra, 2005, pp. 112 e ss., para todos os caminhos públicos, mas que se nos afigura a mais apropriada apenas para os casos dos caminhos que não estão integrados no domínio público.

posterior possibilidade de reconhecimento da constituição de direitos privados sobre os bens desafetados, nomeadamente através da aquisição da propriedade ou de outros direitos reais por usucapião⁵⁷. Houve alguma oscilação na jurisprudência a este propósito, tendo inicialmente o já citado Assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de abril de 1989, considerado que bastava para que uma coisa fosse pública o uso direto e imediato pelo público desde tempos imemoriais, mas depois consolidou-se uma jurisprudência no sentido de, para que um caminho público possa fazer parte do domínio público, é ainda necessária a existência de atos administrativos implícitos tendo em vista a consagração um destino público mercê de atuações materiais⁵⁸. Ora, na falta de uma afetação jurídica e material do bem pela Administração, fica facilitada a desafetação do domínio público e a admissibilidade de reconhecimento de direitos privados em bens, entretanto, transitados para o domínio privado da Administração.

Uma breve referência também às vias urbanas, que são infraestruturas viárias construídas para assegurar a circulação de pessoas e veículos, bem como o estacionamento, e estão integradas no domínio público municipal. O conceito assim exposto revela-se mais circunscrito do que o de arruamento, entendido como “qualquer via de circulação em solo urbano, usualmente designado por rua ou avenida, podendo ser qualificada como rodoviária ou pedonal, conforme o tipo de utilização, e pública ou privada consoante o título de propriedade”⁵⁹. Com efeito, o arruamento parece ter um espetro de utilização mais amplo e não tem necessariamente de se integrar na propriedade pública, podendo também estar na titularidade privada, quer para utilização exclusiva do proprietário privado, quer estando sujeito a um ónus de utilização coletiva imposto pelo município, nos termos do artigo 22.º, n.ºs 2 e 3, da Lei

⁵⁷ De assinalar, no entanto, que, conforme bem decidiu o Supremo Tribunal de Justiça em Acórdão de 14 de maio de 2019, proferido no Proc. n.º 927/13.0TBMCN.P1.S1, disponível para consulta em Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, a desafetação implica a integração do bem no domínio privado da Administração, mas sem que daí se possa concluir sem mais que o bem pertence à propriedade de particulares.

⁵⁸ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de maio de 2024 (Proc. n.º 215/18.5T8MCN.P1.S1) disponível para consulta em Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça.

⁵⁹ Cfr. *Vocabulário de Termos e Conceitos do Ordenamento do Território*, Direção-Geral do Ordenamento do Território e Desenvolvimento Urbano, Lisboa, 2005, p. 102.

de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo, aprovada pela Lei n.º 31/2014, de 30 de maio.

A delimitação das vias urbanas englobadas no domínio público municipal tem uma expressão física nos planos urbanísticos municipais⁶⁰. Assim, o plano diretor municipal procede à “definição do sistema urbano municipal” [artigo 96.º, n.º 1, alínea g) do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio], o plano de urbanização estabelece “a rede viária estruturante (...), bem como o sistema urbano de circulação, de transporte público e privado e de estacionamento” e “o traçado e o dimensionamento das redes de infraestruturas gerais que estruturam o território, fixando os respetivos espaços-canal, os critérios de localização e de inserção urbanística [artigo 99.º, alíneas b) e d) do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial] e o plano de pormenor procede ao “desenho urbano, exprimindo a definição dos espaços públicos, incluindo os espaços de circulação viária e pedonal e de estacionamento” e à “implantação das redes de infraestruturas, com delimitação objetiva das áreas que lhe são afetadas” [artigo 102.º, n.º 1, alíneas c) e g) do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial].

9. Reflexão final

O Direito das Infraestruturas não se compreende sem se ter em conta a ideia de rede, no sentido de que existem bens funcionalmente ligados entre si para assegurar a mobilidade de pessoas e de bens. As infraestruturas rodoviárias são um dos meios para alcançar esse desiderato, permitindo

⁶⁰ Os planos urbanísticos municipais estão igualmente obrigados a acolher no seu conteúdo as infraestruturas viárias de âmbito supramunicipal, desde logo porque as decisões sobre a localização e a realização de grandes empreendimentos públicos com incidência territorial revestem a natureza de planos setoriais [artigo 39.º, n.º 2, alínea c) do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial] e estes instrumentos prevalecem sobre os planos municipais. Isso mesmo foi decidido pelo Supremo Tribunal Administrativo em Acórdão de 7 de fevereiro de 2006 (Proc. n.º 47545), na vigência do primeiro Regime dos Instrumentos de Gestão Territorial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de setembro, que continha uma disposição similar sobre a tipologia de planos setoriais, em que se afirmou: “Sendo divergentes e inconciliáveis as opções de um plano sectorial e de um plano diretor municipal preexistente, prevalece o plano sectorial, devendo a harmonização normativa fazer-se através da alteração do plano municipal” (cfr. decisão disponível para consulta em Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo).

também criar as condições para que os cidadãos gozem plenamente do direito fundamental de deslocação livre para qualquer parte do território nacional.

A circunstância de, no ordenamento jurídico português, a titularidade das infraestruturas rodoviárias se encontrar repartida por Estado, regiões autónomas e autarquias locais dificulta a enunciação de uma disciplina comum, que, salvaguardando a autonomia político-legislativa regional, procure definir regras aplicáveis em todo o território nacional e encarar estas infraestruturas numa perspetiva de rede harmoniosa, independentemente de qual seja a entidade delas titular. A própria circulação de bens dominiais rodoviários entre as referidas pessoas coletivas públicas seria facilitada, se existisse uma perspetiva de conjunto das infraestruturas rodoviárias, libertando, além do mais, o Estado de funções de administração e gestão das vias, que poderiam ser prosseguidas de forma mais eficiente por entidades infraestaduais.

A complexidade das questões jurídicas suscitada a propósito das infraestruturas rodoviárias não permite num artigo com esta dimensão o seu tratamento de forma esgotante. Muitas ficaram por abordar e apenas num estudo mais desenvolvido se poderia proceder ao adequado desenvolvimento que elas mereceriam. Em qualquer caso, ressalta do presente trabalho que muitos dos problemas analisados têm suscitado um intenso debate doutrinário e jurisprudencial, o que confirma o nosso entendimento sobre a centralidade das temáticas sobre bens públicos na dogmática do Direito Administrativo.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV. – *Comentário ao Regime Jurídico do Património Imobiliário Público. Domínio público e domínio privado da Administração*, 2.^a edição, Coimbra, 2022.

AMARAL, Diogo Freitas do – *A utilização do domínio público pelos particulares*, Coimbra, 1965.

– *Classificação das coisas públicas*, in *Estudos de Direito Público e Matérias Afins*, I, Coimbra, 2004, pp. 563 e ss.

AZEVEDO, Bernardo – *Servidão de direito público. Contributo para o seu estudo*, Coimbra, 2005.

– *Linhas fundamentais por que se rege a disciplina jurídico-normativa aplicável à constituição, gestão e extinção dos bens públicos*, in *Domínio público local*, obra coletiva, Braga, 2006, pp. 41 e ss.

BASTOS, Filipe Brito – *A defesa administrativa do domínio público: contributo para o estudo dos atos administrativos de autonomia declarativa in rem*, in *Estudos de Direito Administrativo dos Bens*, obra coletiva, Lisboa, 2015, pp. 57 e ss.

CAETANO, Marcello – *Manual de Direito Administrativo*, II, 10.^a edição, 5.^a reimpressão, Coimbra, 1994.

CANOTILHO, J.J. Gomes / MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 2007.

DAROCA, Eva Desdentado, *Domínio público viário*, in *Derecho de los Bienes Públicos*, 2.^a edição, Valência, 2009, pp. 923 e ss.

FONSECA, Rui Guerra da – *Comentário à Constituição Portuguesa*, II, Coimbra, 2008.

IRELLI, Vincenzo Cerulli – *Proprietá pubblica e diritti collettivi*, Pádua, 1983.

MIRANDA, João – *O estatuto dos bens cedidos ao município no âmbito de operações urbanísticas*, in *Questões Atuais de Direito Local*, n.º 14, 2017, pp. 29 e ss.

– *Direito Administrativo dos Bens. Introdução à Teoria Geral dos Bens Públicos*, Lisboa, 2021.

MIRANDA, João / PAÇÃO, Jorge – *Bens públicos e cidades: intersecções a partir do sistema jurídico português*, in *Los Bienes Públicos de las Ciudades. XII Encuentro Internacional de Bienes Públicos*, Lima, 2024, pp. 35 e ss.

– *Bens públicos e propriedade privada no sistema jurídico português: servidões, restrições e outros efeitos jurídico-dominiais sobre a propriedade privada*, in *Limitaciones al derecho de propiedad y su indemnización. Estudios sobre la función social de la propiedad*, obra coletiva, Santo Domingo, 2025, pp. 155 e ss.

MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa Anotada*, II, 2.^a edição, Lisboa, 2018.

MONIZ, Ana Raquel – *O domínio público. O critério e o regime jurídico da dominialidade*, Coimbra, 2005.

*Editores: Gerardo García-Álvarez; Julián Pimiento Echeverri;
André Saddy; Patrícia Regina Pinheiro Sampaio; Jorge Pação*

SARDINHA, José Miguel – *Domínio público autárquico, caminhos públicos e direito de propriedade privada*, in *Estudos de Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território*, Lisboa, 1997.

SERVIDUMBRES EN LA INDUSTRIA ELÉCTRICA EN URUGUAY

Augusto Durán Martínez

Catedrático de Procesos Constitucionales en la Facultad de Derecho de la Universidad CLAEH. Ex Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Decano Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Académico de Número Fundador de la Academia Nacional de Derecho del Uruguay. Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en la República Oriental del Uruguay. Vicepresidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo.

Sumario: I. La Propiedad y sus Limitaciones. II. Las Servidumbres en General. III. Servidumbres Administrativas. IV. El Sector Eléctrico. V. Servidumbres en el Sector Eléctrico. Régimen General. VI. Servidumbres para la Generación de Energía Eólica. VII. Servidumbres Relacionadas Con Proyectos de Hidrógeno Verde y Derivados.

I. LA PROPIEDAD Y SUS LIMITACIONES

1. Durante el Antiguo Régimen e incluso antes, en la época feudal, la propiedad no poseía las características que tiene hoy ya que, al menos con relación a los inmuebles, recaían derechos de muchos sujetos.¹

En ese entonces los derechos que ahora identificamos como de propiedad no pertenecían a un solo sujeto sino que se distribuían entre varios. Respecto de la tierra se distinguía el *dominio directo* que incluía el derecho a disponer de la tierra, cobrar rentas y ejercer la autoridad y el *dominio útil* que incluía el derecho a hacer uso de la tierra y a quedarse con los ingresos que ésta generase. También se reconocía el derecho abstracto que todos los monarcas tenían sobre las tierras en Francia, una serie de derechos comunales para determinados propósitos, como pasto o espigueo. También la Iglesia tenía derecho a percibir ciertas tasas sobre la tierra que se consideraban obligaciones más reales que personales.²

¹ LANZIANO, Washington. *Estudios de Derecho Administrativo*. Segunda edición ampliada. Universidad de la República. Facultad de Derecho. Montevideo, 1996, p. 18; HERZOG, Tamar. *Una breve historia del derecho europeo. Los últimos 2500 años*. Alianza Editorial. Madrid, 2019, pp. 264 y ss.

² HERZOG, Tamar. *Una breve...*, pp. 264 y ss.

Eran tantos los sujetos que tenían derechos sobre la tierra que los conflictos eran frecuentes y se dificultaba la compraventa de los terrenos.

Eso cambió radicalmente con la Revolución Francesa.

La Revolución Francesa se propuso terminar con esta situación. Se procuró que los derechos de propiedad debían ser tan completos y libres como fuese posible con un único propietario con el derecho de dirigir, utilizar y percibir ingresos.³

La propiedad es considerada por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 como un derecho inviolable y sagrado y nadie puede ser privado de ella sino por razones de necesidad pública legalmente comprobadas bajo condición de una justa y previa indemnización (artículo 17).

Por su parte, el Código de Napoleón establecerá: “La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses, de la manière la plus absolue, pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.”

Predomina una visión individualista de la propiedad y, conforme a la tradición romana se la caracteriza como un derecho absoluto, exclusivos, permanente o perpetuo.⁴

DEMOLOMBE, al comentar el régimen instaurado por el Código Civil francés, decía que el derecho absoluto comprende el *usus*, el *fructus* y el *abusus*. El carácter exclusivo significa que la propiedad confiere al dueño de la cosa un poder privativo oponible a cualquier otra persona. De esa manera dos personas no pueden tener simultáneamente la propiedad total sobre la misma cosa. Dos personas podrán ser propietarios de parte de una misma cosa o podrá existir una propiedad indivisa, pero dos personas no pueden tener la propiedad total sobre una misma cosa.⁵ El carácter de perpetuo o permanente alude a la duración indefinida del derecho en el tiempo.

³ HERZOG, Tamar. *Una breve...*, pp. 265 y ss.

⁴ VÁZQUEZ, Cristina, “Limitaciones administrativas al derecho de propiedad privada”, en *Revista de derecho público*. F.C.U., Montevideo, 1999, N° 16, p. 55; SAETONE MONTERO, Mariella, “Servidumbres administrativas”, en *Revista de derecho público*. F.C.U., Montevideo, 1999, N° 16, p. 71.

⁵ DEMOLOMBE, Charles. *Cours de Code Napoléon*. Cosse, Marchal et Billard. Paris. Imprimerie Générale. Vol. IX. Tomo 1, pp. 462 y ss.

2. Nuestro país adoptó el régimen de propiedad originario de la Revolución Francesa.

Nuestra primera Constitución codificada, la de 1830, reconoció y tuteló la propiedad aunque no la definió, como no lo hacen la mayoría de las Constituciones.

El Código Civil, aprobado dentro de la vigencia de la Constitución de 1830, definió la propiedad inspirándose claramente en el Código de Napoleón.

En efecto el artículo 486 establece:

“El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho de gozar y disponer de una cosa arbitrariamente, no siendo contra la Ley o contra derecho ajeno.”

3. El mundo evolucionó tomando distancia de la dimensión individualista del derecho de propiedad, a tal punto que muchas Constituciones contemporáneas hablan de la función social de la propiedad. En nuestro país, si bien se ha atenuado la dimensión individual del derecho de propiedad, esta no ha desaparecido y nuestra Constitución no ha llegado, a consagrar una función social de la propiedad. Lo que ocurre es que el ser humano tiene una dimensión individual y una dimensión social. Por eso el derecho de propiedad tiene también una dimensión individual y una dimensión social.

La función social implica que las limitaciones a la propiedad son de principio. En cambio, sostener que la propiedad tiene una dimensión individual y una dimensión social implica admitir limitaciones, pero ellas son la excepción y, por supuesto, deben preverse por ley, en sentido orgánico formal y por razones de interés general⁶.

Nuestro derecho no se ha desatendido de la dimensión individual de la propiedad porque la propiedad es presupuesto de la libertad; sin propiedad

⁶ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “La expropiación en el Uruguay”, en *DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Derecho Administrativo en el primer tercio del siglo XXI. LA LEY Uruguay*. Thomson Reuters. Montevideo, 2024, pp. 10, 30 y ss.; en el mismo sentido RUOCCO, Graciela, “Bienes públicos y limitaciones al derecho de propiedad. Servidumbres, vinculaciones y limitaciones singulares”, en *GARCÍA ALVAREZ, Gerardo/Pimiento Echeverri, Julián A./ALIES RIVAS, Héctor/PASÁO, Jorge (Editores) Limitaciones al derecho de propiedad y su indemnización. Estudios sobre la función social de la propiedad*. XIII Encuentro de la Red Internacional de Bienes Públicos. PUCMM, República Dominicana, 2025, pp.116 y ss.

privada no hay libertad. Y la libertad es uno de los pilares de nuestra Constitución. Por eso nuestro Derecho se preocupa especialmente de tutelar el derecho de propiedad, pero consciente de que ese derecho debe tener límites para que sea posible la vida en sociedad.

4. Más allá de esta evolución aun en épocas en que predominaba una concepción individualista del derecho de propiedad se admitía limitaciones. Y ahora, con mayor razón.

Esas limitaciones exhiben diversos grados de intensidad, desde las más tenues, como las meras restricciones, hasta las más graves como la expropiación, pasando por las intermedias como las servidumbres.⁷

Las meras restricciones afectan el carácter absoluto de la propiedad⁸; las servidumbres afectan el carácter exclusivo;⁹ y la expropiación afecta el carácter de perpetuo o permanente.¹⁰

Nadie discute que la expropiación impone al Estado indemnizar, ya que ella supone la privación de la propiedad de un bien. Es la afectación más grave de la propiedad. Nuestra Constitución impone expresamente la indemnización (artículos 32, 231 y 232).

⁷ DE LA RIVA, Ignacio, “Limitaciones a la propiedad en derecho argentino: ¿Cuándo indemnizar?”, en GARCÍA ALVAREZ, Gerardo/Pimiento Echeverri, Julián A./ALIES RIVAS, Héctor/PACÁO, Jorge (Editores) *Limitaciones al derecho de propiedad y su indemnización. Estudios sobre la función social de la propiedad*. XIII Encuentro de la Red Internacional de Bienes Públicos. PUCMM, República Dominicana, 2025, pp.409 y ss.; BUTELER, Alfonso, “Las restricciones a la propiedad privada por razones urbanísticas y ambientales”, en GARCÍA ALVAREZ, Gerardo/Pimiento Echeverri, Julián A./ALIES RIVAS, Héctor/PASÁO, Jorge (Editores) *Limitaciones al derecho de propiedad y su indemnización. Estudios sobre la función social de la propiedad*. XIII Encuentro de la Red Internacional de Bienes Públicos. PUCMM, República Dominicana, 2025, p. 51.

⁸ MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011, T. IV, p. 34.

⁹ MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de...*, T. IV, p. 68; CASSAGNE, Juan Carlos. *Curso de Derecho Administrativo*. 14ª edición actualizada y ampliada. LA LEY. Thomson Reuters. Buenos Aires, 2024, T. II, p. 141; LABORDE GOÑI, Marcelo, “Las servidumbres en el sector eléctrico uruguayo”, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime/DELPIAZZO RODRÍGUEZ, Carlos/ORTIZ ZAMORA, Luis Alonso/RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen. Tirant lo Blanch, San José, 2025, pp. 487 y ss.

¹⁰ MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de...*, T. IV, p. 107.

Las meras restricciones, por su generalidad y por tratarse de condicionantes normales para el ejercicio natural de la propiedad en una vida en sociedad, en principio no son indemnizables¹¹

En cuanto a las servidumbres, se ha discutido si son o no indemnizables. En Francia impera el principio de la no indemnización de las servidumbres.¹² En Uruguay, GUILLOT MUÑOZ, en la línea de la doctrina mayoritaria francesa, entendió que las servidumbres legales desde que, a su juicio, no menoscababan el derecho de propiedad y se trata de restricciones en interés de todos, en principio no debían ser indemnizables. No obstante, cuando las servidumbres van más allá de las limitaciones naturales del dominio entiende que corresponde la indemnización.¹³ Y SAETTONE compartió la posición de GUILLOT MUÑOZ¹⁴. Por mi parte, participo de las opiniones que consideran que las servidumbres, por lo menos las legales, imponen indemnización.¹⁵ En efecto las servidumbres afectan seriamente la propiedad en su carácter exclusivo y, como se verá más adelante, imponen al que las soporta determinadas obligaciones. Claro que si el bien sobre el que recae la servidumbre es estatal, podría no caber la indemnización. Si alguna compensación económica se efectúa es por una cuestión presupuestal de redistribución de rubros pero no tiene el mismo fundamento que la indemnización que corresponde cuando se afecta la propiedad de un particular.

5. En este estudio referiré únicamente a las servidumbres.

¹¹ SAETTONE MONTERO, Mariella, “Servidumbres...”, loc. cit., p. 71; CASSAGNE, Juan Carlos. *Curso...*, T. II, p. 141.

¹² ALCARAZ, Hubert, “La fuerza del principio de no indemnización de las servidumbres urbanísticas en derecho francés”, en GARCÍA ALVAREZ, Gerardo/Pimiento Echeverri, Julián A./ALIES RIVAS, Héctor/PASÃO, Jorge (Editores) *Limitaciones al derecho de propiedad y su indemnización...*, pp. 457 y ss.

¹³ GUILLOT MUÑOZ, Alvaro. *Comentarios al Código Civil. De las servidumbres*. Segunda edición. Gerónimo Sureda, Editor-Librería “La ocasión”. Montevideo, 1926, pp. 54 y ss.

¹⁴ SAETTONE MONTERO, Mariella, “Servidumbres...”, loc. cit., p. 77.

¹⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. *Curso...*, T. II, p. 141; VÁZQUEZ, Cristina, “Limitaciones administrativas al...”, loc. cit., p. 60; LANZIANO, Washington. *Estudios de Derecho...*, pp. 484 y ss.; SADDY, André y PINHEIRO SAMPAIO, Patrícia Regina, “A servidão administrativa no direito brasileiro” en GARCÍA ALVAREZ, Gerardo/Pimiento Echeverri, Julián A./ALIES RIVAS, Héctor/PASÃO, Jorge (Editores) *Limitaciones al derecho de propiedad y su indemnización...*, pp. 194 y ss.

II. LAS SERVIDUMBRES EN GENERAL

1. En casi todos los países de nuestro universo cultural las servidumbres en general son reguladas por el Código Civil. Nuestro país no es una excepción.

Por eso todos partimos del Código Civil aunque teniendo conciencia de que el régimen jurídico de las servidumbres administrativas presenta algunas variantes.

2. El artículo 550 del Código Civil establece.

“Artículo 550. Servidumbre *predial*, o simplemente *servidumbre* es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño. Se llama predio *sirviente* el que sufre el gravamen y predio *dominante* el que reporta la utilidad. Con respecto al predio dominante la servidumbre se llama *activa* y con respecto al predio sirviente, *pasiva*.”

3. NARVAJA, en sus notas al Código Civil, aclara que este texto se inspira en los Códigos francés, belga, sardo, chileno y proyecto de GOYENA, entre otros, y se aparta del derecho romano, de las Partidas, del Código Prusiano, entre otros.¹⁶ Define el Código la servidumbre, siguiendo los modelos que indica, como un gravamen y se aparta de las otras fuentes que lo definen como un derecho.¹⁷

En realidad, es un gravamen desde la perspectiva del predio sirviente pero es un derecho desde la perspectiva del predio dominante.

GUILLOT MUÑOZ ha explicado que “si el Código ha preferido la definición desde el punto de vista pasivo, es porque la palabra *servidumbre* encierra la idea de servicio, dependencia, sujeción de una cosa a otra; luego,

¹⁶ NARVAJA, Tristán, *Fuentes, Notas y Concordancias del Código Civil de la República Oriental del Uruguay*. Tipolitografía Oriental. Montevideo, MCMX, pp. 107 y ss.

¹⁷ DEL CAMPO, Francisco. *Derecho Civil. 1er. Curso. Bienes*. Vol. 2, F.C.U. Montevideo, 1971, p. 9.

es más lógico y conforme a la naturaleza de ella definirla como un gravamen, que considerarla como un derecho o una utilidad”¹⁸

4. Pacíficamente se entiende que la servidumbre:

- a) constituye un derecho real;¹⁹
- b) supone la coexistencia de dos predios;²⁰

¹⁸ GUILLOT MUÑOZ, Alvaro. *Comentarios...de las servidumbres...*, p. 11.

¹⁹ DEL CAMPO, Francisco. *Derecho Civil...*, loc. cit., p. 9; MARÍÑO LÓPEZ, Andrés. *Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Comentado, anotado y concordado*. Tercera edición actualizada y ampliada. LA LEY Uruguay, Montevideo, 2009, T. I, p. 486; LANZIANO, Washington. *Estudios de Derecho...*, pp. 466 y ss.; MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de...*, T. IV, p. 87; DE LA RIVA, Ignacio, “Limitaciones a la propiedad en...”, loc. cit., p. 415; MIRANDA, João y Pação, Jorge, “Bens públicos e propriedade privada no sistema jurídico português: servidões, restrições e outros efeitos jurídico-dominiais sobre a propriedade privada”, en GARCÍA ALVAREZ, Gerardo/Pimiento Echeverri, Julián A./ALIES RIVAS, Héctor/PASÁO, Jorge (Editores) *Limitaciones al derecho de propiedad y su indemnización. Estudios sobre la función social de la propiedad*. XIII Encuentro de la Red Internacional de Bienes Públicos. PUCMM, República Dominicana, 2025, p. 162; SANTAELLA QUINTERO, Héctor, “Servidumbres prediales y servicios públicos domiciliarios en Colombia: ¿Limitación al derecho real de dominio, delimitación en ejercicio de la función social de la propiedad o expropiación?” en GARCÍA ALVAREZ, Gerardo/Pimiento Echeverri, Julián A./ALIES RIVAS, Héctor/PASÁO, Jorge (Editores) *Limitaciones al derecho de propiedad y su indemnización. Estudios sobre la función social de la propiedad*. XIII Encuentro de la Red Internacional de Bienes Públicos. PUCMM, República Dominicana, 2025, p. 308.; HUAPAYA TAPIA, Ramón, “Régimen de las servidumbres eléctricas en la ley de concesiones eléctricas del Perú”, en GARCÍA ALVAREZ, Gerardo/Pimiento Echeverri, Julián A./ALIES RIVAS, Héctor/PASÁO, Jorge (Editores) *Limitaciones al derecho de propiedad y su indemnización. Estudios sobre la función social de la propiedad*. XIII Encuentro de la Red Internacional de Bienes Públicos. PUCMM, República Dominicana, 2025, p. 347; FLORES Alvaro Bautista, “Los derechos reales administrativos en la República Argentina”, en GARCÍA ALVAREZ, Gerardo/Pimiento Echeverri, Julián A./ALIES RIVAS, Héctor/PASÁO, Jorge (Editores) *Limitaciones al derecho de propiedad y su indemnización. Estudios sobre la función social de la propiedad*. XIII Encuentro de la Red Internacional de Bienes Públicos. PUCMM, República Dominicana, 2025, p. 391. LABORDE GOÑI, Marcelo, “Las servidumbres en el...”, loc. cit., p. 487.

²⁰ DEL CAMPO, Francisco. *Derecho Civil...*, loc. cit., p. 11.

- c) supone que los predios sean de distinto dueño, no es posible una servidumbre sobre bien propio;²¹
- d) supone que esos predios sean vecinos (eso no significa que quede necesariamente al lado sino que la vecindad comprende la cercanía);²²
- e) no afectan la titularidad del bien;²³
- e) implican un gravamen en beneficio de otro predio, en consideración del predio y no de su titular, de manera que sigue al bien en todo cambio de dominio.²⁴

En general se entiende también que constituyen un desmembramiento del dominio.²⁵

5. Entre los distintos tipos de servidumbres destacamos diversas categorías:

- a) las continuas y discontinuas;²⁶
- b) las aparentes y no aparentes;²⁷

²¹ DEL CAMPO, Francisco. *Derecho Civil...*, loc. cit., p. 11; LANZIANO, Washington. *Estudios de Derecho...* p. 450; LABORDE GOÑI, Marcelo, “Las servidumbres en el...”, loc. cit., p. 489.

²² DEL CAMPO, Francisco. *Derecho Civil...*, loc. cit., p. 9

²³ LANZIANO, Washington. *Estudios de Derecho...*, p. 450; DE LA RIVA, Ignacio, “Limitaciones a la propiedad en...”, loc. cit., p. 416.

²⁴ ; DEL CAMPO, Francisco. *Derecho Civil...*, loc. cit., p. 11 y 9.

²⁵ MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de...*, T. IV, p. 68; CASSAGNE, Juan Carlos. *Curso...*, T. II, p. 141; DE LA RIVA, Ignacio, “Limitaciones a la propiedad en...”, loc. cit., p.417.

²⁶ El artículo 551 del Código Civil establece: “Las servidumbres son *continuas o discontinuas*. Las primeras son aquellas cuyo uso es o puede ser incesante, sin necesidad de un hecho actual del hombre, como las servidumbres de luces y otras de la misma especie.

Las segundas son aquellas que se ejercen a intervalos más o menos largos de tiempo y suponen un hecho actual del hombre, como las servidumbres de tránsito y otras de esta clase.”

²⁷ El artículo 552 del Código Civil establece: “Son *aparentes*, las que se anuncian por obras o signos exteriores dispuestos a su uso y aprovechamiento, como una puerta, una ventana, un cauce, u otras semejantes.

Son servidumbres *no aparentes*, las que no presentan signos exteriores de su existencia, como el gravamen de no edificar en cierto lugar, el de no levantar un edificio sino a una altura determinada y otros parecidos.”

c) las legales o voluntarias.²⁸

Las servidumbres legales, según el artículo 556 del Código Civil, “tienen por objeto la utilidad general o de un pueblo o de los particulares.” Si son en beneficio de particulares tiene que existir algún interés público para la constitución de la servidumbre, de lo contrario, a mi juicio, la ley sería inconstitucional.

III. SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS

1. Además de las servidumbres de derecho civil existen las servidumbres administrativas. Estas se rigen por el derecho público.²⁹

2. MARIENHOFF define las servidumbres administrativas como “el derecho real administrativo constituido por el Estado (*lato sensu*)` sobre un bien del dominio privado o del dominio público, con el objeto de que tal bien sea usado por el pueblo en la forma que resulte del acto o hecho constitutivo del gravamen.”³⁰

Tal definición puede ser de recibo pero debe ampliarse a efectos de comprender un uso en beneficio de una entidad estatal, aunque no sea librado al uso público en general.

3. Las servidumbres administrativas son en principio servidumbres legales. Se imponen por ley aunque a veces se requiere su determinación por acto administrativo.³¹ Si bien esto es lo normal, no existen obstáculos jurídicos para que sean impuestas en forma voluntaria.

²⁸ El artículo 555 del Código Civil establece: “Las servidumbres provienen de la ley o de la voluntad de los propietarios.”

²⁹ LANZIANO, Washington. *Estudios de Derecho...*, p. 475.

³⁰ MARIENHOFF Miguel S. *Tratado de...*, T. IV, pp. 65 y 66.

³¹ LANZIANO, Washington. *Estudios de Derecho...*, p. 461.

4. Mientras que en general se entiende que las servidumbres civiles solo pueden ser prediales, se admite que las servidumbres administrativas puedan ser prediales o personales.³²

Las servidumbres personales se establecen en favor de una o más personas, incluso de una comunidad, sin referencia o vinculación alguna a un predio dominante.³³

En las servidumbres administrativas no siempre hay un predio dominante.³⁴

5. Para algunos las servidumbres administrativas solo pueden recaer sobre bienes inmuebles.³⁵ En cambio otros, como MARIANHOFF, estiman que pueden recaer sobre bienes de cualquier naturaleza, sean inmuebles o muebles o incluso inmateriales, como otras servidumbres.³⁶ Participo de esta última opinión. No veo inconveniente en que, si la ley así lo establece, se pueda constituir servidumbres sobre bienes muebles o bienes inmateriales. Incluso estimo que puede recaer sobre un bien del dominio público.³⁷

6. Las servidumbres administrativas imponen en principio obligaciones de *no hacer* o de *dejar de hacer*. Aunque a veces pueden imponer obligaciones de *hacer* como las de conservar o mantener la cosa objeto de la servidumbre.³⁸

³² MARIANHOFF Miguel S. *Tratado de...*, T. IV, p. 74; LANZIANO, Washington. *Estudios de Derecho...*, p. 475; LABORDE GOÑI, Marcelo, “Las servidumbres en...”, loc. cit., p. 489.

³³ LABORDE GOÑI, Marcelo, “Las servidumbres en...”, loc. cit., p. 489.

³⁴ FLORES, Alvaro Bautista, “Los derechos reales...”, loc. cit., p. 391; HUAPAYA TAPIA, Ramón, “Régimen de las servidumbres eléctricas...”, loc. cit., p. 346.

³⁵ LANZIANO, Washington. *Estudios de Derecho...*, p. 452.

³⁶ MARIANHOFF Miguel S. *Tratado de...*, T. IV, p. 74; LEVRERO BOCAGE, Constancio, “Algunas cuestiones sustantivas relativas a las normas generales sobre servidumbres administrativas contenidas en el Código de Aguas” en *Revista Uruguaya de Estudios Administrativos*. Acali Editorial, Montevideo, 1980, Número 1, p. 37.

³⁷ SADDY, André y PINHEIRO SAMPAIO, Patricia Regina, “A servidão administrativa no...”, loc. cit., p. 185.

³⁸ MARIANHOFF Miguel S. *Tratado de...*, T. IV, p. 77; VÁZQUEZ, Cristina, “Limitaciones administrativas...”, loc. cit., p. 59; SADDY, André y PINHEIRO SAMPAIO, Patricia Regina, “A servidão administrativa no...”, loc. cit., p. 185.

7. El sujeto activo de las servidumbres administrativas es siempre una persona pública estatal. No debe confundirse el sujeto activo con los beneficiarios que pueden ser terceros.³⁹

8. No existe una regulación general de las servidumbres administrativas. Esta legislación es sectorial. Hay pues que estudiar las leyes que corresponden a cada sector. En este trabajo me referiré exclusivamente al sector eléctrico.

IV. EL SECTOR ELÉCTRICO

1. “Nada se hace sin energía” expresaba BLANCHET, quien acotó que el propio origen del universo surgió de una explosión de energía.⁴⁰

La energía eléctrica es de especial relevancia para el desarrollo económico y social de la sociedad contemporánea y contribuye en mucho para el logro de una calidad de vida adecuada. Las cuantiosas inversiones que suponen las infraestructuras de la industria eléctrica constituyen un gran dinamizador de la economía.

Por eso el derecho se ha ocupado de regular las distintas etapas de la industria eléctrica.

2. Para comprender bien el régimen jurídico de la industria eléctrica o, más precisamente, de los segmentos del sector eléctrico, es preciso hacerlo bajo tres momentos legislativos distintos y sucesivos.

Esos momentos están conformados por los actos legislativos y reglamentarios que seguidamente se dirá:

a) decreto-ley Nº 14.694, de 1º de setiembre de 1977, conocido como “Ley Nacional de Electricidad” cuyo decreto reglamentario es el Nº 339/979, de 8 de junio de 1979, y el decreto-ley Nº 15.031, de 4 de julio de 1980, “Ley

³⁹ LANZIANO, Washington. *Estudios de Derecho...*, p. 452.

⁴⁰ BLANCHET, Luiz Alberto, “Energia elétrica: produção, consumo e sustentabilidade”, en BACELLAR, FILHO, Romeu Felipe/WUNDER HACHEM, Daniel (Coordenadores). *Direito Público no MERCOSUL. Intervenção estatal. Direitos fundamentais e sustentabilidade*. Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Editora Forum. Belo Horizonte, 2013, p.415.

Orgánica de U.T.E.” cuyo decreto reglamentario es el N° 469/980, de 3 de setiembre de 1980;

b) ley N° 16.211, de 7 de octubre de 1991, conocida como “Ley de Empresas Públicas”;

c) ley N° 16.832, de 17 de junio de 1997, conocida corrientemente como “Ley del Marco Energético”.

A partir de la ley N° 16.832, se puede a su vez distinguir dos momentos:

a) un primer momento en que rige el decreto N° 22/999, de 26 de enero de 1999, reglamentario de la última ley citada;

b) un segundo momento en que el marco reglamentario básico de las actividades de la industria eléctrica está conformado por los siguientes decretos: N° 276/002, de 28 de junio de 2002 (reglamento general del marco regulatorio del sistema eléctrico nacional), N° 277/002, de 28 de junio de 2002 (reglamento de distribución de energía eléctrica, N° 278/002, de 28 de junio de 2002 (reglamento de transmisión de energía eléctrica) y N° 360/002, de 11 de setiembre de 2002 (reglamento del mercado mayorista de energía eléctrica), modificado por el decreto N° 242/023, de 8 de agosto de 2023, entre otros.

Para completar el estudio, se debe tener en cuenta además:

a) la ley de creación de la URSEA, ley N° 17.598, de 13 de diciembre de 2002 y posteriores modificaciones, fundamentalmente los artículos 238 a 255 de la ley N° 19.889, de 9 de julio de 2020;

b) la legislación general sobre derecho de la competencia: ley N° 17.243, de 29 de junio de 2000 (arts. 13, 14 y 15) primero, y ley N° 18.159, de 20 de julio de 2007, después.

Por cierto que para su correcta inteligencia, toda esta normativa debe interpretarse desde la Constitución.

3. No me detendré a analizar esa normativa puesto que ello excede al propósito de este estudio. Me remito a lo que ya he escrito al respecto.⁴¹ Ahora simplemente mencionaré las distintas etapas de la industria eléctrica y el régimen jurídico de cada una de ellas en la actualidad, para después pasar a las servidumbres.

4. Las etapas de la industria eléctrica son: generación, transformación, transmisión y distribución.

“La generación consiste en la actividad de producción de energía eléctrica a partir de los distintos tipos de fuentes.”⁴²

Según la fuente de producción, la energía se clasifica en renovable o no renovable:

“a) Las *renovables* son aquellas que resurgen permanentemente y se obtienen del aprovechamiento de procesos energéticos naturales, como el sol (energía solar), los vientos (energía eólica), los ríos (energía hidráulica) o los bosques (biomasa).

b) Las *no renovables* provienen de recursos naturales que no se regeneran o que se regeneran en forma muy lenta, como el petróleo, el gas natural o el carbón mineral, que se denominan combustibles fósiles, compuestos por restos de organismos que vivieron hace millones de años.”⁴³

No menciono aquí la energía nuclear porque el artículo 27 de la ley N° 16.832, de 17 de junio de 1997 la prohíbe.

La transformación consiste en el cambio de voltaje, en general de alta tensión a baja tensión para su distribución.⁴⁴

⁴¹ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Régimen jurídico de la industria eléctrica en Uruguay. Especial referencia a la energía eólica.”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Derecho Administrativo en el primer tercio...* pp. 891 y ss.

⁴² FERRÉS RUBIO, Rodrigo, “Bases regulatorias de la generación de energía mediante centrales hidroeléctricas en Uruguay”, en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay, Montevideo, 2019, N° 19, p. 135.

⁴³ RUOCCO, Graciela, “Infraestructuras en el sector eléctrico uruguayo”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (Coordinador). *Infraestructuras públicas*. Editorial B de F. Montevideo-Buenos Aires, 2021, p. 138.

⁴⁴ RUOCCO, Graciela, “Infraestructuras en el sector eléctrico...”, loc. cit., p. 136.

La transmisión es el transporte de energía en grandes bloques, a través de redes de alta tensión desde un punto de entrega a un punto de recepción.⁴⁵

La distribución consiste en la entrega de la energía eléctrica a los consumidores a través de redes de baja tensión⁴⁶

5. La generación es una actividad de naturaleza privada. Los particulares la pueden ejercer pero su comercialización debe ser efectuada a través del Despacho Nacional de Cargas (artículo 1 de la ley N° 16.832, de 17 de junio de 1987-*ley de marco energético*).

El ente energético estatal, Usinas de Transmisiones Eléctricas del Estado (UTE), tiene competencia para generar energía pero lo hace en concurrencia con los particulares. También puede generar energía la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, que es un organismo binacional con la República Argentina.

En cambio, conforme a la ley N° 16.832, la transmisión, administración y distribución tendrán el carácter de servicio público en cuanto se destinen total o parcialmente a terceros en forma regular y permanente (artículo 1).

El término *servicio público* está tomado en el sentido que le asigna SAYAGUÉS LASO, es decir para referir a “actividades desarrolladas por entidades estatales o por su mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directamente a los individuos, bajo un régimen de derecho público”.⁴⁷

Estas actividades que constituyen servicio público son de competencia de UTE, pero pueden ser objeto de concesión (artículo 6 del decreto ley N° 14.694, de 1° de setiembre de 1977).

Si esas actividades no se destinan total o parcialmente a terceros y no se desarrollan en forma regular y permanente no constituyen servicio público.

⁴⁵ RUOCCO, Graciela, “Infraestructuras en el sector...”, loc. cit., p. 136; DELPIAZZO, Carlos E. *Derecho administrativo general y especial*. LA LEY Uruguay, Montevideo, 2022, T. IV, Vol. 2, p. 77.

⁴⁶ RUOCCO, Graciela, “Infraestructuras en el sector...”, loc. cit., p. 136; DELPIAZZO, Carlos E. *Derecho administrativo...*, loc. cit., p. 78.

⁴⁷ SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo, 1953, T. I, p. 65.

V. SERVIDUMBRES EN EL SECTOR ELÉCTRICO: RÉGIMEN GENERAL

1. El artículo 26 del decreto ley N° 14.694 establece:

“Artículo 26. La propiedad inmueble que resulte afectada por la construcción, vigilancia y servicios de las líneas de transmisión, así como sus complementos y ampliaciones, queda sujeta a las servidumbres y régimen legal establecidas por el decreto ley 10.383, de 13 de febrero de 1943, en lo pertinente. El suministrador del servicio público, ejercerá la titularidad de los derechos y obligaciones allí establecidos.”

2. De este texto normativo surge claramente.

- a) que se establece una serie de servidumbres legales;
- b) esas servidumbres son las indicadas en el decreto ley 10.383 y sujetas al régimen jurídico allí establecido;
- c) las servidumbres se constituyen para una determinada actividad de la industria eléctrica: la transmisión. Comprenden la construcción, vigilancia y servicios de las líneas de transmisión, así como sus complementos y ampliaciones;
- d) esas servidumbres generan derecho a indemnización.

3. El decreto ley N° 10.383 mencionado determina las servidumbres para la línea de transporte de energía eléctrica de Rincón del Bonete a Montevideo. Por tanto, con el nuevo decreto-ley se asigna abstracción a lo que era una ley de medida, o sea de efectos concretos.

4. Conforme al artículo 1 del decreto ley N° 10.383 esas servidumbres pueden ser:

- a) de ocupación definitiva del área necesaria para las torres, mástiles y soportes de cualquier clase y dimensión;

- b) de limitación del derecho de uso o de goce en la forma y con la amplitud que resulten necesarias para los fines expresados, para la seguridad en general, y para la especial de las obras y cables aéreos;
- c) de estudio, de paso y de ocupación temporaria, sin perjuicio de las demás servidumbres ya establecidas para otras obras públicas y que se declaran vigentes para estas en cuanto sean aplicables.

El inciso final de este artículo establece:

“Las servidumbres a que se refieren los apartados B) y C) serán reglamentadas por el Poder Ejecutivo, el que determinará la extensión de las franjas de terreno en que se limite o prohíba la edificación, la construcción de zanjas, pozos, molinos, antenas, etc., la existencia o plantación de árboles de gran desarrollo, la explotación del suelo en forma que resulte peligrosa o inconveniente, así como la forma en que se impondrán, ejercerán y vigilarán las servidumbres.”

Este artículo fue reglamentado por el decreto N° 23/985, de 23 de enero de 1985.

En cuanto a la indemnización, el artículo 2 del decreto ley N° 10.383 establece:

“Serán indemnizados los daños y perjuicios que sean consecuencia directa, inmediata y necesaria de las servidumbres, sin que la reclamación, por los interesados, pueda impedir o retardar la efectividad de las servidumbres. La Rione fijará la indemnización que corresponda y en caso de no ser aceptada, o de no llegarse a un avenimiento, se estará a lo dispuesto por el artículo 5° de la ley número 9026 de Abril 29 de 1933; rigiendo en cuanto a la competencia la ley número 9722 de Noviembre 18 de 1937 y las que la modifiquen.”

Conforme a este artículo, el beneficiario de la servidumbre fija la indemnización. Si no es aceptada se inicia un procedimiento administrativo regulado por las leyes indicadas en el artículo transcrito precedentemente. A su vez, la ley N° 9.722, por su artículo 2 torna aplicable la ley N° 3.958, de 28 de marzo de 1912.

En definitiva, resulta aplicable al respecto para estas servidumbres el régimen general de las expropiaciones. La servidumbre no es una expropiación ya que no priva el dominio, aunque lo limita seriamente, pero la ley establece el mismo régimen jurídico que el previsto para la expropiación.

Por las remisiones efectuadas y por tratarse de una normativa muy antigua los actos legislativos a los que se remite, el régimen se torna algo confuso.

Al igual que en la expropiación hay una etapa administrativa y, eventualmente, una etapa jurisdiccional.

El decreto N° 343/012 de 23 de octubre de 2012 establece las zonas afectadas para las servidumbres y, dentro de esas zonas, UTE determina las servidumbres a imponer e inicia el procedimiento administrativo correspondiente (artículo 2).

Designados los bienes objeto de las servidumbres por parte de UTE, se formará un expediente por cada bien, con el plano del inmueble y el anteproyecto de la obra.

Con estos elementos, el expediente se pone de manifiesto por el término de 8 días con notificación personal a los propietarios y emplazamiento por edictos en el Diario Oficial y en otro de circulación en el Departamento de ubicación del bien.

Los propietarios de los inmuebles deberán indicar en el acto de notificación o dentro de los ocho días siguientes la existencia de personas que tengan derechos reales o personales consentidos por dicho propietario respecto de la cosa a expropiarse. En caso omiso el propietario incurrirá en responsabilidad.

Durante el manifiesto se podrá analizar el expediente.

Vencido el plazo del manifiesto, el propietario o el poseedor u ocupante del bien tendrán un nuevo plazo de ocho días para, justificando su calidad, formular observaciones (artículo 16 de la ley N° 3.958). No se admitirá oposición a la designación fundada en la improcedencia de la

calificación de necesidad o utilidad pública efectuada por la ley (artículo 16 de la ley N° 3.958). Pero sí se puede observar si la designación está mal hecha si no hay ley que la sustente, si el proyecto de la obra no incluye el bien que se pretende expropiar o si no se incorporó el plano del inmueble, gráfico parcelario o anteproyecto de la obra.⁴⁸

Formuladas las oposiciones serán resueltas por la autoridad competente (artículo 16 de la ley N° 3.958).

La ley prevé asimismo determinados recursos contra esa resolución que, a mi juicio, han quedado derogados por los artículos 317 y 318 de la Constitución por oposición superviniente, por lo que caben los recursos administrativos comunes previstos por estos artículos de la Carta Magna.

Concluida la etapa precedente, se dispondrá notificación a todos los interesados con indicación de la fecha en que se haría efectiva la servidumbre.

Determinada la servidumbre UTE fijará la compensación. Si hay acuerdo se hará efectiva la servidumbre. Si no hay acuerdo, se deberá acudir a la vía jurisdiccional para la fijación de la compensación.

En este procedimiento administrativo puede producirse prueba, la que debe regirse por las reglas del debido proceso, de no producirse así, se configura un vicio susceptible de nulidad. Así lo ha entendido el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

En efecto, en la sentencia N° 383, de 31 de agosto de 2021, recaída en los autos caratulados “VICENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA con ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE USINAS Y TRANSMISIONES ELÉCTRICAS. Acción de nulidad.” (ficha N° 278/2014), el Tribunal de lo Contencioso Administrativo expresó:

“A juicio de los Sres. Ministros Dra. Nilza Salvo, Dr. William Corujo y este redactor, asiste razón a la parte actora con relación a que el acto está viciado de nulidad por haberse incumplido con la garantía que supone el diligenciamiento de la prueba ofrecida.

⁴⁸ ROTONDO TORNARÍA, Felipe. *Manual de Derecho Administrativo. Estudio general y régimen uruguayo*. 12ª edición ampliada y actualizada a 2024. F.C.U. Montevideo, 2024, p.241.

La nulidad por violación de la garantía de defensa, no solamente se halla determinada por la omisión de otorgar vista con anterioridad al dictado de un acto, sino también se encuentra integrada por el derecho de las partes a probar, que integra el debido proceso y el acceso a la Justicia, consagrado con rango internacional y constitucional ampliamente conocido.

El derecho a probar no implica que el administrado tenga necesariamente que ofrecer informes técnicos o pericia, pues no siempre tiene a su alcance esos medios con la misma extensión que la Administración. Debe examinarse la cuestión a la luz de las particularidades de cada caso y no exigir tales medios probatorios cuando la ley no los prevé como requisitos de solemnidad ni únicos mecanismos para acreditar los hechos que interesan al procedimiento o proceso de que se trate.

Se trata de un derecho consagrado en la Constitución dentro de las garantías del debido proceso (y procedimiento).

En tal sentido, la Corporación desde larga data ha sostenido que el derecho a la defensa en vía administrativa, consagrado por los artículos 66 y 72 de la Constitución de la República importa no solamente la posibilidad de efectuar descargos, sino también comprende la facultad de proponer probanzas e implica el derecho a que estas sean diligenciadas cuando legítimamente corresponda. (Cf. Sentencias Nos. 674/2007, 52/2011, 714/2011, 929/2011, 719/2012, 94/2013, 472/2014, 237/2016, 270/2020, 21/2021, entre muchas otras).

Por simples razones de sentido común y razonabilidad, entiende la mayoría que concurre a dictar el presente pronunciamiento anulatorio, que

no puede exigirse siempre a propietarios de inmuebles rurales disponer de los medios para ofrecer pagar informes técnicos o pericias en vía administrativa al oponerse a servidumbres resueltas por la Administración, quien dispone de sus propios medios e intereses. Extremar la exigencia, en estas hipótesis, podría implicar violar también el principio constitucional de igualdad, que no puede desatender la posición de algún modo privilegiada en que se encuentra la Administración frente al administrado.

En el caso, se ofrecieron otros medios, que no se aprecian como manifiestamente impertinentes ni inconducentes y pueden contribuir a la ilustración. Tampoco ha de magnificarse la incidencia de los informes técnicos de funcionarios estatales, que en el plano jurisdiccional anulatorio no constituyen sino antecedentes administrativos e informes de parte.

La Administración pudo disponer de una pericia por sujeto ajeno a los interesados, aún sin ofrecimiento concreto del administrado, para atender adecuadamente la oposición. Por comprensibles que puedan resultar sus previsiones y contemplaciones de otros predios, propietarios y cultivos e incidencia de la servidumbre, en última instancia, sus criterios fácticos y técnicos no pasan de alegaciones, que pueden ser cuestionadas por sujetos a quienes la Constitución garantiza esa posibilidad, en tanto titulares de derechos reconocidos expresamente por la Carta.”

Finalmente el Tribunal concluyó:

“Con tales entendimientos, la mayoría de los integrantes de la Sala entienden que se verificó la

existencia de un vicio de procedimiento que impidió a la parte actora el diligenciamiento de la prueba ofrecida o que se procediera a su rechazo en forma fundada, para así ejercer integralmente su derecho de defensa, todo lo cual irradia de nulidad el acto e impide un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Como consecuencia del presente pronunciamiento, la Administración habrá de ajustar su conducta al fallo anulatorio y reanudar el procedimiento desde la deducción de la oposición, para el eventual y oportuno dictado de otro acto que la resuelva, si no mediaré algún acuerdo con la parte aquí actora.”

5. Si no se acepta la compensación estimada por el Ente tiene lugar la vía jurisdiccional para la fijación de la compensación. Para esto se sigue el procedimiento del juicio ordinario regulado por el Código General del Proceso, el que deberá ser iniciado por UTE.

6. El artículo 3 del decreto ley N° 10.383 establece que cuando como consecuencia de la servidumbre el predio sirviente quedase notablemente depreciado o inadecuado para su edificación o aprovechamiento, el beneficiario por la servidumbre o el propietario del predio gravado podrá solicitar la expropiación.

7. Según se ha visto, la actividad de transmisión puede ser servicio público o actividad privada. Por tanto, cabe preguntarse si estas servidumbres proceden en ambos casos o solo cuando se trata de servicio público.

LABORDE, teniendo en cuenta que el artículo 26 del decreto N° 14.694 alude al suministrador del servicio público, estima que estas servidumbres proceden solo en caso de que la actividad sea servicio público.⁴⁹ Esta opinión me parece compartible.

También se vio que el servicio público, en este caso el de transmisión de energía eléctrica, puede ser prestado directamente por el ente estatal o a través de una concesión. Cabe preguntarse entonces si las servidumbres en estudio proceden en caso de concesión.

⁴⁹ LABORDE GOÑI, Marcelo, “Las servidumbres...”, loc. cit., p. 497.

A mi juicio se impone una respuesta afirmativa, puesto que el artículo 26 del decreto ley N° 14.694 alude genéricamente al suministrador del servicio público, sin distinguir si se trata del ente estatal o de un concesionario.

8. Para finalizar con el régimen general es preciso una mención al artículo 24 del decreto ley N° 14.694.

Este artículo establece:

“Artículo 24. Los edificios sobre cuyos frentes sea necesario pasar o fijar líneas de distribución de energía eléctrica, quedan sujetos a la servidumbre respectiva con carácter gratuito.

Los bienes de dominio o uso público, ya sean de carácter nacional o municipal, y los terrenos particulares existentes en zonas no edificadas, quedan sujetos a la servidumbre respectiva con carácter gratuito en cuanto sea necesario para la ejecución de las obras de instalación, puesta en funcionamiento, mantenimiento de líneas aéreas y subterráneas y su permanencia en el espacio o subsuelo.”

Como se percibe, la ley emplea aquí el término servidumbre y, para esos casos establece que serán gratuitas.

Conforme a lo ya expresado, estimo que todas las servidumbres que afectan a particulares requieren indemnización. No obstante, en este caso LABORDE se pregunta si en verdad estamos no ante una servidumbre sino ante una mera restricción administrativa.⁵⁰

En verdad NARVAJA, en sus comentarios al Código Civil, entendió que las servidumbres legales no son propiamente servidumbres sino meras restricciones administrativas.⁵¹

Creo que esta afirmación de nuestro codificador no puede aceptarse con esa generalidad ya que algunas de las servidumbres legales que enumera el Código Civil son, efectivamente, meras restricciones administrativas, pero otras son verdaderas servidumbres.

⁵⁰ LABORDE GOÑI, Marcelo, “Las servidumbres...”, loc. cit., p. 501.

⁵¹ NARVAJA, Tristán. *Fuentes, notas y concordancias...*, pp. 108 y ss.

En definitiva lo importante es determinar la entidad de la afectación pues si ella es de tal gravedad que desnaturaliza o perjudica seriamente a la propiedad cabe la indemnización, de lo contrario, no procede.

Por supuesto que si el bien gravado es de una entidad estatal la falta de compensación no plantea problema jurídico alguno.

Asimismo podría plantearse la duda si este artículo 24 se aplica solo a la transmisión servicio público o también cuando ella es actividad privada. Coincido con LABORDE por las razones por él indicadas que solo se aplica al servicio público.⁵² Una interpretación contextual de la ley y los reglamentos imponen esta solución.

También corresponde tener en cuenta el artículo 25 del mismo decreto ley. Este artículo establece:

“Artículo 25. Las obras a que se refiere el artículo anterior, deberán ser ejecutadas de manera de prevenir todo peligro para las personas y las cosas, evitando perjuicios a la propiedad y conciliando con los derechos del propietario.

En todo caso se dejará a salvo la acción por daños y perjuicios.

En caso de retirarse las instalaciones de que se trata, se deberá reponer la propiedad a su primitivo estado. Las instalaciones de los suministradores del servicio público de electricidad, deberán observar, en lo pertinente, las disposiciones de las Intendencias Municipales.”

Aquí sí se prevé la indemnización. Pero no por la servidumbre en sí sino por daños causados por obras relacionadas con dichas servidumbres. Este artículo es correctísimo, recoge una solución de principio, tal vez innecesaria pero no está de más que se reconozca expresamente la procedencia de la indemnización.

9. En caso de que el propietario del predio gravado por una servidumbre constituida legalmente negare la entrada al predio al personal encargado de ejecutar las tareas correspondientes, la ley prevé un procedimiento especial para dilucidar el punto.

En efecto, el artículo 24 de la ley N° 16.832, de 17 de junio de 1997, establece:

⁵² LABORDE GOÑI, Marcelo, “Las servidumbres...”, loc. cit., pp. 500 y ss.

“Artículo 24

Si el propietario del inmueble gravado por una servidumbre impuesta en favor de una línea de conducción eléctrica, legalmente constituida conforme a lo dispuesto por la presente ley y por el decreto-ley N° 10.383, de 13 de febrero de 1943, negare la entrada del mismo al personal encargado de ejecutar las tareas encaminadas a hacerla efectiva, el suministrador del servicio público de electricidad solicitará al Juez de Paz competente la orden para ingresar al inmueble gravado a fin de hacer efectiva la servidumbre.

El suministrador del servicio público de electricidad deberá acreditar en su solicitud:

- A) La legitimidad invocada.
- B) El decreto del Poder Ejecutivo que determina las servidumbres a constituirse.
- C) La resolución del suministrador del servicio público de electricidad que designa a los predios afectados por servidumbres.
- D) La constancia que la referida resolución fue debidamente notificada conforme a lo dispuesto por la Ley N° 9.722, de 10 de noviembre de 1937.
- E) Los planos parcelarios de la línea a construir debidamente inscritos en la Dirección General del Catastro Nacional y Administración de Inmuebles del Estado.”

10. Todos los actos administrativos dictados en el ámbito de los procedimientos administrativos relativos a las servidumbres pueden ser impugnados con los recursos administrativos previstos en el artículo 317 de la Constitución y con la acción de nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa de anulación.

VI. SERVIDUMBRES PARA LA GENERACIÓN DE ENERGÍA EÓLICA

1. A partir de la ley del Marco Energético, Uruguay ha fomentado la generación privada de energía de fuentes renovables, en particular la eólica, la solar y de biomasa. Es que Uruguay se encuentra en una situación privilegiada por sus condiciones naturales para la producción de este tipo de energía, además de la hidráulica.⁵³

La producción de este tipo de energía, además, tiene la ventaja de no perjudicar el medio ambiente.⁵⁴ Y la de biomasa, además, produce un efecto positivo adicional, porque supone utilizar los residuos de la industria de la madera, que de otro modo quedarían en el suelo produciendo una gran contaminación.

Es importante en este aspecto tener en cuenta la ley N° 18.597, de 21 de setiembre de 2009 (artículo 1), en cuanto declaró de interés nacional el uso eficiente de la energía con el propósito de contribuir con la competitividad de la economía nacional, el desarrollo sostenible del país y reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en los términos establecidos por el Convenio Marco de las Naciones Unidas para el cambio climático aprobado por la ley N° 16.517, de 22 de junio de 1994.

También importa tener presente la ley N° 18.585, de 18 de setiembre de 2009, que declaró de interés nacional la investigación, el desarrollo y la formación en el uso de la energía solar térmica (artículo 1) y faculta al Poder Ejecutivo a conceder las exoneraciones previstas en la ley N° 16.906 de 7 de enero de 1998 (ley de Promoción de Inversiones), para la fabricación, implementación y utilización efectiva de la misma (artículo 2).

Con estas leyes se acude a diversos institutos de administración de fomento a fin de alentar la actividad privada en el sector.⁵⁵

⁵³ RUOCCO, Graciela, “Infraestructuras en el sector...”, loc. cit., p. 137.

⁵⁴ En realidad con relación a la energía hidráulica esta afirmación es correcta en cuanto a las pequeñas plantas generadoras, pero la construcción de las grandes represas pueden provocar impactos graves en el medio ambiente. BLANCHET, Luiz Alberto, “Energía eléctrica...”, loc. cit., pp. 442 y ss.

⁵⁵ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Régimen jurídico...”, loc. cit., pp. 907 y ss.

2. Al amparo del marco legislativo ya señalado el Poder Ejecutivo, a los efectos de incentivar la generación privada de energía a partir de fuentes renovables, comenzó a impartir directivas mediante decreto para que UTE comprara energía eléctrica a esos generadores privados.

Algunos de esos decretos, como el N° 395/005, de 7 de octubre de 2005, no refieren a una fuente de producción de energía en particular. Otros como el N° 77/006, de 13 de marzo de 2006, promueven la compra a generadores que produzcan la energía eléctrica a partir de fuentes eólicas, de biomasa o de pequeñas centrales hidráulicas.

Con relación a la energía eólica se elaboró el “Mapa Eólico del Uruguay”, a los fines de la promoción de la explotación de este recurso energético (decreto N° 258/009, de 1° de junio de 2009).

Este trabajo se realizó como consecuencia de un convenio firmado entre el Ministerio de Industria, Energía y Minería y la Universidad de la República (RESULTANDO II del decreto N° 258/009).

Conforme a lo expresando, el RESULTANDO III de ese decreto, “el ‘Mapa Eólico del Uruguay’ es una herramienta que asigna a determinada altura sobre el nivel del terreno de cada región del país una velocidad media anual de vientos y este resultado se obtiene del conocimiento de la topografía del terreno, de la utilización de mediciones de series históricas de vientos a diferentes alturas, en diferentes puntos del país y de la aplicación de modelos matemáticos que describen el flujo del aire sobre el terreno.”

Por este decreto se establece un sistema de prioridades para la explotación de este recurso. Toda persona pública o privada, nacional o extranjera que aporte en forma voluntaria una serie de velocidades de vientos que la Dirección Nacional de Energía y Tecnología Nuclear considere adecuada y necesaria para la realización del mapa, tendrá prioridad para la explotación en una región de un radio de tres kilómetros alrededor del punto de medida (artículo 1).

Por otra parte, por decreto N° 403/009, de 24 de agosto de 2009, se impartió directivas a UTE para promover la celebración de contratos especiales de compraventa de energía con generadores instalados en el país de fuente eólica.

3. Además, la ley N° 18.362, de 6 de octubre de 2008, calificó “de utilidad pública” la generación de energía eléctrica de fuente eólica y las

afectaciones sobre bienes inmuebles necesarias para desarrollar las actividades vinculadas a dicha generación” (artículo 241).

El término *afectación* empleado en la ley es comprensivo tanto de las expropiaciones como de las servidumbres.⁵⁶

Estas servidumbres benefician tanto a los generadores públicos como a los privados.

4. El artículo 242 prevé las siguientes servidumbres;

- a) de estudio, que comprende el libre acceso a predios para efectuar las labores necesarias para la medición de los vientos y reconocimiento de suelos;
- b) de ocupación temporaria, que comprende el emplazamiento y circulación de maquinarias y vehículos, así como el emplazamiento de obradores, por el tiempo que resulte necesario para la instalación y puesta en funcionamiento del parque eólico, el cual se explicitará en el proyecto respectivo;
- c) de ocupación definitiva, que se extenderá mientras el parque eólico se encuentre operativo y comprenderá el espacio necesario para la ubicación de los aerogeneradores de energía eléctrica, así como la instalación destinada al funcionamiento y operación de los mismos, incluyendo el tendido de líneas aéreas o subterráneas;
- d) de paso definitiva destinada a permitir el acceso a todas las instalaciones del parque eólico por el lugar más favorable para el adecuado cumplimiento de la actividad de generación;
- e) de vuelo del aerogenerador, que comprende el espacio aéreo necesario para garantizar el funcionamiento adecuado de cada aerogenerador.

El artículo 243 de esta ley comete a la reglamentación dictada por el Poder Ejecutivo la fijación de la extensión de las franjas de terreno necesarias para las servidumbres.

5. Las servidumbres de ocupación temporaria, de ocupación definitiva, de paso definitiva y de vuelo del aerogenerador son impuestas por el Poder Ejecutivo previo procedimiento instruido en el Ministerio de Industria, Energía y Minería con las solicitudes pertinentes.

⁵⁶ RUOCCO, Graciela, “Infraestructuras en el sector...”, loc. cit., p. 141.

Las solicitudes deben ser formuladas por el autorizado para la generación de energía eléctrica en la zona y deberá acompañar la descripción del proyecto respectivo. En dicho expediente se deberá notificar a los propietarios de los predios (artículo 244).

La servidumbre se hará efectiva una vez que se acredite el pago de la indemnización provisoria que es fijada por el Ministerio.

Las servidumbres de estudio también son impuestas por el Poder Ejecutivo siguiendo el mismo procedimiento que las otras. Pero aquí la ley no hace mención alguna a la indemnización provisoria (artículo 245).

6. Previo a la decisión del Poder Ejecutivo se deberá dar vista a los interesados por un plazo improrrogable de treinta días (artículo 246).

Si no hay acuerdo en cuanto a la indemnización se acudirá a la vía judicial ante el Juzgado de Paz del lugar de la ubicación del inmueble (artículos 248 y 249).

7. Los actos administrativos dictados en estos procedimientos son susceptibles de los recursos administrativos y de la acción de nulidad previstos respectivamente en los artículos 317 y 309 de la Constitución.

VII. SERVIDUMBRES RELACIONADAS CON PROYECTOS DE HIDRÓGENO VERDE Y DERIVADOS

1. El hidrógeno verde se extrae del agua usando energía eléctrica de fuentes renovables. No genera emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI) por lo que se la ve como la energía predominante en el futuro. Se emplea para la generación de energía eléctrica, para uso industrial, para combustible de aviación, de buques, trenes y transporte automotor.⁵⁷

2. La preocupación en Uruguay por el hidrógeno verde es relativamente reciente.

⁵⁷ DELPIAZZO, Carlos E., “Regulación del Hidrógeno Verde en el Uruguay”, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime/ORTIZ ZAMORA, Luis Alonso. *La regulación en Iberoamérica. Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. XXIV Congreso Internacional de Derecho Administrativo. San José de Costa Rica. 1, 2 y 3 de octubre de 2025*. Tirant lo blanch. San José, 2025, pp. 1170 y ss.

Por el artículo 171 de la ley N° 19.996, de 3 de noviembre de 2021 se amplió la competencia de la URSEA a fin de asignársele la relacionada con la generación, distribución, transporte, almacenamiento, comercialización y exportación de hidrógeno en tanto fuente de energía secundaria.

Por el artículo 234 de la ley N° 20.075 de 20 de octubre de 2022, se asignó competencia a ANCAP para la producción, distribución, comercialización, importación y exportación de hidrógeno verde y derivados en régimen de libre competencia.

Por el decreto N° 294/022 de 20 de diciembre de 2022, se dispuso implementar el programa H2V con el objeto de promover el desarrollo del hidrógeno verde en Uruguay.

También se previó un régimen especial de servidumbres legales en la materia.

3. Estas servidumbres están reguladas por el artículo 237 de la ley N° 20.075, de 20 de octubre de 2022.

4. El primer inciso de este artículo establece:

“La propiedad inmueble que resulte afectada para la construcción de infraestructura de transporte de vectores energéticos e insumos industriales y productos asociados, a proyectos de hidrógeno verde y derivados, las que comprenderán el espacio necesario para su ubicación, así como de toda otra instalación destinada a su funcionamiento y operación, queda sujeta a las servidumbres de ocupación definitiva, de limitación del derecho de uso y de goce, de estudio, de paso y de ocupación temporaria, en términos asimilables a los previstos en el régimen legal establecido por el Decreto-Ley N° 10.383, de 13 de febrero de 1943, y el artículo 24 de la Ley N° 16.832, de 17 de junio de 1997, en lo pertinente.”

5. Conforme a este texto normativo:

a) las servidumbres se requieren para la construcción de infraestructuras de transporte de vectores energéticos e insumos industriales y productos asociados a proyectos de hidrógeno verde y derivados;

b) las servidumbres previstas son las de ocupación definitiva, de limitación del derecho de uso y de goce, de estudio, de paso y de ocupación temporaria;

c) el régimen legal para la determinación de las servidumbres y su indemnización será el del decreto ley N° 10.383 y artículo 24 de la ley N° 16.832, sin perjuicio de lo dispuesto en esta misma ley en los siguientes incisos. Básicamente se aplican las normas generales previstas para la expropiación.

Esta misma ley por el segundo inciso establece que la indemnización debe ser soportada por el promotor del proyecto. Y por el tercer inciso se faculta al Poder Ejecutivo a determinar una indemnización provisoria en las condiciones que determine la reglamentación.

6. Los actos administrativos dictados en el marco del procedimiento administrativo seguido para estas servidumbres puede ser impugnado por los recursos y acción de nulidad previstos respectivamente por los artículos 317 y 319 de la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

ALCARAZ, Hubert, “La fuerza del principio de no indemnización de las servidumbres urbanísticas en derecho francés”, en *GARCÍA ALVAREZ, Gerardo/Pimiento Echeverri, Julián A./ALIES RIVAS, Héctor/PASÃO, Jorge (Editores) Limitaciones al derecho de propiedad y su indemnización. Estudios sobre la función social de la propiedad. XIII Encuentro de la Red Internacional de Bienes Públicos. PUCMM, República Dominicana, 2025.*

BLANCHET, Luiz Alberto, “Energia elétrica: produção, consumo e sustentabilidade”, en *BACELLAR, FILHO, Romeu Felipe/WUNDER HACHEM, Daniel (Coordenadores). Direito Público no MERCOSUL. Intervenção estatal. Direitos fundamentais e sustentabilidade. Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Editora Forum. Belo Horizonte, 2013.*

BUTELER, Alfonso, “Las restricciones a la propiedad privada por razones urbanísticas y ambientales”, en *GARCÍA ALVAREZ, Gerardo/Pimiento*

Echeverri, Julián A./ALIES RIVAS, Héctor/PASÃO, Jorge (Editores) *Limitaciones al derecho de propiedad y su indemnización. Estudios sobre la función social de la propiedad*. XIII Encuentro de la Red Internacional de Bienes Públicos. PUCMM, República Dominicana, 2025.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Curso de Derecho Administrativo*. T. II. 14ª edición actualizada y ampliada. LA LEY. Thomson Reuters. Buenos Aires, 2024.

DE LA RIVA, Ignacio, “Limitaciones a la propiedad en derecho argentino: ¿Cuándo indemnizar?”, en GARCÍA ALVAREZ, Gerardo/Pimiento Echeverri, Julián A./ALIES RIVAS, Héctor/PASÃO, Jorge (Editores) *Limitaciones al derecho de propiedad y su indemnización. Estudios sobre la función social de la propiedad*. XIII Encuentro de la Red Internacional de Bienes Públicos. PUCMM, República Dominicana, 2025.

DEL CAMPO, Francisco. *Derecho Civil. Ier. Curso. Bienes*. Vol. 2, F.C.U. Montevideo, 1971.

DELPIAZZO, Carlos E. *Derecho administrativo general y especial*. T. IV, Vol. 2. LA LEY Uruguay, Montevideo, 2022.

DELPIAZZO, Carlos E., “Regulación del Hidrógeno Verde en el Uruguay”, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime/ORTIZ ZAMORA, Luis Alonso. *La regulación en Iberoamérica. Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. XXIV Congreso Internacional de Derecho Administrativo. San José de Costa Rica. 1, 2 y 3 de octubre de 2025*. Tirant lo blanch. San José, 2025.

DEMOLOMBE, Charles. *Cours de Code Napoléon*. Cosse, Marchal et Billard. Paris. Imprimerie Générale. Vol. IX. Tomo 1.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “La expropiación en el Uruguay”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Derecho Administrativo en el primer tercio del siglo XXI*. LA LEY Uruguay. Thomson Reuters. Montevideo, 2024.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Régimen jurídico de la industria eléctrica en Uruguay. Especial referencia a la energía eólica.”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Derecho Administrativo en el primer tercio del siglo XXI*. LA LEY Uruguay. Thomson Reuters. Montevideo, 2024.

FERRÉS RUBIO, Rodrigo, “Bases regulatorias de la generación de energía mediante centrales hidroeléctricas en Uruguay”, en *Estudios de Derecho Administrativo*. N° 19. LA LEY Uruguay, Montevideo, 2019.

FLORES Alvaro Bautista, “Los derechos reales administrativos en la República Argentina”, en GARCÍA ALVAREZ, Gerardo/Pimiento Echeverri, Julián A./ALIES RIVAS, Héctor/PASÃO, Jorge (Editores) *Limitaciones al derecho de propiedad y su indemnización. Estudios sobre la función social de la propiedad*. XIII Encuentro de la Red Internacional de Bienes Públicos. PUCMM, República Dominicana, 2025.

GUILLOT MUÑOZ, Alvaro. *Comentarios al Código Civil. De las servidumbres*. Segunda edición. Gerónimo Sureda, Editor-Librería “La ocasión”. Montevideo, 1926.

HERZOG, Tamar. *Una breve historia del derecho europeo. Los últimos 2500 años*. Alianza Editorial. Madrid, 2019.

HUAPAYA TAPIA, Ramón, “Régimen de las servidumbres eléctricas en la ley de concesiones eléctricas del Perú”, en GARCÍA ALVAREZ, Gerardo/Pimiento Echeverri, Julián A./ALIES RIVAS, Héctor/PASÃO, Jorge (Editores) *Limitaciones al derecho de propiedad y su indemnización. Estudios sobre la función social de la propiedad*. XIII Encuentro de la Red Internacional de Bienes Públicos. PUCMM, República Dominicana, 2025.

LABORDE GOÑI, Marcelo, “Las servidumbres en el sector eléctrico uruguayo”, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime/DELPIAZZO RODRÍGUEZ, Carlos/ORTIZ ZAMORA, Luis Alonso/RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen. Tirant lo Blanch, San José, 2025.

LANZIANO, Washington. *Estudios de Derecho Administrativo*. Segunda edición ampliada. Universidad de la República. Facultad de Derecho. Montevideo, 1996, p. 18; HERZOG, Tamar. *Una breve historia del derecho europeo. Los últimos 2500 años*. Alianza Editorial. Madrid, 2019.

LEVRERO BOCAGE, Constancio, “Algunas cuestiones sustantivas relativas a las normas generales sobre servidumbres administrativas contenidas en el Código de Aguas” en *Revista Uruguaya de Estudios Administrativos*. Número 1. Acali Editorial, Montevideo, 1980.

MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. T. IV. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011.

MARIÑO LÓPEZ, Andrés. *Código Civil de la República Oriental del Uruguay*. T. I. *Comentado, anotado y concordado*. Tercera edición actualizada y ampliada. LA LEY Uruguay, Montevideo, 2009.

MIRANDA, João y PAÇÃO, Jorge, “Bens públicos e propriedade privada no sistema jurídico português: servidões, restrições e outros efeitos jurídico-dominiais sobre a propriedade privada”, en GARCÍA ALVAREZ, Gerardo/Pimiento Echeverri, Julián A./ALIES RIVAS, Héctor/PASÃO, Jorge (Editores) *Limitaciones al derecho de propiedad y su indemnización. Estudios sobre la función social de la propiedad*. XIII Encuentro de la Red Internacional de Bienes Públicos. PUCMM, República Dominicana, 2025.

NARVAJA, Tristán, *Fuentes, Notas y Concordancias del Código Civil de la República Oriental del Uruguay*. Tipolitografía Oriental. Montevideo, MCMX.

ROTONDO TORNARÍA, Felipe. *Manual de Derecho Administrativo. Estudio general y régimen uruguayo*. 12ª edición ampliada y actualizada a 2024. F.C.U. Montevideo, 2024.

RUOCCO, Graciela, “Infraestructuras en el sector eléctrico uruguayo”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (Coordinador). *Infraestructuras públicas*. Editorial B de F. Montevideo-Buenos Aires, 2021.

RUOCCO, Graciela, “Bienes públicos y limitaciones al derecho de propiedad. Servidumbres, vinculaciones y limitaciones singulares”, en GARCÍA ALVAREZ, Gerardo/Pimiento Echeverri, Julián A./ALIES RIVAS, Héctor/PASÃO, Jorge (Editores) *Limitaciones al derecho de propiedad y su indemnización. Estudios sobre la función social de la propiedad*. XIII Encuentro de la Red Internacional de Bienes Públicos. PUCMM, República Dominicana, 2025.

SADDY, André y PINHEIRO SAMPAIO, Patricia Regina, “A servidão administrativa no direito brasileiro” en GARCÍA ALVAREZ, Gerardo/Pimiento Echeverri, Julián A./ALIES RIVAS, Héctor/PASÃO, Jorge (Editores) *Limitaciones al derecho de propiedad y su indemnización. Estudios sobre la función social de la propiedad*. XIII Encuentro de la Red Internacional de Bienes Públicos. PUCMM, República Dominicana, 2025.

SAETTON MONTERO, Mariella, “Servidumbres administrativas”, en *Revista de derecho público*. Nº 16. F.C.U., Montevideo, 1999.

SANTAELLA QUINTERO, Héctor, “Servidumbres prediales y servicios públicos domiciliarios en Colombia: ¿Limitación al derecho real de dominio, delimitación en ejercicio de la función social de la propiedad o expropiación?” en GARCÍA ALVAREZ, Gerardo/Pimiento Echeverri, Julián A./ALIES RIVAS, Héctor/PASÃO, Jorge (Editores) *Limitaciones al derecho de propiedad y su*

indemnización. Estudios sobre la función social de la propiedad. XIII Encuentro de la Red Internacional de Bienes Públicos. PUCMM, República Dominicana, 2025.

SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. T. I. Montevideo, 1953.

VÁZQUEZ, Cristina, “Limitaciones administrativas al derecho de propiedad privada”, en *Revista de derecho público*. Nº 16. F.C.U., Montevideo, 1999.

DERECHOS REALES E INFRAESTRUCTURAS HIDRÁULICAS EN URUGUAY

Graciela Ruocco

Profesora Titular de Posgrado de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Profesora Titular de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Directora del Instituto de Derecho Administrativo de la misma universidad (2021-2023). Máster en Derecho con énfasis en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Miembro de la Asociación de Derecho Público del Mercosur. Miembro de la Red Internacional de Bienes Públicos. Miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo. Miembro del Centro Iberoamericano de Estudios de Derecho Público y Tecnología. Abogada I de la Dirección Jurídica del Poder Legislativo (1994-2019).

Sumario: 1.- Introducción. 2.- Derechos Reales. Concepto y Tipos. 3.- Infraestructuras Públicas. Concepto y Caracteres. 4.- Infraestructuras Hidráulicas. Concepto. 5.- Derechos Reales en Infraestructuras Hidráulicas. Especial referencia a las servidumbres administrativas. 6.- Reflexiones Finales.

1.- Introducción

La primera fase del ciclo integral del agua se corresponde con las actividades de captación, bombeos, desalinización, almacenamiento en embalses y transporte del agua hasta las plantas potabilizadoras. Esta fase se denomina “agua en alta”

La segunda fase, denominada “agua en baja”, comienza con la potabilización para, posteriormente, ser distribuida hasta los consumidores finales. Después de consumida, el agua se recoge a través de la red de alcantarillado y es tratada en plantas de depuración, para su retorno a los cauces naturales, al mar, o a su incorporación al uso agrícola.

El diseño de las infraestructuras hidráulicas necesarias para cumplir el ciclo integral del agua es crucial en la lucha contra el cambio climático y la preservación del medio ambiente. A través de un enfoque innovador y del uso de tecnologías avanzadas, es que se puede contribuir a la mitigación de los impactos ambientales negativos de las infraestructuras, garantizando así un desarrollo sostenible y respetuoso con el entorno.

Las infraestructuras hidráulicas juegan un papel fundamental en el desarrollo sostenible de las sociedades modernas ya que permiten la gestión eficiente de los recursos hídricos y contribuyen a la mejora de la calidad de vida de las personas. Estas infraestructuras facilitan el acceso al agua potable, lo que es fundamental para garantizar la salud y el bienestar de la población. Además, son esenciales para la agricultura, ya que permiten la irrigación de cultivos y la gestión de los recursos hídricos en zonas agrícolas.

Estas construcciones permiten la gestión integrada de los recursos hídricos, lo que garantiza su uso sostenible y equitativo. Además, pueden promover la eficiencia en el uso del agua, reduciendo las pérdidas y optimizando su distribución. Asimismo, estas infraestructuras son clave para la adaptación al cambio climático, ya que permiten gestionar los impactos de fenómenos extremos como inundaciones y sequías.

Son, pues, fundamentales para garantizar la seguridad hídrica, es decir, la disponibilidad de agua suficiente y de calidad para satisfacer las necesidades de la población. Permiten la captación, almacenamiento y distribución del agua, así como su tratamiento para garantizar su potabilidad. Además, son clave para la gestión de inundaciones y sequías, que pueden poner en peligro la seguridad hídrica de una región.

Ahora bien. Más allá de la importancia de estas infraestructuras públicas y de los desafíos que deben enfrentarse para el desarrollo sostenible y el cuidado del medio ambiente, desde la propia instalación, enfrentan otras trabas.

En efecto, por lo general es necesario acudir al uso –en sentido amplio– de bienes de propiedad particular que hagan posible su funcionamiento. Sólo a vía de ejemplo, las obras para el tendido de cañerías para el abastecimiento de agua potable a la población, o el alcantarillado, deben ocupar grandes extensiones de territorio, que necesariamente atraviesan numerosos bienes inmuebles que no son propiedad del Estado, haciendo necesaria la expropiación o la imposición de servidumbres.

La constitución de derechos reales sobre bienes de propiedad privada se impone, pues, ante la necesidad pública que se manifiesta en la sociedad respecto del uso de este recurso natural, de importancia vital, como es el agua.

2.- Derechos Reales. Concepto y Tipos

La instalación de estas infraestructuras requiere, frecuentemente, de la constitución de derechos reales sobre bienes de propiedad privada.

El término jurídico «derecho real» es fundamental en el ámbito del derecho y resulta de vital importancia para comprender las relaciones jurídicas que se establecen sobre los bienes.

La estructura del derecho real está compuesta por un sujeto, una cosa y un poder sobre esa cosa.

Son aquellos derechos que se tienen sobre una cosa sin referencia a determinada persona; se trata de derechos que una persona tiene sobre un bien material o inmaterial. Estos derechos recaen directamente sobre el bien y no sobre una persona en particular. A diferencia de los derechos personales, que se establecen entre personas y generan obligaciones, los derechos reales otorgan a su titular un poder directo y exclusivo sobre el bien.

Una de las características más destacadas del derecho real es su oponibilidad frente a terceros. Esto significa que el titular de un derecho real puede hacerlo valer frente a cualquier tercero que pretenda interferir o afectar su derecho sobre el bien.

Son derechos reales el de dominio, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales.

El titular del derecho real puede demandar a cualquier persona y no solamente a una persona determinada, cuando se vea afectado, amenazado o perturbado su derecho real.

Los derechos reales se clasifican en derechos reales de goce y de garantía. Los primeros permiten a su titular usar la cosa directamente a su beneficio, en cambio los segundos tienen por finalidad asegurar el cumplimiento de una obligación principal, propia o ajena, en forma tal que en caso de no darse cumplimiento a esa obligación, la cosa constituida en garantía, con auxilio de la justicia, pueda enajenarse para obtener con el producido, el cumplimiento de las prestaciones incumplidas. En la construcción de infraestructuras pueden presentarse ambos tipos, sobre bienes inmuebles y muebles.

La regulación de estos derechos reales es clave a la hora de determinar los que una persona tiene sobre una cosa, como la propiedad, el usufructo o la

servidumbre, porque los mismos son oponibles a terceros y se pueden ejercer de manera exclusiva y absoluta.

Las características principales de un derecho real son las siguientes:

- El derecho real es un término jurídico que se refiere a los derechos que una persona tiene sobre una cosa o bien.
- Estos derechos son absolutos, lo que significa que son oponibles a todos y permiten ejercer un control exclusivo sobre la cosa.
- El derecho real se diferencia del derecho personal, que se refiere a los derechos que una persona tiene sobre otra persona.
- El derecho real se encuentra regulado por el Código Civil y otras leyes específicas, y su violación puede dar lugar a acciones legales y reclamaciones.
- El derecho real puede ser transmitido a través de diferentes medios, como la compraventa, la donación, la herencia, entre otros.
- El ejercicio de los derechos reales está sujeto a ciertas limitaciones y restricciones establecidas por la ley.
- El derecho real puede ser objeto de garantía en operaciones financieras, como la hipoteca o la prenda.
- El derecho real puede ser limitado en el tiempo, como en el caso del usufructo, que tiene una duración determinada.

Es importante conocer los diferentes tipos de derechos reales, ya que pueden tener implicaciones legales significativas en diversas situaciones. Existen diferentes tipos de derechos reales, entre los cuales se encuentran:

1. *Derecho de propiedad*: es el derecho real más amplio y completo, ya que otorga al titular el poder de usar, disfrutar, disponer y reivindicar el bien; es uno de los principales derechos reales reconocidos en el ámbito jurídico. Este derecho confiere a una persona la facultad de ser dueño y disponer de un bien de manera exclusiva y absoluta, dentro de los límites establecidos por la ley. El derecho de propiedad es el más común y abarca tanto bienes muebles como inmuebles.
2. *Derecho de usufructo*: este derecho real permite a una persona utilizar y disfrutar de un bien ajeno, sin ser su propietario.

3. *Derecho de servidumbre*: este derecho real implica que un predio (fundamentalmente inmueble) está sujeto a ciertas limitaciones o cargas impuestas en beneficio de otro predio o del Estado.

4. *Derecho de hipoteca*: este derecho real se constituye sobre un bien inmueble como garantía de una deuda. En caso de incumplimiento, el acreedor hipotecario puede ejecutar la hipoteca y vender el bien para cobrar la deuda.

Estos son solo algunos ejemplos de los derechos reales más comunes, y que son los más frecuentemente utilizados en proyectos de infraestructuras hidráulicas, pero existen muchos otros, como el derecho de prenda, el derecho de uso, el derecho de habitación, entre otros.

3.- Infraestructuras Públicas. Concepto y Caracteres

Para comprender un concepto técnico más bien ajeno al lenguaje jurídico y, en general, a los objetos de estudio del Derecho, puede ser ilustrativo atender al sentido natural y obvio que nuestro lenguaje da a dicho concepto. Así, el diccionario de la Real Academia Española evidencia dos acepciones de la palabra Infraestructura, de las que hemos seleccionado la segunda por ser más útil para nuestro objetivo: “2. *Conjunto de elementos o servicios que se consideran necesarios para la creación y funcionamiento de una organización cualquiera*”.¹

Conforme Durán Martínez esta segunda acepción se acerca más a la noción comúnmente aceptada por los administrativistas. Refiere, naturalmente, al género infraestructura, del cual la infraestructura pública es una especie.² El autor la define como “...un conjunto de bienes, de cualquier naturaleza, que conforman una unidad teleológica necesaria para la prestación de un servicio de interés económico general u otro cometido estatal.”³

¹ Diccionario de la Real Academia Española. Madrid. 1992, p. 823.

² DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Infraestructuras públicas - especial referencia a la legislación uruguaya sobre participación público privada. *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance*. n. 16. ano 5. p. 293-312. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2021, p. 294.

³ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Infraestructuras públicas. Especial referencia a la legislación uruguaya sobre participación público privada. *Durán Martínez Augusto (Coordinador). Infraestructuras Públicas* Editorial B de F. Montevideo. Buenos Aires. 2021, p. 3.

Para el Banco Mundial “si no el motor, la infraestructura representa las ruedas de la actividad económica”.⁴

Siguiendo al Banco Interamericano de Desarrollo⁵, la infraestructura es “el conjunto de estructuras de ingeniería e instalaciones –por lo general de larga vida útil- que constituyen la base sobre la cual se produce la prestación de servicios considerados necesarios para el desarrollo de fines productivos, políticos, sociales y personales”.

Por tanto, en esta definición se excluyen las inversiones en equipamientos, capacitaciones, investigación u otro tipo de inversiones de carácter social o económico que no se transforman en “estructuras de ingeniería o instalaciones”.

Sin embargo, en Uruguay, ECHEVARRÍA PETIT definió infraestructura como “todos los activos físicos, equipamientos e instalaciones que permiten prestar los servicios esenciales para las vidas de las comunidades de un momento determinado”.⁶

En lo que refiere específicamente a la infraestructura que es necesaria en la prestación de servicios públicos –en sentido amplio-, se puede definir como el “capital físico y financiero que reside en las esferas del transporte público, las comunicaciones, la energía y las redes de servicios públicos; por ejemplo caminos, vías férreas, estaciones generadoras de electricidad, colegios, puentes, redes de alcantarillado y hospitales”.⁷

En particular, la expresión infraestructura pública alude a la existencia de unas determinadas construcciones o instalaciones que están afectas a una finalidad de interés público.⁸

⁴ Informe de Desarrollo Mundial del Banco Mundial (BM) titulado Infraestructura para el desarrollo de 1994.

⁵ BID. (2000). Un nuevo impulso para la integración de la infraestructura regional en América del Sur. Departamento de Integración y Programas Regionales.

⁶ ECHEVARRÍA PETIT, José Luis, Infraestructuras y Participación Público Privada”. *Tribuna del Abogado*. Montevideo, junio-julio 2011, N° 173, p. 5, citado por Durán Martínez, A. op. cit. p. 294.

⁷ Voz “infraestructura”, en Berg, Sanford V., Glosario para el acervo de conocimientos sobre regulación de la infraestructura y los servicios de las empresas de servicios públicos, Washington, Banco Mundial, 15 de junio, 2005, p. 56.

⁸ VILLAR EZCURRA, José Luis. “La construcción y financiación de las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos” REDETI. *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*. Año 4, Número 10, Montecorvo. España. 2001. p. 79.

A partir de la citada definición Villar Ezcurra identifica tres elementos para caracterizar las infraestructuras públicas, a saber:

- 1) Constituyen instalaciones u obras artificialmente creadas por el hombre, mediante un equipo interdisciplinario de profesionales.
- 2) Tienen una eminente finalidad pública, que consiste en proveer un determinado servicio de interés común o un uso de orden general.
- 3) La titularidad de las infraestructuras públicas corresponde a la Administración del Estado. Este elemento, a nuestro juicio, no es determinante, según veremos, ya que la calificación de pública tiene más que ver con el destino o gestión que con la titularidad de la infraestructura.⁹

DURÁN MARTÍNEZ¹⁰ prefiere excluir de la noción el factor humano y los servicios, porque una cosa es que la infraestructura sirva para la prestación de servicios y que ello requiera del factor humano para su desarrollo, y otra cosa distinta es que el servicio y las personas que lo prestan, conceptualmente, formen parte de ella.

La noción de Infraestructura es más amplia que la de *obra pública*, pues engloba elementos inmateriales que el de obra pública no alcanza a considerar y, en consecuencia, la infraestructura no hace referencia sólo a la edificación sino, además, a aquellos elementos o servicios que la integran, sean éstos tangibles o no, y que forman parte de una determinada organización. La noción de obra pública es estática; mientras que el de infraestructura es un concepto dinámico.

Toda infraestructura es configurable como una red o parte de la misma, lo cual introduce un nuevo elemento en la definición. Un elemento que ha sido definido como la ordenación de las infraestructuras de una determinada manera, caracterizándose, precisamente, por la organización, esto es, por la forma en que procede enlazar los distintos puntos de la red al servicio de una finalidad concreta. La idea de red u organización deviene, así, algo consustancial al concepto de infraestructura.¹¹

⁹ Aunque es admisible una infraestructura de propiedad privada pero dedica a cumplir una finalidad de interés público. Al respecto, véase DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Derecho Administrativo en el primer tercio del Siglo XXI*. La Ley Uruguay. 2024, pp. 841-842.

¹⁰ *Ibidem*, p. 841.

¹¹ VILLAR, J.L. *op. cit.*, p. 90

De manera que, en el concepto de infraestructura, se agregan a las tres características identificadas por VILLAR, otras dos, a saber: que presenta elementos tangibles e intangibles y que constituye una red u organización al servicio de una finalidad concreta.¹²

Cabe destacar una íntima vinculación entre el carácter servicial del Estado y las infraestructuras públicas, en la medida que éstas permiten o mejoran las posibilidades de realización de las personas, en tanto satisfacen sus necesidades. Las Infraestructuras públicas consisten en redes u organizaciones de gran escala que satisfacen necesidades colectivas, tales como el transporte público, los servicios sanitarios y de distribución eléctrica y las telecomunicaciones.

La implantación de un modelo que aborde al agua como derecho humano fundamental (artículo 47 de la Constitución uruguaya) y bien público, y no como mercancía, permitirá una mayor garantía para la sociedad, en la medida que sin agua no es posible asegurar a la población el acceso a otros derechos como la energía eléctrica o la salud. Así se incrementará sin duda, la importancia de las infraestructuras hidráulicas.

Los derechos fundamentales de las personas pueden ser garantizados, en forma más o menos directa, según sea el caso, mediante el mejoramiento de las infraestructuras que un Estado, que se precie de ser social y democrático, debe generar para la sociedad globalizada.

Las infraestructuras públicas no tienen sino por objeto mejorar la calidad de vida de las personas, permitirles un mejor ejercicio material de sus derechos y libertades y, por tanto, constituyen una forma por la cual el Estado cumple su cometido de promover el bien común y contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional, su mayor realización espiritual y material posible.

Las infraestructuras públicas, entonces, representan la base o soporte esencial para la elaboración de otras políticas públicas de protección más directa, como los beneficios en materia de salud o previsión social que el Estado otorga y que deben traducirse en prestaciones concretas. En efecto, los servicios que operan sobre infraestructuras se encuentran en íntima conexión con nuestros derechos más fundamentales, tanto individuales como sociales.

¹² RUOCCO, Graciela. "Infraestructuras en el sector eléctrico uruguayo". *Infraestructuras públicas*, Augusto Durán Martínez Coordinador. B de F, 2021, p: 128.

La infraestructura adecuada para las necesidades de una sociedad determinada constituye una necesidad pública y, como tal, el Estado debe contar con una planificación apropiada en la materia, que se formule a partir de las necesidades de infraestructura, lo que debe traducirse en el diseño eficiente de políticas públicas que sean acordes con el contexto socioeconómico.

4.- Infraestructuras Hidráulicas. Concepto

Las infraestructuras hidráulicas son un conjunto de obras y sistemas que permiten la captación, almacenamiento, distribución y tratamiento del agua. Estas infraestructuras son fundamentales para garantizar el acceso al agua potable, la gestión de inundaciones, la irrigación de cultivos, entre otros usos. Algunos ejemplos son los embalses, las estaciones de bombeo, las redes de distribución de agua potable y las plantas de tratamiento de aguas residuales.

En forma más descriptiva el Diccionario Panhispánico la define como la construcción de bienes que tienen naturaleza inmueble, destinada a la captación, extracción, desalación, almacenamiento, regulación, conducción, control y aprovechamiento de las aguas, así como al saneamiento, depuración, tratamiento y reutilización de las aprovechadas y las que tengan como objeto la recarga artificial de acuíferos, la actuación sobre cauces, corrección del régimen de corrientes y la protección frente a avenidas, tales como presas, embalses, canales de acequias, azudes, conducciones y depósitos de abastecimiento a poblaciones, instalaciones de desalación, captación y bombeo, alcantarillado, colectores de aguas pluviales y residuales, instalaciones de saneamiento, depuración y tratamiento, estaciones de aforo, piezómetros, redes de control de calidad, diques y obras de encauzamiento y defensa contra avenidas, así como aquellas actuaciones necesarias para la protección del dominio público hidráulico.¹³

Controlan el flujo del agua para su almacenamiento y gestión. Los objetivos de estas obras tienen que estar encaminados a solucionar los problemas presentes y futuros que se puedan plantear. Pero el objetivo

¹³ Diccionario Panhispánico del español jurídico <https://dpej.rae.es/lema/obra-hidraulica>

principal es el abastecimiento de agua, tanto para el uso urbano, como para la agricultura o las industrias.

En estos últimos años nos hemos encontrado con un problema global muy serio, el cambio climático. Los estándares de las estaciones han dado un vuelco a toda la obra civil hídrica. La sequía, las inundaciones, el aumento de temperatura, etc., son factores con los que hay que contar en el diseño de estas obras.

Existen diferentes *tipos de obras hidráulicas*, y en lo que interesa a este estudio son: *redes de abastecimiento* de agua, construidas para enlazar las canalizaciones de agua, principalmente potable, y así hacerlas llegar a los núcleos de población desde su origen a una depuradora y, desde esta, hasta la red de los hogares e industrias; *depuradoras*, que son utilizadas para la depuración del agua recogida a través de las redes de abastecimiento, tratada adecuadamente para su trasvase a la red de canalización para que esté apta para el consumo humano; las *estaciones de bombeo*, utilizadas principalmente para llevar el agua de unos planos inferiores a otros superiores.

5.- Derechos Reales en Infraestructuras Hidráulicas. Especial referencia a las Servidumbres Administrativas

El principal objetivo de las infraestructuras hidráulicas es captar, extraer, desalinizar, depurar, almacenar, conducir y controlar el agua, garantizando su acceso por parte de la población.

Como dijimos las infraestructuras hidráulicas son las estructuras y sistemas que se utilizan para gestionar el agua, ya sea para almacenamiento, tratamiento, distribución o eliminación de aguas residuales, y en su mérito están diseñadas para garantizar el acceso al agua potable y para controlar las inundaciones en zonas urbanas y rurales. También se utilizan para asegurar el suministro de agua para la agricultura, la generación de energía hidroeléctrica, así como otros usos industriales.

Las presas, embalses, canales, acueductos, plantas de tratamiento de agua, sistemas de drenaje y sistemas de riego son esenciales para el desarrollo económico y social de muchas regiones, y su gestión adecuada es fundamental para garantizar el acceso al agua y para prevenir desastres naturales.

Las infraestructuras hidráulicas que se utilizan para el almacenamiento, distribución y tratamiento del agua más trascendentes para

nuestro estudio, en tanto pueden significar la necesidad de constituir derechos reales sobre inmuebles de propiedad privada, son los siguientes:

Presas

Las presas son estructuras construidas en los ríos y arroyos e inmuebles aledaños, para almacenar agua. Estas estructuras se utilizan para controlar las inundaciones, para generar energía hidroeléctrica y para suministrar agua para el consumo humano y agrícola.

Acueductos

Los acueductos son estructuras que se utilizan para transportar agua desde una fuente de agua hasta las zonas de consumo. Estas estructuras pueden ser construidas en forma de túneles, puentes o conductos elevados.

Canales

Los canales son conductos artificiales construidos para transportar agua desde un lugar a otro. Estos se utilizan para el riego de cultivos y para el suministro de agua potable a las ciudades.

Sistemas de drenaje

Los sistemas de drenaje se utilizan para controlar las inundaciones y el exceso de agua en las zonas urbanas. Estos sistemas incluyen alcantarillas, canales y estanques de retención.

Plantas de tratamiento de agua

Las plantas de tratamiento de agua se utilizan para limpiar el agua antes de su distribución al consumo humano.

Embalses

Los embalses son grandes depósitos de agua creados por la construcción de presas. Estos se utilizan para almacenar agua para el consumo humano y para la irrigación.

A los efectos de su construcción es frecuente que deban disponerse limitaciones –o incluso privaciones– al derecho de propiedad privada.

La ley podrá imponer obligaciones de dar, hacer o no hacer; esto es, *limitaciones* que restringirán el derecho, pero que derivan de un interés general, fundamento de la norma jurídica limitadora; disminuirán las facultades o atributos dentro del concepto de libertad-propiedad, aunque sin desmembrar el derecho.

Las *limitaciones*, pues, son medidas jurídicas *extraordinarias* y *debidamente motivadas*, que son concebidas para que el derecho de propiedad individual, armonice con los requerimientos del interés general. Siempre se tratará de prohibiciones o deberes que inciden sobre las facultades de dominio: usar, transformar, disfrutar y disponer del bien. Se encuentran reguladas en un conjunto muy variado de leyes especiales, dictadas en atención a razones de interés general. De manera que las *limitaciones* son intrínsecas a los intereses colectivos y afectarán el contenido externo del derecho de propiedad. Obedecerán a fines que han surgido de las necesidades de la sociedad, en virtud del principio de solidaridad del que está imbuida la propiedad privada: se reducirá el poder que ordinariamente tiene el propietario incidiendo directamente en las facultades de exclusividad que configuran el núcleo central del derecho de propiedad.¹⁴

Esta imposición de limitaciones al derecho de propiedad implica la disminución del poder pleno o exclusivo que el propietario puede tener de su propiedad, pero no afecta su titularidad, ni la esencia del derecho y por ello, salvo norma expresa, no genera derecho a indemnización alguna.

Sin embargo, en ocasiones, la limitación podría vulnerar considerablemente alguna de las facultades de dominio y por lo tanto, incurrir en una expropiación de hecho o indirecta, concretamente una lesión resarcible.¹⁵ Será en la incidencia de esa lesión en el derecho subjetivo, donde se encuentra el elemento definitorio de una verdadera limitación expropiatoria, porque implica un sacrificio indemnizable del derecho de propiedad. En Argentina esta situación se encuentra expresamente regulada como una “*expropiación irregular*”.¹⁶

La imposición de *limitaciones* –en sentido estricto- a la propiedad privada en principio no apareja indemnización, ya que los bienes no son despojados por parte de la Administración Pública, sino que se conserva la titularidad, pero se limitan algunas facultades, sin alterar el núcleo esencial del derecho de propiedad. Se impondrán solamente algunas limitaciones al

¹⁴ RUOCCO, Graciela. "Bienes públicos y limitaciones al derecho de propiedad. Servidumbres, vinculaciones y delimitaciones singulares" *Limitaciones al derecho de propiedad y su indemnización*. Librería Jurídica Internacional SRL, Año 2025, p. 123.

¹⁵ MARTINS, Daniel H. *Ordenamiento territorial. Análisis de la Ley 18.308*. F.C.U. Montevideo. 2009, p. 27.

¹⁶ PICCININI, M.V. y RUIZ, M. op. cit. pp. 835-837.

ejercicio del derecho de propiedad, pero los demás atributos del dominio se conservarán sin ninguna variación.

Podrá conservarse dentro del comercio de los hombres, con la posibilidad de enajenarse, hipotecarse, traspasarse, adquirirse por usucapión entre otros.

El Código Civil uruguayo en su artículo 550 establece: “*servidumbre predial, o simplemente servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño*”. En otras palabras, las servidumbres se constituyen como un gravamen inherente al predio en el que se encuentran, generando un derecho real sobre el mismo siguiéndolo sin importar el cambio de titularidad.

En materias de aguas también encontramos servidumbres que se encuentran reguladas principalmente por el Código de Aguas (artículos 74 y siguientes) y la Ley de Riego número 16.858 (artículos 5 y 25). Cabe destacar que la normativa antes mencionada regula solamente aquellas servidumbres de tipo coactivas o forzosas, esto es aquellas que habiéndose dado los presupuestos legales, el propietario del predio sirviente no puede excusarse y debe obligatoriamente soportar el gravamen.

El Código de Aguas en su Título IV desarrolla las servidumbres en materia de aguas, consagrando tres tipos:

1. Servidumbres naturales.

Las servidumbres naturales se encuentran reguladas por el artículo 74 y tal como lo indica su propio nombre, son producto de la naturaleza formándose por el normal escurrimiento de las aguas a través de los campos. En este tipo de servidumbres no hay necesidad de imponer una reclamación o acto de declaración por parte del predio dominante.

2. Servidumbres civiles o forzosas.

Las servidumbres civiles o forzosas se consagran en el artículo 79 y siguientes del Código de Aguas, y son aquellas que se imponen a un predio en beneficio de otro. Se las denomina forzosas porque necesariamente deben cumplir con los presupuestos que la ley prevé como exigibles, sin que el propietario del predio sirviente pueda excusarse de ellas. Pueden constituirse

voluntariamente o judicialmente. Los dos elementos que obligatoriamente deben concurrir en este tipo de servidumbres para su legitimidad son: a) *Presupuesto abstracto*, que implica cumplir con todos los requisitos legales; y b) *Presupuesto concreto de Derecho Sustantivo*, que implica que debe derivar necesariamente de un contrato/acuerdo de voluntades o disposición judicial.

Se caracterizan por: i) Ser para uso exclusivamente productivo; ii) Pueden ser solicitadas por el titular del derecho de propiedad, usufructo, o goce del predio beneficiario que tenga derecho a disponer del agua; iii) Se tramitan a través de un proceso ordinario iniciado ante el Juez Letrado del lugar de ubicación del inmueble; iv) Son servidumbres de tipo onerosas; y v) Pueden ser por tiempo indefinido o transitorio.

Dentro de las servidumbres civiles forzosas se encuentran subtipos o especies de servidumbres, las cuales se mencionan brevemente a continuación:

– *Servidumbre de acueducto*: Es aquel derecho de conducir a través de predios ajenos las aguas de que se puede disponer. Aquí se entiende por predio dominante aquel al cual las aguas se destinan o del cual se desaguan, drenan o escurren, por su parte se denomina predio sirviente el que debe tolerar que las aguas pasen por él en beneficio de otro predio (artículo 80 del Código de Aguas).

– *Servidumbre de apoyo de presa y embalse*: Se constituyen cuando para la captación de un río o arroyo no navegable y derivación del agua es necesario establecer una presa, y quien haya de hacerlo no sea dueño de las riberas o de los terrenos a inundar, podrá reclamar la imposición de la servidumbre, pero para hacerlo deberá tener derecho a disponer de las aguas que pretende captar o derivar destinándolas a usos productivos. Una de las exigencias para este tipo de servidumbres que necesariamente el proyecto de obra deberá estar aprobado por el Ministerio competente (artículo 103 del Código de Aguas)

– *Servidumbre de parada o partidor*: Son aquellas que para dar riego al terreno dedicado al cultivo que tiene un solo dueño, o en su caso mejorarlo, necesita construir parada o partidor en la acequia o reguera limítrofe por donde reciba el agua. En estos casos podrá exigirse que el dueño de la otra margen permita su construcción, previo abono de los daños y perjuicios correspondientes.

– *Servidumbre de abrevadero*: Son aquellas que el Poder Ejecutivo podrá establecer de forma temporal en casos de persistente sequía que afecte a todo el territorio nacional o a determinadas regiones o zonas del país. Se realizarán en beneficio de los predios ganaderos que carezcan de aguadas suficientes para que quienes los exploten abreen sus ganados en las aguadas de los predios linderos o cercanos (artículo 113 del Código de Aguas).

3. Servidumbres administrativas.¹⁷

Siguiendo a Marienhoff, se entiende por servidumbre administrativa o pública “...el derecho real administrativo constituido por el Estado (“lato sensu”) sobre un bien del dominio privado o del dominio público, con el objeto de que tal bien sea usado por el público en la forma que resulte del acto o hecho constitutivo del gravamen...”¹⁸

La servidumbre administrativa, como una especie del género limitaciones a la propiedad, afecta el carácter exclusivo ya que un tercero utiliza la propiedad del particular, implicando una desmembración del dominio que afecta su integridad.

Las servidumbres administrativas se regulan en el artículo 115 y siguientes del Código de Aguas. Son aquellas que se imponen por parte del Poder Ejecutivo o Administraciones Departamentales para poder dar cumplimiento a los cometidos de las personas públicas estatales conforme a la voluntad administrativa unilateral y legítima. A diferencia de las servidumbres civiles que se imponen en base a un interés particular, las servidumbres de tipo administrativas son impuestas en base al interés general.

El artículo 115 del Código de Aguas, en la redacción dada por el artículo 2 del Decreto Ley N° 15.576, de 15 de junio de 1984, establece las servidumbres administrativas que pueden constituirse en los inmuebles de la Republica, aunque obviamente no todas suponen la instalación de infraestructuras:

¹⁷ Al respecto puede verse ampliamente en GUERRA, Enrique. *Derecho de Aguas: noción, estructura, gestión*. 2a. ed.. Montevideo : Fundación de Cultura Universitaria, 2025, pp. 244 y ss.

¹⁸ MARIENOFF Miguel S, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, T. , pág. 78.

“Para el ejercicio de los cometidos que la Constitución y las leyes confieren a las personas públicas estatales en relación con las materias y objetos de que trata este Código, quedan sujetos los inmuebles de la República a las siguientes servidumbres administrativas que serán impuestas por el Poder Ejecutivo, sin perjuicio del derecho de los particulares en materia de servidumbres de estudio reconocido por el artículo 79, inciso tercero, del presente Código. ()*

1° De saca de agua y de abrevadero.

2° De acueducto.

3° De apoyo de presa y de parada o partidior.

4° De obras de captación y regulación de aguas.

5° De colectores de saneamiento.

6° De Camino de sirga.

7° De amarradura.

8° De señalamiento.

9° De salvamento.

10 De estudio.

11 De ocupación temporaria.

12 De depósito de materiales.

13 De paso.”

La imposición de las servidumbres mencionadas en el artículo 115 se hará previo expediente instruido por la administración, en el cual deberán constar las razones determinantes de la medida y sus fundamentos legales y técnicos, así como la estimación pecuniaria de los perjuicios que la servidumbre ocasionare, si los hubiere. Lo actuado se debe notificar al propietario, que tendrá oportunidad de efectuar su defensa, siendo la resolución que imponga la servidumbre un acto administrativo impugnabile como todos los de tal naturaleza.

En este caso el Código prevé el pago de indemnización de los perjuicios que ocasione la duración de los procedimientos, incluso los que deriven de las variaciones del valor de la moneda, frente al titular del derecho de propiedad y terceros que puedan verse afectados.

Si el dueño del inmueble gravado por la servidumbre negare la entrada al mismo a los funcionarios encargados de ejecutar las tareas encaminadas a hacerla efectiva, la administración solicitará del Juez de Paz del lugar la orden para ingresar al inmueble gravado, a fin de ejecutar en él las tareas dispuestas. El Juez, al dictar la orden, autorizará el uso de la fuerza pública para el caso que fuere necesario.

Por su parte, la Ley N° 11.907, de 19 de diciembre de 1952, regula los cometidos del organismo competente en materia de suministro de agua potable y saneamiento (Administración de Obras Sanitarias del Estado), en este último caso, para todo el país menos la capital. Los artículos 2° y 4° disponen:

Artículo 2°. La Administración de las Obras Sanitarias del Estado, tendrá los siguientes cometidos y facultades: a) la prestación del servicio de agua potable en todo el territorio de la República; b) la prestación del servicio de alcantarillado en todo el territorio de la República, excepto en el Departamento de Montevideo; c) celebrar convenios con los Gobiernos Municipales y/o comisiones vecinales para realizar obras de alcantarillado o abastecimiento de agua potable de interés local, mediante contribución de las partes; (Nueva redacción de este Literal C dado por al Artº. 29 de la Ley Nª 18.046) d) el estudio, la construcción y la conservación de todas las obras destinadas a los servicios que se le cometen. ... e) el contralor higiénico de todos los cursos de agua que utilice directa o indirectamente para la prestación de sus servicios. ... f) podrá proveer a terceros a título oneroso, el suministro de agua sin potabilizar para ser destinada a finalidades diversas del consumo humano, siempre que la disponibilidad del recurso natural resulte excedentaria respecto de los caudales necesarios para atender el servicio público de agua potable a que se refiere el literal A) de este artículo. (Literal F incorporado por el Artº. único de la Ley

Nº 17.277) g) podrá construir o adquirir ya contruidos y enajenar a título oneroso a terceros dentro y fuera del país, ingenios para la potabilización de aguas y para el tratamiento de efluentes cloacales cuya tecnología de fabricación le pertenezca. (Literal G incorporado por el Artº único de la Ley Nº 17.277)

Artículo 4º. *Decláranse de utilidad pública* y comprendidos en el artículo 4º de la ley Nº 3.958 de 28 de marzo de 1912 y sus modificaciones, los bienes necesarios para la realización de los fines que se cometen al Ente que se crea, quedando por tanto sujetos a *expropiación*. Asimismo *quedan gravados con servidumbres* de estudio, paso, búsqueda, extracción y depósito de materiales, pastoreo, ocupación temporaria con campamentos de trabajo, desagües superficiales o subterráneos e instalación de cañerías de agua corriente, *todas las propiedades del país*, en las condiciones establecidas en las leyes vigentes.

Por su Artículo 11º, corresponde al Directorio, en lo que aquí interesa:

h) Disponer las expropiaciones y la imposición de servidumbres sobre bienes, que resulten necesarias para el cumplimiento de los cometidos del organismo de acuerdo a la presente ley. (Literal H agregado por el Artº 66 de la Ley Nº 18.046).

El concepto de estas infraestructuras hidráulicas no se encuentra como tal en normativa alguna, por lo cual resulta necesario construir y extraer su definición, tomando como base la normativa legal y constitucional vigente.

Así las cosas, se tiene que en virtud del artículo 4º transcrito, es una *servidumbre legal*, por cuanto ha sido declarada de utilidad pública, y puede ser establecida independientemente de la voluntad del propietario del predio sirviente cuando el uso público o el interés nacional así lo requieran. Por otro

lado, su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 7 y 32 de la Carta.

Los elementos que caracterizan este tipo de servidumbres administrativas habilitadas por la ley de OSE son:

1. Es de interés público: partimos del hecho de que la servidumbre administrativa para el suministro de agua potable y saneamiento no se puede entender en el mismo sentido que la de carácter civil. Se distingue de la civil básicamente, porque se constituye por motivos de utilidad pública e interés social entre el dueño de un predio y el Estado prestador del servicio.
2. Legal: basada en principios de utilidad pública e interés social, pues su imposición no depende de la voluntad del dueño u ocupante del predio sino del imperio de la ley.
3. Su objeto es el desarrollo del cometido estatal: el objeto de esta servidumbre es el de obtener que el dueño de un predio permita que por este se tiendan redes de tuberías, y se construyan las infraestructuras necesarias para la prestación.
4. Presencia de un beneficiario: otra particularidad de la servidumbre es la inexistencia de predio dominante como tal, pero sí la presencia de un beneficiario, que para estos efectos es la población alcanzada por el servicio a prestar.
5. Es una limitación al derecho de dominio: la servidumbre no es un gravamen como lo es la servidumbre predial contemplada en el Código Civil, sino que es una limitación al derecho de dominio o propiedad.
6. Es inseparable: la servidumbre adicionalmente es inseparable del predio al que pasivamente pertenece, así cambie de dueño. Los nuevos propietarios deberán respetar las condiciones dentro de las cuales fue constituida.
7. Es indivisible: también es indivisible, porque se entenderá que permanece en su integridad y que no podrá ser limitada en su extensión por el nuevo o nuevos propietarios del predio sirviente.
8. Está por fuera del comercio: en la medida en que la servidumbre es legal, no está sujeta a negociaciones de ningún tipo frente a su imposición en un predio, por ser esta de interés público.
9. Es continua: es continua, porque se ejerce permanentemente, sin intervalos de tiempo más o menos largos, y especialmente porque su objetivo es el transporte continuo del agua potable y de las aguas servidas a ser tratadas.

10. Es positiva: es positiva, porque el propietario del predio sirviente posee la obligación de permitir hacer algo, consistente en realizar la actividad de prestación de los servicios de suministro de agua potable y saneamiento sobre el predio, con el fin de ejercer la servidumbre.¹⁹

Continuando con el régimen jurídico uruguayo, cabe consignar que la Ley de Riego, N° 16.858, de 3 de setiembre de 1997, también prevé la posibilidad de constituir servidumbres administrativas. Esta ley se sancionó con el propósito de poder declarar de interés general y establecer un marco legal para el riego con destino agrario, sin perjuicio de los otros usos legítimos del mismo. Dentro de los aspectos regulados por dicha Ley se encuentran los relativos a las servidumbres, más precisamente los artículos 5 y 25.

El artículo 5 de la Ley de Riego refiere al caso en que cuando no pueda acreditarse que el solicitante es titular de un derecho de propiedad, usufructo o goce de los suelos donde se asienten las obras hidráulicas; o en su caso sean afectadas por ellas, y a solicitud del interesado, el Ministerio competente tiene la posibilidad de otorgar una concesión condicionada, aprobando con carácter provisorio el proyecto de obra hidráulica a los solos efectos de gestionar la imposición judicial de las servidumbres que correspondan sobre el emplazamiento de la misma. En caso de que se dé el otorgamiento, la misma no implicará derecho a construir, extraer, embalsar ni disponer de las aguas.

Por su parte el artículo 25 refiere a que quedan comprendidas todas las servidumbres que se demanden con destino a riego las disposiciones establecidas para la servidumbre de acueducto en los artículos 83, 85, 86, 88, 95, 96 y 99 a 102 del Código de Aguas. También agrega el artículo que las servidumbres de apoyo de presa que se constituyen con fines de riego se extienden aún a los predios no ribereños.

En Argentina, por la Ley N° 14.540 de la Provincia de Buenos Aires, se crea la *servidumbre administrativa de ocupación hídrica* en favor del estado provincial y se declara de utilidad pública y sujeto a la misma a todo inmueble del dominio privado situado en cualquier lugar de la provincia, que

¹⁹ Se llaman *servidumbres positivas* a aquellas en las que para su ejercicio se requiere un acto del dueño de predio dominante, por ejemplo, la servidumbre de paso. Se llaman *servidumbres negativas* a aquellas que se ejercen sin ningún acto del dueño del predio demandante y también sin ningún acto del dueño del predio sirviente, por ejemplo la servidumbre de luces; la de no edificar, la servidumbre de no levantar una construcción a determinada altura.

como consecuencia directa de obras expresamente aprobadas por la autoridad de aplicación resultara ocupado parcial o totalmente mediante el almacenamiento temporario de una masa de agua proveniente de excesos hídricos, con el fin de mitigar los efectos de las crecidas de los cursos o cuerpos de agua (art 1º). El artículo 2º prevé que la servidumbre administrativa creada por la ley afecta al inmueble y comprende el conjunto de limitaciones al dominio que se imponen a los propietarios y ocupantes de los inmuebles del dominio privado alcanzados, a fin de posibilitar la construcción, operación, vigilancia y mantenimiento de reservorios para prevención y/o mitigación de crecidas.

De los fundamentos de la misma, se desprende que tales obras brindarán ventajas en distintos ámbitos de la administración pública en un contexto económico, jurídico, ambiental y administrativo del manejo de excedentes hídricos producto de eventos extremos de precipitación.

6.- Reflexiones Finales

Son obras hidráulicas todas las dirigidas a la construcción de bienes inmuebles que de forma directa o indirecta estén relacionadas con el aprovechamiento y protección del dominio hidráulico, esto es, las obras de captación, extracción, desalación, almacenamiento, regulación, conducción, control y aprovechamiento de las aguas, las de saneamiento, depuración, tratamiento y reutilización de las aprovechadas, etc. y todas aquellas necesarias para la protección del dominio público hidráulico.

El principio esencial que persigue la construcción de las infraestructuras hidráulicas es el de *seguridad hídrica*, tendiente a garantizar el acceso de la población a niveles adecuados de agua potable y saneamiento. Los desafíos que el organismo competente enfrenta son los siguientes:

1. Superar los déficits existentes
2. Asegurar la disponibilidad de recursos hídricos en las fuentes
3. Controlar el deterioro de la calidad del agua en las fuentes
4. La conservación de cuerpos de agua en un estado compatible con la salud y el medioambiente.
5. La reutilización de las aguas residuales mediante su tratamiento.

Las infraestructuras públicas y en particular, las hidráulicas, son esenciales para el servicio de interés general, y su gestión puede involucrar tanto la propiedad pública como la privada. En la gestión del agua es frecuente que se requiera de la constitución de *derechos reales* sobre bienes de propiedad privada, imponiendo limitaciones de diferente alcance (expropiaciones o servidumbres, derechos de uso o usufructo).

El derecho real se ejerce directa e inmediatamente sobre el objeto, sin intervención de otras voluntades, marcando así la diferencia entre los derechos reales y personales. Es decir, se habla de poder, a diferencia de las obligaciones, en las que se habla de facultad de exigir.

La ley es el instrumento jurídico indispensable para la imposición válida de servidumbres ya que ésta, como antes se señalara, implica un desmembramiento del dominio, por lo que en base al artículo 7 y 32 de la Constitución toda limitación al derecho de propiedad entre otros por razones de interés general requiere fundamento legal. También se requiere ley para disponer la privación de la propiedad: expropiación.

La servidumbre creada por la ley constituye una herramienta clave en la planificación y ejecución de obras de infraestructura hidráulica destinadas al cumplimiento de los más diversos cometidos que involucran el agua, como por ejemplo, a regular los excedentes hídricos y prevenir inundaciones, el tendido de las tuberías para el suministro de agua potable, las obras de alcantarillado, y un largo etcétera.

En ese contexto, es fundamental entender cómo se regulan estos derechos, especialmente cuando se trata de bienes que son utilizados en beneficio de la comunidad.

La ventaja que puede destacarse respecto de esta figura, radica en que sobre los terrenos afectados, en muchos casos altamente productivos, donde se desarrollan actividades agrícola-ganaderas o de cualquier otra índole, con la imposición de la servidumbre administrativa se mantiene la propiedad privada y permite, posibilitando la continuación de la explotación de ellos, optimizar la utilización y explotación de los recursos sin descartar la utilización de terrenos productivos.

Se habilita a los propietarios u ocupantes del predio afectado el derecho a ejecutar actos de dominio tales como: explotar, forestar y sembrar, o cualquier otro, y les impone como obligaciones las de permitir la constitución de la servidumbre, no realizando por sí o por terceros, actos o

hechos que impidan, turben, disminuyan u obstruyan el ejercicio de los derechos del titular de la servidumbre o del organismo de aplicación y respetar dentro de ellas las restricciones al dominio que se determinen.

Por su parte, el Estado podrá ejercer por sí o a través de terceros, los derechos que se prevea en el proyecto de infraestructura hidráulica, tales como, instalar los aparatos y mecanismos necesarios para el correcto funcionamiento de las obras; disponer la remoción de construcciones, obstáculos y elementos artificiales o naturales que impidan la ejecución de las obras o atenten contra su seguridad u obstaculicen el ingreso o la permanencia de las masas de aguas; ingresar, transitar y ocupar los terrenos afectados, propios o de terceros que resulten necesarios para el relevamiento, estudio, proyecto, construcción y mantenimiento de las obras, hallándose facultada para requerir en forma directa el auxilio de la fuerza pública para el cumplimiento de sus fines y cualquier otra acción necesaria para el cumplimiento del objeto de la servidumbre constituida.

De todos modos, la resolución que declare expresamente la superficie del predio afectada a la servidumbre administrativa es un acto administrativo y como tal, es impugnable conforme el artículo 317 de la Constitución

La servidumbre administrativa afecta al inmueble y comprende el conjunto de limitaciones al dominio que se imponen a los propietarios y ocupantes de los inmuebles del dominio privado alcanzados, y posibilitará la construcción, operación, vigilancia y mantenimiento de las obras necesarias para el cumplimiento de los cometidos.

La constitución de estas servidumbres administrativas habilitan la realización de todas las actividades que la entidad estatal tiene la facultad de realizar en los predios de propiedad particular, requeridos para el desarrollo de su objeto. Específicamente: pasar por predios ajenos, por una vía aérea, subterránea o superficial, las tuberías o líneas necesarias; ocupar temporalmente las zonas que requieran en esos predios; remover los cultivos y los obstáculos de toda clase que se encuentren en ellos; transitar, adelantar las obras y ejercer vigilancia, conservación y mantenimiento en ellas, emplear los demás medios necesarios para la ejecución y manejo de la construcción de plantas potabilizadoras o de tratamiento de aguas residuales, líneas de interconexión, para la prestación del servicio público de suministro de agua potable y saneamiento, entre otros.

Una de las ventajas más trascendentes de este tipo de servidumbres administrativas es establecer una restricción al dominio de la propiedad privada de un inmueble, evitando así la utilización de la figura de la expropiación de predios privados, disminuyendo de esa manera los costos de ejecución de obras. Para el caso que la servidumbre impidiera darle al predio sirviente un destino económicamente racional, la autoridad de aplicación podrá decidir la expropiación parcial o total del mismo, o el propietario solicitarla

La relación entre los derechos reales y las infraestructuras públicas se manifiesta en varios aspectos. En la medida que las infraestructuras hidráulicas están destinadas a la prestación de cometidos públicos, los derechos particulares sobre los bienes inmuebles se ven limitados, manteniendo el Estado la afectación, bajo un régimen que garantice que se cumpla el interés general, pudiendo disponer servidumbres y expropiaciones.

Al mismo tiempo, el Estado tiene la potestad de regular el uso público de estas infraestructuras, así como dictar normas para el financiamiento con inversiones privadas.

De manera que la interacción entre los derechos reales y las infraestructuras públicas hidráulicas es compleja y requiere un equilibrio entre la propiedad, la regulación estatal y la participación privada para garantizar que se satisfagan las necesidades de la comunidad.

LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

Jorge Danós Ordóñez

Profesor categoría principal en la Facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho. Miembro fundador del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo - FIDA. Ex presidente de la asociación iberoamericana de Estudios de Regulación - ASIER. Miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo . IIDA . Presidente de la Asociación peruana de Derecho Administrativo - APDA.

Sumario: 1.- Nociones acerca de la doctrina de los derechos reales administrativos; 2. Las concesiones en la Constitución Peruana; 3.- Las concesiones como bienes inmuebles en el Código Civil peruano; 4. Las concesiones mineras; 5. El régimen de las asociaciones público privadas (concesiones) en infraestructura y servicios públicos; 6. El régimen de los bienes estatales; **CONCLUSIONES**

El objeto de esta ponencia elaborada para ser presentada en el marco de la Reunion de la Red Internacional de Bienes Públicos es describir en que medida el concepto o categoría de los denominados derechos reales administrativos (nacido en Francia y recepcionado en varios otros ordenamientos europeos y latinoamericanos) ha sido acogida o no por la legislación, la jurisprudencia o la doctrina académica en el Perú. Por tal razón en un primer momento realizaremos una presentación de las características básicas de la doctrina de los derechos reales administrativos en el derecho comparado para a continuación analizar, su posible recepción o no en el Perú: i) desde la perspectiva de la Constitución Política peruana cuando se hace referencia al carácter real de las concesiones de recursos naturales, ii) desde el Código Civil peruano que caracteriza como bienes inmuebles las concesiones para explotar servicios públicos y a las concesiones mineras; iii) desde el marco legal de la actividad minera que dispone que la concesión minera otorga a su titular un derecho real; iv) desde el régimen legal de las concesiones u Asociaciones Público Privadas que dispone en forma expresa que cuando recaigan sobre bienes públicos no otorgan al inversionista un derecho real sobre los mismos y finalmente v) desde el régimen legal que regula a los inmuebles de dominio público.

1.- Nociones acerca de la doctrina de los derechos reales administrativos.

Los autores que han trabajado la categoría coinciden en que fue por primera vez enunciada por Maurice Hauriou con motivo de comentar la jurisprudencia del Consejo de Estado Frances en el arret “Ministerio de Comercio c/ Ferrocarriles de Orleans “ de 1906 que reconocía los derechos exclusivos de goce del concesionario sobre los bienes de dominio público otorgados en concesión, lo que motivo a Hauriou a sostener que se estaba creando una nueva categoría de derechos reales administrativos¹.

La definición mas al uso de los derechos reales administrativos es la aportada por Gonzáles Pérez (opus cit, pg 29) según el cual los derechos reales administrativos, “ *son los derechos reales cuyo objeto son cosas del dominio público*”. Tres elementos integran la definición:

- Es un derecho subjetivo.- Otorga a su titular un poder exclusivo para la protección y tutela del uso, goce o, disfrute (aprovechamiento) respecto de un bien de dominio público, excluyendo a otros privados.
- Es un derecho real.- Además de ser un derecho subjetivo al tener la calidad de derecho real, recae sobre cosas.
- Su objeto es un bien de dominio público.- El concepto derecho real administrativo recae exclusivamente sobre bienes de dominio público, conciliando el carácter inalienable propio de dicha categoría de bienes públicos que los excluye del trafico o comercio privado, para garantizar su afectación a los fines públicos, con el otorgamiento de un haz de facultades al titular del citado derecho.

¹ González Pérez, Jesús. Los derechos reales administrativos. Cuadernos Civitas. 2da edic. 1988, pg 11; Marienhoff, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1988. 1era edic, 3era reimpresión, pg 228; Vergara. Alejandro. La Teoria de los derechos reales administrativos: su lento reconocimiento y actual consagracion como genus y como nomen iuris. En : AAVV Libro homenaje a Ramón Domínguez. Universidad de Concepción. 2014; Pimiento Echeverri, Julián A. Derecho Administrativo de Bienes. Universidad Externado de Colombia 2015, pg 672 y Bautista Flores, Alvaro. Los derechos reales administrativos en la república argentina. En: AAVV Limitaciones al derecho de propiedad y su indemnización. XIII Encuentro de la red Internacional de bienes públicos. República Dominicana, 2025, pg 374.

Cabe preguntarse como se constituye o nace un derecho real administrativo? La mayor parte de la doctrina que trata acerca de esa categoría esta de acuerdo en que la concesión respecto de bienes demaniales es el modo mas usual -sino el único- para crear derechos reales administrativos, no obstante algunos autores apelando al carácter administrativo y no civil de dichos derechos reales, sostienen que la legislación puede establecer otros títulos habilitantes para la explotación de bienes de dominio público, llámese autorizaciones, licencias, etc, a los que también debería reconocérsele la aptitud para generar derechos reales administrativos que doten a sus titulares del haz de atribuciones que le confiere ese tipo de derechos.

Llegado a este punto podemos preguntarnos cual es el contenido o los atributos, es decir las facultades que otorga a su titular un derecho real administrativo? Aunque su contenido es mucho mas variado que el que se le reconoce a los derechos reales en el derecho civil, porque en el caso de los que son objeto de esta ponencia la singularidad reside en que estan referidos a bienes de dominio público sujetos a un régimen jurídico exorbitante para garantizar el destino público de los mismos, creemos que el común denominador esencial es el siguiente:

- Otorga un derecho de exclusividad a su titular .- Con exclusión de terceros.
- Permite su oponibilidad frente a terceros.- Otorga fundamento a las acciones posesorias que el titular del derecho real podría deducir para repeler las eventuales turbaciones que provengan de terceros².
- Permite su transmisibilidad.- Al respecto dice González Pérez (opus cit pg. 63) “Una vez que ha nacido el derecho real administrativo, surge un nuevo bien susceptible de tráfico jurídico privado”, pero sin lugar a dudas sujeto a las condiciones, requisitos y restricciones que pueda establecer el marco legal administrativo que lo regula.
- Admite la inscripción registral del derecho.- Generando la publicidad del derecho real administrativo otorgado frente a terceros, pero tambien la posibilidad que conforme al respectivo marco legal pueda constituirse hipoteca u otras garantías sobre el derecho real.

² Bautista Flores, opus cit, pg 375.

Finalmente, podríamos también preguntarnos cuales son las diferencias entre los derechos reales administrativos y los derechos reales de carácter civil?, de modo que nos sirva para caracterizar mejor a estos últimos. Nos basamos en este punto esencialmente en el trabajo de Fernandez Scagliusi (pg 68)³:

- “Los derechos reales administrativos están siempre sujetos a plazo o término, mientras que los derechos reales civiles se caracterizan por su naturaleza perpetua”.
- “Los derechos reales administrativos solo pueden ser adquiridos por titulo administrativo traslativo (concesión o autorización de uso especial , por lo que no son susceptible de prescripción adquisitiva. En cambio, lo derechos reales civiles, (...) si pueden serlo”.
- Los derechos reales administrativos también se distinguen de los derechos reales del derecho civil por su precariedad⁴, porque la entidad titular del dominio público puede desafectar al bien del dominio público (cuando el ordenamiento se lo permite), o en los casos que pueda ejercer potestades unilaterales de revocación del titulo habilitante (concesión, asociación público privada, etc.), cuando el marco legal aplicable le faculta en forma expresa o el respectivo contrato de concesión le otorga esa potestad invocando razones de interés general, con cargo al pago de la respectiva indemnización.

No compartimos la opinión de Fernández Scagliusi en la parte que señala que en los derechos reales administrativos su titular no puede ejercer por él mismo y en nombre propio las acciones posesorias frente a perturbaciones de terceros, lo que solo sucedería en el caso del titular de un derecho real de carácter civil, porque en este aspecto compartimos la opinión de André de Laudabere citado por Manuel María Diez, para quien por el

³ Fernández Scagliusi, María de los Angeles. La valorización del dominio público. Tesis de doctorado. Universidad de Sevilla. 2014 .
<https://idus.us.es/server/api/core/bitstreams/ed68ee02-fb80-4700-95fd-61cb75c36f83/content>

⁴ Seguimos en esta aspecto a Diez, Manuel María. Derecho Administrativo. Tomo IV. Plus Ultra. Buenos Aires 1987 . Pg 547.

contrario “el derecho real administrativo es oponible a los terceros en condiciones análogas a los derechos reales civiles y en particular mediante la aplicación de las acciones posesorias”.

2. Las concesiones en la Constitución Peruana.

La Constitución peruana vigente de 1993 en su artículo 74°, precepto dedicado al régimen de los bienes de dominio público, a la par que consagra un régimen de protección exorbitante para dichos bienes (inalienabilidad e imprescriptibilidad), también señala que “pueden ser **concedidos** a los particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico”, lo que significa que permite en forma expresa que el Estado pueda otorgar a los privados mediante concesión (o el título que el legislador le quiera dar como asociación pública privada) derechos para usar, disfrutar o explotar económicamente los bienes de dominio público, entre los que se cuenta a los recursos naturales.

Respecto de dichos recursos naturales a los efectos de este trabajo conviene llamar la atención sobre lo que preceptúa en su parte final el artículo 66° de la Constitución peruana que transcribimos a continuación:

Art. 66.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, con patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. **La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.**

Se trata de una de las pocas normas que en el ordenamiento jurídico peruano le otorgan en forma expresa a las concesiones de recursos naturales la calidad de derecho real, con la singularidad que lo hace un dispositivo de carácter constitucional que debido a su jerarquía normativa se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico.

La legislación de desarrollo sobre recursos naturales⁵ establece⁶ que se otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido y en consecuencia la propiedad de los frutos y productos a extraerse, porque el recurso mantenido en la fuente sigue siendo un bien de dominio público. Le asigna a las concesiones el carácter de bienes incorpóreos registrales, que pueden ser objeto de disposición, hipoteca, cesión y reivindicación, conforme a lo que establezcan las normas especiales que regulan a cada recurso natural (minero, forestal, hídrico, hidrobiológico, hidrocarburo, etc.), lo que implica el reconocimiento de facultades que la doctrina reseñada al comenzar este trabajo identifica como propias de los denominados derechos reales administrativos. Sin embargo llamamos la atención que las citadas facultades o atributos están expresamente referidas al título concesional, o de cualquier otro título habilitante, con independencia de la denominación que la legislación sobre la materia haya empleado (concesión, licencia o autorización).

Como se puede apreciar dependerá del marco legal sectorial de desarrollo de cada recurso natural la determinación específica de los atributos o facultades (disposición, hipoteca, reivindicación, etc) que pueda detentar el titular de una concesión o de cualquier otro título legal habilitante sobre recursos naturales.

Aunque la Constitución se refiere en forma expresa a la concesión como el título habilitante por excelencia para el otorgamiento de derechos reales respecto de los recursos naturales, lo cual es el caso de los recursos minerales a través de la concesión minera, cuyo régimen consolidado durante

⁵ Nos referimos a la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales de 1997.

⁶ Artículo 23.- La concesión, aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo.

La concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse. Las concesiones pueden ser otorgadas a plazo fijo o indefinido. Son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta Ley o la legislación especial exijan para mantener su vigencia.

Las concesiones son bienes incorpóreos registrales. Pueden ser objeto de disposición, hipoteca, cesión y reivindicación, conforme a las leyes especiales. El tercero adquirente de una concesión deberá sujetarse a las condiciones en que fue originariamente otorgada. La concesión, su disposición y la constitución de derechos reales sobre ella, deberán inscribirse en el registro respectivo.

años en el Perú consideramos ha sido el directo el inspirador (además de las normas sobre la materia del código civil peruano de 1984) del citado artículo 66° de la Constitución, la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales dispone⁷ que las diferentes modalidades de títulos administrativos habilitantes (licencias, autorizaciones) que otorgan a los privados derechos sobre los recursos naturales regulados en las leyes especiales de cada recurso natural, participan de los mismos alcances de las concesiones, lo que significa que podrían ostentar facultades similares a las de un concesionario conforme lo establezca la ley de la materia.

La caracterización realizada por el artículo 66° de la Constitución peruana de la concesión de recursos naturales como un derecho real sujeto al ordenamiento administrativo que lo regule, cumple sin lugar a dudas un objetivo garantista para el inversionista a quien la Constitución le reconoce un derecho de carácter real que le permite defenderlo de cara al Estado que no puede afectarlo sino en los supuestos que expresamente prevea la ley reguladora del respectivo recurso natural, y oponerlo frente a terceros, así como utilizarlo con las facultades que la ley regula del respectivo recurso natural le otorgue.

3.- Las concesiones como bienes inmuebles en el Código Civil peruano

El Código Civil vigente de 1984 en el Libro V sobre Derechos Reales, cuando clasifica las clases de bienes, establece en su artículo 885° una relación de los que caracteriza como bienes inmuebles, entre los que cuenta determinadas clases de concesiones, norma que transcribimos a continuación:

Artículo 885.- Son inmuebles:

(...)

7.- Las concesiones para explotar servicios públicos.

8.- Las concesiones mineras obtenidas por particulares.

⁷ Artículo 24.- Las licencias, autorizaciones, permisos, contratos de acceso, contratos de explotación y otras modalidades de otorgamiento de derechos sobre recursos naturales, contenidas en las leyes especiales tiene los mismos alcances que las concesiones contempladas en la presente ley, en lo que les sea aplicable.

El código civil peruano caracteriza a las concesiones que tienen la calidad de bienes incorpóreos como inmuebles con prescindencia del criterio de movilidad, porque este último ya no tiene la misma vigencia en la actualidad como sucedía en los cuerpos legales precedentes, como lo hace también con algunos bienes (las naves y embarcaciones), en función de su importancia económica priorizando un criterio de eficacia jurídica – económica, con la finalidad de garantizar publicidad registral, facilitar la constitución de garantías reales (la hipoteca que no debe entregarse al acreedor, a diferencia de la prenda de bienes muebles) y otorgar mayor grado de seguridad jurídica, entre otros fines⁸.

Respecto de las concesiones mineras conforme ya hemos adelantado el artículo 66° de la Constitución peruana confiere a las concesiones de recursos naturales el carácter de derecho real, como también lo señala en forma expresa la ley general de minería que analizaremos en la siguiente sección. Pero las concesiones de servicios públicos, que también serán objeto de análisis posteriormente en este trabajo, no gozan de la misma cobertura constitucional y legal que permita afirmar que tienen naturaleza real y la caracterización que realiza el código civil de las concesiones de servicios públicos como bienes inmuebles no necesariamente conlleva que tengan la calidad de derechos reales, como por el contrario no hay duda que si tienen ese carácter las concesiones mineras.

4. Las concesiones mineras

Las concesiones mineras constituyen la modalidad jurídica existente en el ordenamiento jurídico peruano más cercana a la categoría o concepto

⁸ Comentan el citado dispositivo del Código Civil Peruano: Avendaño Valdez, Jorge y Avendaño A., Francisco. Derechos reales. Colección lo esencial del Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Vol. I Lima 2017, pg 25 haciendo referencia a que las concesiones para explotar servicios públicos son bienes incorpóreos, respecto de los cuales la distinción entre bienes muebles e inmuebles, no tiene sentido alguno; también AAVV Proyectos y ante proyectos de la reforma del Código Civil, Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo editorial 1980 . Tomo I, pg 780; AAVV. (Delia Revoredo compiladora) Exposición de motivos y comentarios. Tomo V, Thomson Reuters. Lima 2015, 2da edición, pg 211 y AAVV Código Civil comentado por más 200 especialistas. Gaceta Jurídica. Lima 2020. Tomo V, pg 26 y ss.

doctrinal de derecho real administrativo conforme se le concibe en el derecho comparado, porque el artículo 66° de la Constitución y las normas sectoriales de la actividad disponen expresamente que la concesión minera tiene la calidad de un derecho real. .

La ley general de minería peruana establece lo siguiente:

ARTÍCULO 10.- La concesión minera otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al concesionario. Las concesiones son irrevocables, en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta ley exige para mantener su vigencia.

La concesión minera es el título incorporal que el Estado confiere mediante acto administrativo para que el titular pueda extraer los recursos naturales mineros en la fuente, además de otorgarle un conjunto de facultades que el ordenamiento legal minero le asigna en calidad de derechos comunes de los titulares de concesiones mineras⁹.

Conforme al artículo 9° de la ley general de minería peruana que transcribimos a continuación la concesión minera que otorga el Estado al privado no comprende a los terrenos superficiales donde se encuentre ubicada, los cuales deberán ser objeto de adquisición o negociación por parte del inversionista para poder desarrollar actividades mineras:

⁹ Forno, Xenia. El Título Minero como acto administrativo habilitante. Revista del Circulo de Derecho Administrativo N8, 2009, pg 59, afirma que: “ la concesión minera otorga a su titular un derecho real consistente en la suma de atributos reconocidos por la ley. En ese sentido, dichos atributos son el derecho a explorar, desarrollar y explotar la concesión; y, consiguientemente, a extraer los recursos minerales convirtiéndose en propietario de los mismos. Asimismo, existen derechos colaterales tales como el derecho a usar el terreno superficial de la concesión, el derecho a solicitar el uso de terrenos eriazos ubicados fuera de la concesión así como servidumbres de diversa naturaleza.

Asimismo, cabe precisar que son derechos reales administrativos de acuerdo a con lo prescrito en el artículo 66° de la Constitución que, es decir, se diferencia del derecho real civil en el hecho de que se encuentra regido por un régimen jurídico especial de Derecho público, cuyas características son distintas a las que exhibe el Derecho Civil”.

ARTÍCULO 9.- La concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM).

La concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada.
(....)

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la concesión minera, resaltando que se trata de un título jurídico que amplía la esfera jurídica del titular otorgándole derechos y facultades para explotar los recursos naturales que son bienes de dominio público:

(Fundamento Jurídico) 102 . *En una economía social de mercado, la concesión es una técnica reconocida en el Derecho Administrativo, mediante la cual se atribuyen derechos a privados para el ejercicio de una actividad económica, por ejemplo sobre los recursos naturales renovables y no renovables, como potestad soberana del Estado para regular su aprovechamiento. Es, en sí misma, un título que «(...) hace nacer en la esfera jurídica de su destinatario privado derechos, facultades, poderes nuevos hasta entonces inexistentes (...)»; es decir, se trata de un acto administrativo de carácter favorable o ampliatorio para la esfera jurídica del destinatario, e implica la entrega, sólo en aprovechamiento temporal, de los bienes de dominio público, estableciéndose una relación jurídica pública subordinada al interés público, y*

no de carácter sinalagmático. Por ello, es la declaración o autonomía de la voluntad estatal la que establece la concesión para un particular.
(el subrayado es nuestro)

Recapitulando la concesión minera en el Perú tiene la calidad de derecho real porque lo establece la Constitución Política (art. 66°) y también la ley general de minería (art. 10°), de manera concurrente a la condición jurídica de bien inmueble porque lo dispone el Código Civil (numeral 8 del art. 885°), se trata de un bien incorporal que confiere a su titular los derechos que establece la ley reguladora de la actividad de aprovechamiento del respectivo recurso natural (minero). Se otorga con vocación de perpetuidad, es decir por un plazo indefinido porque el Estado esta impedido de declarar la caducidad de la concesión minera (art. 59°) a excepción de los casos en que el titular no cumpla con la obligación de pago del derecho de vigencia (art. 39°) y las obligaciones de producción mínima (art. 38°). Por su carácter de derecho real el titular de la concesión minera esta facultado para excluir a terceros para que no realicen actividades mineras en el área concesionada¹⁰. Asimismo subraya Salazar que la calidad de derecho real hace que no solo sea oponible frente a terceros privados, sino incluso respecto del Estado¹¹. La concesión minera es susceptible de hipotecarse (art. 172°)

¹⁰ También lo establece la misma ley general de minería : Artículo 127°.- Por el título de la concesión, el Estado reconoce al concesionario el derecho de ejercer exclusivamente, dentro de una superficie debidamente delimitada, las actividades inherentes a la concesión, así como los demás derechos que le reconoce esta Ley, sin perjuicio de las obligaciones que le correspondan.

¹¹ Salazar Niño, Elvis. La concesión minera y el derecho de aprovechamiento, un equilibrio entre lo público y lo privado. Publicado en revista Derecho Y Sociedad N° 42, en la pg 370 afirma que: “...no debería ser necesario recurrir a la propiedad para oponer el derecho de aprovechamiento frente a acciones de terceros (particulares o decisiones del propio Estado, por ejemplo a nivel regional o local) que perturben los derechos otorgados por la Concesión Minera, en la medida que del régimen general de los derechos reales; es decir, de las condiciones inherentes a todo derecho real (la posibilidad de oponerse) debería bastar para evitar o suspender cualquier perjuicio o por parte del propio Estado de abstenerse de cualquier medida que lo perjudique; más aún si la propia Constitución reconoce que la concesión sobre recursos naturales otorga a su titular un derecho real³⁷, declaración que no cobra sentido si a nivel Constitucional y dado el régimen de Economía Social de Mercado³⁸ no se traduce en una protección efectiva los derechos conferidos

5. El régimen de las asociaciones público privadas (concesiones) en infraestructura y servicios públicos

En el Perú el marco legal general (vigente al momento de escribir este trabajo) de los contratos de asociaciones pública privadas o concesiones esta contenido en la ley 32441 y su reglamento¹². En esencia comprende proyectos vinculados al desarrollo de infraestructura pública y de servicios públicos. Los contratos de asociación pública privada no constituyen una categoría contractual excluyente porque mas allá de que el marco legal tiende a caracterizarlos como contratos de largo plazo con inversionistas privados para garantizar niveles de servicios óptimos para los usuarios, en los que se distribuyen riesgos y recursos, en este último caso, preferentemente privados, lo cierto es que el marco legal establece expresamente que tambien comprende y de manera enunciativa, contratos de concesión, de operación y mantenimiento, de gerencia, así como cualquier otra modalidad permitida por la normativa vigente (Reglamento, art. 37.3)

El ordenamiento legal descrito coexiste con otros regímenes legales sectoriales específicos de servicios públicos (telecomunicaciones, energía, transporte, distribución de hidrocarburos, etc.) que tambien regulan el régimen de las concesiones en dichos servicios públicos.

Para efectos de este trabajo nos interesa poner de relieve un dispositivo del referido marco legal de asociaciones público privadas o concesiones que de manera expresa dispone que el referido titulo concesional no confiere un derecho real sobre los bienes públicos comprendidos en la infraestructura o que se utilicen en la prestación de los servicios públicos objeto del respectivo contrato de concesión:

Artículo 24. Contratos de Asociación Público Privada

(....)

24.2 El inversionista puede explotar los bienes objeto del contrato de Asociación Público Privada, directamente o a través de terceros, de acuerdo al

¹² Ley N° 32441, ley que regula la promoción de la inversión privada mediante asociaciones público privadas y proyectos en activos, publicado el 16 de setiembre de 2025 y es reglamentado por el Decreto Supremo N° 316-2025-EF, publicado el 24 de diciembre del 202

Reglamento, manteniendo en todo momento su calidad de único responsable frente al Estado peruano. Sin perjuicio de lo anterior, los proyectos de Asociación Público Privada que recaigan sobre bienes públicos, **no otorgan al inversionista un derecho real** sobre los mismos.

(....)

No tenemos duda que con el citado dispositivo el legislador ha querido dejar sentado de manera incuestionable que los contratos de concesión de infraestructura o de servicios públicos aunque permiten a sus titulares explotar o utilizar los bienes de dominio público expresamente contemplados en el contrato, para el desarrollo del respectivo proyecto de infraestructura o de servicios públicos, en ningún caso generan para sus titulares derecho real alguno sobre los bienes estatales, es decir los de dominio privado del Estado y los de dominio público.

A diferencia de lo que se sostiene en la doctrina de los derechos reales administrativos en el régimen legal peruano el concesionario de infraestructuras (carreteras, aeropuertos, puertos, vías férreas, etc) y de servicios públicos no adquiere un derecho de carácter real que se despliegue sobre los bienes comprendidos en el contrato de concesión (incluidos los bienes de dominio público), aunque el concesionario goce de facultades exclusivas de uso y explotación sobre dichos bienes de dominio público con facultades de oponibilidad frente a terceros, de manera similar al del titular de un derecho real administrativo, pero sin tener esa calidad porque el dispositivo citado que regula los contratos de asociación público privado no reconoce esa categoría.

Pero a pesar que el régimen legal refuerza la titularidad y control del Estado sobre los bienes de dominio público objeto de un contrato de concesión o de asociación público privada, impidiendo que el concesionario pueda tratarlos como propios, sin embargo llama la atención que en el Perú a efectos del pago del impuesto municipal que grava la propiedad predial sobre la cual se asienta la respectiva infraestructura materia del contrato de concesión, el marco legal que regula dicho impuesto dispone que el obligado al pago sobre la propiedad de dichos predios debe ser el concesionario a quien se le confiere

por mandato legal la calidad de contribuyente aunque no tenga la condición de propietario¹³.

Los aspectos en los que los contratos de asociación público privada o de concesiones guardan semejanza con las características que la doctrina comprada identifica como propia de los derechos reales administrativos es que el respectivo marco legal establece que “el contrato constituye título suficiente para que el inversionista haga valer los derechos que dicho instrumento le otorga frente a terceros(...)” (art. 24.1); asimismo admite la hipoteca sobre el derecho de concesión sujeto a autorización de la entidad pública concedente (arts. 30.1 y 30.2); permite también que puedan constituirse “garantías sobre los ingresos respecto a obligaciones derivadas de dicho contrato y de su explotación, así como garantías mobiliarias sobre las acciones o participaciones del inversionista” (art.30.3), incluso deja la puerta abierta para que en el mismo contrato se admita la posibilidad que el concesionario pueda otorgar otras garantías, “conforme a la normativa vigente”; también acepta la posibilidad de la cesión de posición contractual siempre que el contrato lo regule de manera que permita “garantizar una adecuada continuación del proyecto” (art. 114°), e incluso aunque la ley de la materia no lo regula, no son escasas las veces que se ha conocido que el derecho de concesión ha sido entregado por su titular para formar parte de activos fideicometidos, en operaciones de financiamiento del concesionario.

Como se puede observar la mayor parte de las facultades o atributos que el marco legal reseñado reconoce al titular del contrato de concesión, similares a lo que la doctrina caracteriza como propios de la categoría del derecho real administrativo, responden a la necesidad de facilitar el financiamiento del inversionista permitiéndole que pueda otorgar garantías en relación al título de la concesión que actúa como un activo patrimonial independiente para respaldar la obtención de financiamiento para la ejecución de sus obligaciones contractuales.

¹³ Ley de tributación municipal : “**Artículo 9.-** Son sujetos pasivos en calidad de contribuyentes, las personas naturales o jurídicas propietarias de los predios, cualquiera sea su naturaleza. Excepcionalmente, se considerará como sujetos pasivos del impuesto a los titulares de concesiones, respecto de los predios que se les hubiesen entregado en concesión, durante el tiempo de vigencia del contrato. (...)”. Texto conforme al artículo 1° de la Ley N° 27305, publicada el 14 de julio del 2000.

En este punto nuevamente hacemos notar que las referidas facultades que tienen rasgos similares con algunos de los atributos que se reconocen a los derechos reales administrativos, la legislación de asociaciones público privadas peruana centra su fuente en el título que es el contrato de concesión y no sobre los bienes públicos (incluidos los de dominio público) cuyo uso o explotación ha sido conferido al inversionista, pero que el régimen legal de manera expresa establece que no le otorga un derecho real sobre los citados bienes¹⁴.

6. El régimen de los bienes estatales

La legislación peruana desarrolla los aspectos jurídicos centrales del régimen de los bienes de dominio público, principalmente de los bienes que tienen la calidad de inmuebles, como los predios o edificaciones en el marco legal del sistema de bienes nacionales¹⁵.

El art. 29.1 de la ley que regula los bienes nacionales ya no concibe a la concesión como el único título habilitante que permite a los particulares el uso privativo o explotación de los bienes de dominio público, porque inspirado en la necesidad de potenciar económicamente (rentabilizar) los bienes de dominio público ha establecido que las entidades pueden constituir además de la concesión, otros derechos sobre los bienes públicos tales como: usufructo, servidumbre común, arrendamiento, cesión en uso, comodato e incluso otros derechos que no impliquen enajenación del inmueble de dominio público (debido a su inalienabilidad), a condición de que no se desnaturalice o obstaculice el normal funcionamiento del uso público del bien o la prestación del servicio público, al que pueda estar destinado.

En otras palabras la legislación peruana en materia de bienes inmuebles de dominio público ha evolucionado desde una política

¹⁴ En argentina Fanelli Evans, Guillermo y Gabay, Mónica. Los derechos reales administrativos y el servicio público de agua y saneamiento. En Revista de administración pública argentina, Mayo del 2001, pgs, 76, 77 y 78. son escépticos acerca de la utilidad de aplicar la teoría de los derechos reales administrativos en los contratos de concesión del orden federal porque consideran que no añaden al concesionario ningún poder especial que no se derive ya del propio régimen del contrato.

¹⁵ Ley N° 29151 del sistema nacional de bienes estatales, según Texto Unico Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo 019-2019-VIVIENDA y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2021-VIVIENDA.

esencialmente conservacionista del dominio público, destinada principalmente a preservar su integridad, a otra postura que pone énfasis en la necesidad de valorizarlo, de proporcionarle una utilización económica, sin poner en peligro su afectación a los fines públicos.

A diferencia de la legislación que regula las concesiones mineras y los contratos de asociación público privada (concesiones) la legislación de bienes estatales, que regula el régimen de los bienes de dominio público que son inmuebles, no contempla facultades especiales para los privados titulares de las concesiones u otras figuras jurídicas que la ley permite para el aprovechamiento de los citados bienes, adicionales a las que son propias de dichas figuras contractuales.

CONCLUSIONES

1.- En el ordenamiento jurídico administrativo peruano la categoría de los derechos reales administrativos que en la doctrina de derecho comparado se reconoce a los privados en relación a los contratos de concesión u otros títulos habilitantes respecto de bienes de dominio público, para conciliar la regla de la inalienabilidad de dicho tipo de bienes con la protección de los derechos del titular de los referidos títulos habilitantes, no constituye un concepto legal codificado o una categoría jurídica definida o caracterizada legalmente. Tampoco ha sido recepcionada por la jurisprudencia contenciosa administrativa o constitucional ni ha tenido una amplia acogida en la doctrina académica en el Derecho Administrativo peruano.

2.- La concesión minera constituye la modalidad jurídica existente en el ordenamiento jurídico peruano mas próxima a la categoría o concepto doctrinal de derecho real administrativo conforme se le concibe en el derecho comparado, porque el artículo 66° de la Constitución y la ley general de minería establecen en forma expresa que la concesión minera tiene la calidad de un derecho real, y el código civil le confiere la calidad de bien inmueble. Las facultades típicamente reales que se reconocen al concesionario minero (oponibilidad erga omnes, exclusividad, inscripción, transmisibilidad y constitución de hipotecas) son establecidas por la ley reguladora de la actividad minera y no derivan directamente propiamente de un concepto de derecho real administrativo.

3.- El régimen legal de los contratos de asociación pública privada o concesiones para el desarrollo de proyectos de infraestructura y de concesiones de servicios públicos establece en forma expresa que dichos títulos habilitantes no otorgan al inversionista un derecho real sobre los bienes públicos que comprenda. Sin embargo el referido marco legal confiere al titular de la concesión una relación de facultades análogas a lo que la doctrina tipifica como característicos del concepto de derecho real administrativo.

4.- En el ordenamiento jurídico administrativo peruano las facultades similares a las que la doctrina de los derechos reales administrativos reconocen a sus titulares derivan esencialmente de la concesión o del título habilitante que el marco legal haya previsto para acceder al uso exclusivo para la explotación o uso de un bien de dominio público, pero se observa que la legislación privilegia la preservación (intangibilidad) del dominio público razón por la cual señala en el caso de las concesiones mineras que el recurso natural en la fuente sigue en dominio del Estado y en el caso de los contratos de asociación público privada o concesiones, que no otorgan al privado un derecho real sobre los bienes de dominio público involucrados.

Lima, febrero del 2026

EL RÉGIMEN DE LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS EN EL PERÚ Y LOS PROBLEMAS DE LA GESTIÓN DEL PATRIMONIO ESTATAL EN EL SISTEMA NACIONAL DE BIENES ESTATALES

Richard Martin Tirado

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho Administrativo. Maestría en Derecho Internacional Económico. Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad de Piura y ESAN. Miembro Asociado del Foro de Derecho Administrativo. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación-ASIER. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo.

Sumario: I. Introducción; II. La problemática de la gestión del patrimonio estatal en el Perú; 2.1 La posibilidad de evaluar los problemas de la gestión del patrimonio estatal desde la óptica de los derechos reales administrativos; 2.2 Concepto de derechos reales administrativos; 2.3 El sistema de bienes nacionales constituye un instrumento de protección del patrimonio estatal; 2.3.1 La estructura del régimen jurídico del patrimonio estatal; 2.3.2 El régimen jurídico aplicable al patrimonio de titularidad estatal en la Constitución Política de 1993; 2.3.3 Diferencias entre la noción de dominio privado y dominio público y su incidencia en el régimen de gestión del patrimonio estatal; 2.3.4 Los derechos reales administrativos reconocidos en la regulación del régimen de bienes nacionales; 2.4 Diferencia con los derechos reales civiles; III. Hacia la identificación de la SBN como el ente rector del SNBE como un sistema de gestión de derechos reales administrativos; 3.1 El Sistema de Información Nacional de Bienes Estatales (SINABIP); 3.2 Rol técnico de la SBN; 3.3 Límites competenciales de la SBN; IV. CONCLUSIONES

I. Introducción

El objeto de la presente ponencia es efectuar un breve balance sobre el régimen de gestión del patrimonio estatal en el Perú y la constatación de una contradicción objetiva entre el marco normativo aplicable y la forma en la que se efectúa la gestión de dicho patrimonio. El Perú no es ajeno al divorcio entre la ley y su aplicación en sus diversos ámbitos, pero ello no puede ser la excusa para no emprender una serie de cambios. En el caso del patrimonio de titularidad estatal, si bien existe un problema estructural con respecto a la titularidad de los bienes que integran el patrimonio estatal en los diversos

niveles de organización del Estado (nacional, regional y local), también es cierto, que existen problemas vinculados a la gestión sobre los mismos.

Es un hecho objetivo que el Estado es el mayor propietario de bienes inmuebles. Inclusive hay entidades como las sociedades de beneficencia pública que, por mandato legal, asumen la titularidad de diversos bienes, sin que ello se acompañe de una adecuada gestión de su patrimonio.

La realidad nos demuestra que se carece de un control real y efectivo sobre gran parte del patrimonio de titularidad del Estado, y que ello se explica por una serie de elementos disfuncionales que escapan al marco normativo. En función de ello, se han identificado un conjunto de predios sin saneamiento físico-legal, la existencia de una serie de duplicidades y superposiciones en materia registral, la posesión informal sobre predios estatales, la constatación de irregularidades en la gestión de predios otorgados en afectaciones en uso, y una excesiva judicialización con respecto a los predios de titularidad estatal. Todo ello, no hace sino reflejar, una flagrante y objetiva debilidad en la gestión del patrimonio estatal que excede el ámbito normativo.

La problemática antes descrita, no se origina en la ausencia de un marco normativo, sino en la forma en que se gestionan los bienes de titularidad del Estado en los diferentes niveles de su organización. A diferencia de lo que ocurre en la gestión de la propiedad privada, donde la lógica individual y registral suele ser suficiente para estructurar la relación jurídica con el bien¹, en el caso de la gestión del patrimonio estatal se advierte, entre otras causas, la existencia de múltiples entidades, finalidades públicas dispersas, la concurrencia de diversos regímenes especiales sobre un mismo bien, la asignación de competencias superpuestas, etc. Ello exige por parte del Estado, la reformulación de un modelo de gestión que trascienda la mera inscripción registral o la titularidad formal y se concentre en su eficiencia.

¹ Para Morales, desde una perspectiva de derecho privado, no hay duda que la propiedad es un derecho subjetivo conformado por facultades, esto es, modos a través de los cuales puede ejercitarse el derecho. La facultad es una conducta que en potencia se conecta a la titularidad de un derecho subjetivo y, consecuentemente, a un juicio de valor expresado por el ordenamiento jurídico en relación de interés privado merecedor de particular protección. Así, el propietario de un predio tiene la facultad de disfrutar del bien objeto de su derecho. (...). El ejercicio de facultades es una forma de ejercitar el derecho y, por ello, configura el contenido mismo. (...). Morales Hervias, R. (2013). La propiedad en las situaciones jurídicas subjetivas. En: Estudios sobre la propiedad. Págs. 91-110.

II. La problemática de la gestión del patrimonio estatal en el Perú

2.1 La posibilidad de evaluar los problemas de la gestión del patrimonio estatal desde la óptica de los derecho reales administrativos

No se puede efectuar una aproximación al fenómeno de la gestión del patrimonio estatal en el Perú, sin la determinación previa del objeto de estudio de los derechos de propiedad. En tal sentido, para autores como Gonzales Barrón, *“la propiedad privada se basa en la idea de disfrute individual, exclusivo y excluyente, pero en el lado opuesto se encuentra en el disfrute comunitario de toda la sociedad, sin que pueda excluirse uno del otro, y que podría identificarse con el régimen de los bienes de uso público, en el que la primacía la tiene el bien común”*².

Siendo ello así, el verdadero problema al momento de evaluar el régimen normativo del patrimonio estatal, no es determinar quien ostenta la titularidad sobre los mismos, sino la forma en que son administrados, bajo qué título son utilizados, el sustento técnico-legal que habilita su gestión, y la forma en que se garantiza que dicho patrimonio responda a una finalidad pública compatible con el régimen de propiedad estatal³. La falta de respuestas claras y precisas sobre este aspecto, explican en gran parte los conflictos patrimoniales en los que se encuentra inmerso el Estado peruano.

A partir de lo señalado, es se puede afirmar que el análisis del régimen del patrimonio de titularidad estatal ha sido abordado en nuestro país casi en forma generalizada desde las categorías exclusivas del derecho civil y no del propio derecho administrativo. En función de ello, se han privilegiado los estudios de la propiedad como un derecho real principal regulado en el Código Civil y respecto del cual se derivan un conjunto de atributos y características, y en contrapartida, se ha omitido un análisis del derecho de

² Gonzales Barrón, G. (2018). Amparo constitucional en defensa de la propiedad. Gaceta Jurídica, Lima. Pág. 85.

³ Jiménez Murillo, R. (2019). Comentarios a la Ley y Reglamento del Sistema Nacional de Bienes Estatales. Estudio y análisis. Instituto Pacífico-Lima. Págs. 1-552. “Cuando una entidad estatal aprueba un acto administrativo, bajo cualquier modalidad, sea a título oneroso o gratuito, es porque decide otorgar el uso y/o propiedad del bien inmueble de su dominio estatal para que sea destinado a fines acordes con el ordenamiento legal vigente. (...) No es admisible que un activo estatal sea base de rentabilidad a propósito de una actividad contraria a los fines públicos. Con mayor razón si se trata de una entidad pública”. Pág. 190.

propiedad como un derecho real sujeto a reglas especiales en el ámbito administrativo.

En efecto, para autores civilistas como Morales, *“no hay duda que la propiedad es un derecho subjetivo conformado por facultades, esto es, modos a través de los cuales puede ejercitarse el derecho. La facultad es una conducta que en potencia se conecta a la titularidad de un derecho subjetivo y, consecuentemente, a un juicio de valor expresado por el ordenamiento jurídico en relación de interés privado merecedor de particular protección. Así, el propietario de un predio tiene la facultad de disfrutar del bien objeto de su derecho. (...). El ejercicio de facultades es una forma de ejercitar el derecho y, por ello, configura el contenido mismo”*⁴.

El enfoque del derecho civil si bien es relevante en otras circunstancias, es insuficiente para explicar la complejidad del régimen jurídico aplicable al patrimonio de titularidad del Estado. Es indudable que las entidades públicas no se vinculan con dicho patrimonio sólo a través de relaciones de dominio en el sentido civil, sino mediante potestades públicas que se han desarrollado en base al derecho privado por ser de mayor antigüedad que el derecho público. Al respecto, autores como Bautista Flores, nos señalan que históricamente los bienes estatales están atravesados por una regulación tanto de derecho público como privada. Ello se refleja en los siguientes términos:

“Debe recordarse que la circunstancia histórica de que muchas de las instituciones que integran el núcleo dogmático del derecho administrativo hayan sido cronológicamente elaborados y utilizados primero en el seno del derecho privado que en el derecho público; no significa que sean de naturaleza esencialmente privada. Por ello, dichas instituciones no son figuras de regulación monopólica por el derecho privado o por el derecho público, sino que se perfilan como institutos comunes al derecho público y al derecho privado

⁴ Morales Hervias, R. (2013). La propiedad en las situaciones jurídicas subjetivas. En: Priori Posada, G. Estudios sobre la propiedad. Págs. 91-110.

siendo figuras genéricas que pertenecen a la teoría general del derecho”⁵.

2.2 Concepto de derechos reales administrativos

La noción de derechos reales administrativos surge como respuesta a una insuficiencia conceptual del derecho civil para explicar el tipo de vínculos jurídicos que se establecen sobre los bienes estatales. Así, Jiménez Murillo señala que *“la titularidad constituye el poder jurídico que el Estado ejerce sobre los bienes de dominio público. Se distancia en lo esencial del derecho de propiedad [propiedad civilista], que sí es aplicable a la esfera estatal de manera residual a los bienes de dominio privado o bienes patrimoniales. La titularidad se fundamenta en el ejercicio del título que proviene de la Ley”⁶.*

El derecho civil define a los derechos reales como aquellos que confieren a su titular un poder directo e inmediato sobre una cosa, con la posibilidad de oponer dicho derecho frente a terceros. Si bien se reconoce que dichos derechos también deben ser ejercidos en armonía con el interés público, el vínculo jurídico de base es distinto al que existe respecto a los bienes estatales. Al respecto, Fernández Arce afirmaba que *“la función de la propiedad no se agota únicamente en dar el servicio al individuo que la posee, porque ella tiene, además una función eminentemente social que la hace estar siempre abierta para que las personas alcancen el sustento. Por ello, debe ser regulada procurando servir al bien común, y está gravada por una hipoteca social, como dice Juan Pablo II”⁷.* De modo similar, Kresalja y Ochoa indican que *“la propiedad de derecho subjetivo e inviolable pasó a ser un derecho que entraña obligaciones, cuyo uso debe estar simultáneamente al servicio del*

⁵ Bautista Flores, Álvaro. (2025). Los derechos reales administrativos en la República Argentina. Págs. 369-397. En: García Álvarez, G; Pimiento Echeverri, J; Alíes Rivas y Pacao, J. (Editores). Limitaciones al derecho de propiedad y su indemnización. Estudios sobre la función social de la propiedad. XII Encuentro de la Red Internacional de Bienes Públicos. República Dominicana. Pág. 380.

⁶ Jiménez Murillo, R. (2020). Propiedad estatal y régimen del patrimonio público. Gaceta Jurídica, Lima. Pág. 48.

⁷ Kresalja, B. y Ochoa, C. (2020). Derecho Constitucional Económico. Tomo I. Economía Social de Mercado y derechos económicos fundamentales. Fondo Editorial PUCP. Lima. 1-562. Pág. 296.

interés común”⁸. Por su parte, según Pimiento, el derecho de propiedad mantiene una relación estrecha con el interés general. La función social se ha convertido en el lugar común que justifica la imposición de limitaciones y restricciones que se imponen a la propiedad con el propósito de garantizar intereses no dominiales y trasladar esa carga al propietario⁹.

En el ámbito del patrimonio de titularidad del Estado, se configuran relaciones directas, estables y oponibles respecto de un bien determinado respecto del cual se ejercen funciones, atribuciones, y prerrogativas que giran esencialmente en torno a los fines públicos asignados a cada uno y que deben procurar cumplir las entidades públicas a cargo de dichos bienes.

La Resolución No 025-2025/SBN-ORPE¹⁰, señala lo siguiente:

La Superintendencia Nacional de Bienes Estatales (...) es el ente rector del Sistema Nacional de Bienes Estatales (SNBE) encargado de normar y supervisar las acciones que realicen las entidades que conforman el mencionado sistema, en materia de adquisición, disposición, administración y registro de los bienes estatales a nivel nacional, así como de ejecutar dichos actos respecto de los bienes estatales que se encuentran bajo su competencia, procurando optimizar su uso y valor, conforme al Texto Único Ordenado de la Ley 29151, Ley del Sistema Nacional de Bienes Estatales y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 008-2021-VIVIENDA.

⁸ Kresalja, B. y Ochoa, C. (2020). Derecho Constitucional Económico. Tomo I. Economía Social de Mercado y derechos económicos fundamentales. Fondo Editorial PUCP. Lima. 1-562. Pág. 298.

⁹ Pimiento Echeverri, J. (2025). Fundamentos y límites de la intervención del Estado en el derecho de propiedad. Págs. 3-47. En: García Álvarez, G; Pimiento Echeverri, J; Alíes Rivas y Pacao, J. (Editores). Limitaciones al derecho de propiedad y su indemnización. Estudios sobre la función social de la propiedad. XII Encuentro de la Red Internacional de Bienes Públicos. República Dominicana.

¹⁰ Resolución No 0009-2025/SBN-ORPE, de fecha 23 de diciembre de 2025 recaída en el Expediente No 022-2025/SBN-ORPE.

La SBN tiene que buscar optimizar el uso y el valor del bien estatal principalmente verificando que se cumpla con la finalidad de uso público o servicio público de los bienes que son responsabilidad de las entidades o incluso cuando se ha otorgado títulos habilitantes en favor de los particulares. Esta particularidad de la relación jurídica con los bienes estatales moldeada por los fines públicos obliga a conceptualizar un régimen propio que permita regular la administración, uso y disposición de los bienes de titularidad estatal de manera eficiente.

Álvarez Hernández¹¹ señala sobre la titularidad de los derechos reales administrativos lo siguiente:

“La titularidad del derecho real administrativo parece un asunto de fácil determinación, sin embargo, la participación del particular y los terceros obliga a un examen de cuidado.

El sujeto activo es la persona física o jurídica a la cual el Estado le otorga el ejercicio de las actividades pertinentes para la eficacia del interés público. Esta idea no excluye en el primero un fin propio de naturaleza privada. La exigencia es clara: el interés privado se debe desarrollar en concordancia con el interés público.

[...]

El sujeto pasivo se reconoce como toda persona. En el derecho real privado se admiten los efectos erga omnes para el ejercicio y la defensa del mismo. Así, el sujeto activo tiene una potestad defensiva contra cualquier tercero que amenace o violente el ejercicio de su derecho. Tratándose del derecho real administrativo, la potestad defensiva la ejecuta el sujeto activo contra terceros y en ciertos casos incluso contra el mismo Estado.”

¹¹ “Derechos Reales Administrativos” (2011). En: Revista de Ciencias Jurídicas, San José, Universidad de Costa Rica-Colegio de Abogados, número 126, septiembre-diciembre, pp. 65-87.

Según este autor, el sujeto activo es la persona, ya sea física o jurídica, a quien el Estado otorga la posibilidad de ejercer las actividades necesarias para la eficacia del interés público; sin embargo, este reconocimiento no excluye la presencia de un interés privado, siempre y cuando éste se desarrolle en concordancia con el interés público.

En este marco, la perspectiva de los fines públicos y el interés público resulta central para comprender la naturaleza de los títulos administrativos regulados en la Ley 29151, en tanto que los derechos otorgados por el Estado, como el usufructo, la cesión en uso o el derecho de superficie, buscan armonizar los fines privados con los objetivos públicos.

Como señala Álvarez Hernández, en el derecho real de tipo civil, la defensa de la persona titular del derecho de propiedad opera *erga omnes*, esto es, le permite al titular ejercer acciones contra cualquier tercero que intente perturbarlo. En el caso del derecho real administrativo, esta potestad defensiva puede ejercerla incluso frente al mismo Estado en determinados supuestos, reforzando la idea de que el Estado no solo otorga derechos de uso, sino que también reconoce al particular un espacio de protección y autonomía para desarrollar su actividad conforme al interés público.

En consecuencia, los derechos reales administrativos constituyen un instrumento jurídico imprescindible para la correcta administración del patrimonio público, pues permiten armonizar la titularidad del Estado con el ejercicio de facultades directas sobre sus bienes, evitando conflictos y promoviendo una gestión eficiente y conforme al interés público.

En este sentido, la Ley 29151 y su Reglamento han pretendido estructurar procedimientos administrativos y establecer un sistema armónico y coherente de titularidades y responsabilidades, en virtud del cual, el ejercicio de derechos sobre bienes de titularidad estatal implica adoptar un adecuado equilibrio entre los intereses públicos y privados. En este sentido, Jiménez Murillo señala que *“el marco normativo del sistema se conecta integralmente al régimen jurídico de la propiedad estatal, el mismo que entendemos como el conjunto de instituciones jurídicas y disposiciones legales que regulan el quehacer administrativo y operativo de todos los bienes estatales”*¹².

¹² Jiménez Murillo, R. (2024). Estudio y comentarios: bienes inmuebles y muebles de propiedad estatal. Sistema Nacional de Bienes Estatales. Sistema Nacional de Abastecimiento. Instituto Pacífico y Actualidad Gubernamental. Pág. 108.

El enfoque mencionado constituye, en efecto, un punto de quiebre conceptual, ya que desplaza la atención de la mera titularidad formal del Estado hacia la gestión efectiva de los derechos reales administrativos como instrumentos de política pública y de coordinación entre el Estado y los particulares para alcanzar las finalidades públicas asignadas a los bienes estatales.

En el ordenamiento jurídico peruano se identifican una serie de figuras de especial incidencia para el análisis de los derechos reales administrativos como la afectación en uso, la cesión en uso, el derecho de superficie, el usufructo, las servidumbres administrativas o las concesiones. El análisis de dichos actos de administración de bienes estatales no puede comprenderse únicamente desde la lógica civil clásica.

Por consiguiente, para efectos del presente documento, el estudio de la gestión del patrimonio estatal exige desplazar el foco desde la perspectiva del derecho de propiedad hacia la gestión de los derechos reales administrativos. Este cambio de enfoque nos permitirá comprender que el eje del sistema no está en el análisis del dominio, sino en la correcta administración, asignación, control y supervisión del uso de los bienes de titularidad estatal.

2.3 El sistema de bienes nacionales constituye un instrumento de protección del patrimonio estatal

La protección del patrimonio estatal no depende únicamente de la aprobación de normas sustantivas ni de la actuación aislada de cada entidad pública, sino de la eficacia del sistema encargado de ordenar y supervisar el régimen de los bienes de titularidad estatal. En el Perú, esta tarea se encuentra a cargo del Sistema Nacional de Bienes Estatales (SNBE), y su ente rector la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales (SBN)¹³.

¹³ “El SBNE no tiene antecedente legislativo, ni tampoco en lo que respecta a un ente rector. La SBN no tiene desde su creación el estatus y funciones de ente rector, menos tiene a su cargo la conducción de un sistema administrativo funcional de alcance nacional. El SNBE avanza en el tiempo, pero también asume retos, como forma parte de las decisiones políticas que asume el Poder Ejecutivo, como el caso, de coexistir con el Sistema Nacional de Abastecimiento”. En Jiménez Murillo, R. (2024). Estudio y comentarios: bienes inmuebles y muebles de propiedad estatal. Sistema Nacional de Bienes Estatales. Sistema Nacional de Abastecimiento. Instituto Pacífico y Actualidad Gubernamental. Pág. 229.

2.3.1 La estructura del régimen jurídico del patrimonio estatal

El régimen jurídico que regula el patrimonio de titularidad del Estado se sustenta en un conjunto de normas que se complementan entre sí. En primer lugar, cabe destacar la protección que se otorga al derecho de propiedad en el marco de la Constitución Política de 1993¹⁴, la cual establece los principios fundamentales que sustentan la protección del derecho de propiedad y en su caso, del patrimonio estatal. En segundo lugar, existen un conjunto de disposiciones que regulan la organización y funcionamiento del SNBE, y que establecen el marco normativo referido a la administración, uso y disposición de los bienes del Estado. Finalmente, es posible identificar un conjunto de normas especiales referidas a la propiedad estatal y que complementan este marco general.

2.3.2 El régimen jurídico aplicable al patrimonio de titularidad estatal en la Constitución Política de 1993

La Constitución Política de 1993 constituye la norma suprema del país y establece los principios fundamentales que regulan el patrimonio estatal¹⁵.

¹⁴ Al respecto, puede leerse a Flores Nano, L. (2015). La economía social de mercado. Pasado, presente y futuro. Instituto Pacífico; Ochoa Cardich, C. (2020). El Estado Social en la Constitución de 1993. Evolución, interpretación y proyección garantista en el Perú. Palestra Editores; Priori Posada, G. (2013). Estudios sobre la propiedad. Fondo Editorial PUCP; Sánchez Povis, L. (2014). La intervención pública sobre la propiedad y sus límites en la teoría de la regulación expropiatoria. Hacia un nuevo régimen de protección patrimonial del administrado. (Tesis PUCP).

¹⁵ Flores Nano, L. (2015). La economía social de mercado. Pasado, presente y futuro. Instituto Pacífico, pág. 240; da cuenta de que “el derecho de propiedad cuenta con extenso reconocimiento constitucional, siendo uno de los derechos que se encuentra consagrado en más de un apartado de la Constitución de 1993. En primer lugar, se encuentra un reconocimiento expreso a la propiedad, en conjunto con el derecho a heredar, en el artículo 2, inciso 16. La ubicación en el texto, como parte del listado que ofrece el artículo 2, es inequívoco respecto de la calidad de derecho constitucional ius fundamental. Sin embargo, no se trata de la única mención en este apartado, pues también aparece en el artículo 2, inciso 8, en relación directa con las libertades de creación intelectual, artística, técnica y científica. Hasta allí se tiene el reconocimiento básico que podría reclamarse para este derecho en cualquier Constitución de corte liberal clásico: una consagración del derecho como derecho fundamental, pensado en oposición al Estado, sin que ello implique una inserción dentro de

La carta fundamental reconoce, en diversos artículos, una protección especial al patrimonio del Estado. Dicha protección se extiende a la protección del patrimonio cultural y natural hasta el carácter inalienable de los bienes públicos y la seguridad del patrimonio estatal. El siguiente cuadro resume en forma esquemática, los principales preceptos constitucionales que impactan sobre la gestión, uso y conservación de los predios estatales.

Aspecto constitucional	Relevancia para los predios estatales	Artículo
Protección del Patrimonio Cultural de la Nación	Garantiza la conservación y protección de bienes culturales propiedad del Estado.	21
Alcances del territorio del Estado	Define el dominio sobre suelo, subsuelo, dominio marítimo y espacio aéreo, estableciendo la extensión de la propiedad estatal.	54
Recursos naturales como patrimonio de la Nación	Declara los recursos renovables y no renovables como patrimonio estatal, vinculando su gestión a bienes estatales.	66
Conservación de áreas naturales protegidas	Obliga al Estado a promover la protección de áreas naturales bajo su dominio.	68
Inviolabilidad del derecho de propiedad	Reconoce la protección del derecho de propiedad, incluyendo bienes estatales.	73
Restricciones a extranjeros sobre adquisición de tierras	Prohíbe a extranjeros adquirir tierras dentro de 50 km de las fronteras, protegiendo la soberanía territorial y patrimonial.	71

alguna opción económica. Sin embargo, la Constitución de 1993, como su antecesora de 1979, contiene una gama de definiciones en cuanto al régimen económico, el rol del Estado en la Economía, así como los principios relativos a esta Constitución económica. Es en ese marco que el desarrollo normativo en la Constitución del derecho de propiedad no se limita a los artículos mencionados, sino que se le asigna un rol esencial en la configuración del régimen económico”.

Inalienabilidad e imprescriptibilidad de bienes de dominio público	Establece que los bienes estatales de dominio público no pueden venderse ni adquirirse por prescripción.	73
Enajenación de bienes estatales de dominio privado	Establece la licitación pública como mecanismo general de venta de bienes estatales de propiedad privada.	76
Promoción del desarrollo agrario	Indica que el Estado debe apoyar preferentemente el desarrollo agrario, vinculando gestión de predios rurales.	88
Adquisición de tierras abandonadas	Permite al Estado adquirir tierras abandonadas para su venta o adjudicación, según ley.	88
Seguridad del patrimonio público	La Policía Nacional debe garantizar la seguridad de los bienes estatales.	166

En forma complementaria, el SNBE constituye el marco normativo que regula de manera integral la administración, uso, disposición y protección de los bienes del Estado. Está conformado por la Ley 29151¹⁶, su Texto Único Ordenado¹⁷, su Reglamento¹⁸, las directivas de la SBN y normas complementarias. Este cuerpo normativo permite unificar criterios, ordenar los procedimientos y garantizar la eficacia del interés público en el manejo del patrimonio estatal. En referencia a este conjunto normativo, Jiménez Murillo nos indica que:

“La Ley SNBE establece las normas que regulan el ámbito, organización, atribuciones y funcionamiento del sistema, en el marco del proceso de descentralización. Esta ley incorpora a los ya

¹⁶ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 14 de diciembre de 2007.

¹⁷ Aprobado por el Decreto Supremo 019-2019-VIVIENDA, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 10 julio 2019.

¹⁸ Aprobado por el Decreto Supremo 008-2021-VIVIENDA, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 11 de abril de 2021.

existentes sistemas administrativos, el Sistema de Bienes Estatales, el cual no tiene precedente legislativo en nuestro ordenamiento jurídico nacional. Se trata sin duda de un sistema administrativo que se incorpora con mayores características a las de un sistema funcional de alcance nacional, el que es de carácter obligatorio y guiado por un ente rector. La principal particularidad, por objeto materia de regulación y control del sistema, radica en que los operadores del mismo son mayoritariamente son públicos, es decir, entidades estatales titulares y/o propietarias de bienes muebles e inmuebles del Estado, mientras que los agentes particulares solamente intervienen de manera limitada en algunos procesos de administración y disposición de bienes públicos cuando asumen el rol de beneficiarios o adjudicatarios”¹⁹.

El cuadro que se presenta a continuación, nos detalla las principales normas que conforman el SNBE y su alcance:

Norma	Alcance y contenido
Constitución Política del Perú	Disposiciones de alcance general que no sean sectoriales, sirviendo como base para el régimen de bienes estatales.
Ley 29151, Ley General del SNBE	Regula la administración, uso, disposición y protección de los bienes estatales; constituye el cuerpo normativo principal del SNBE.
Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley 29151	Aprobado por Decreto Supremo 019-2019-VIVIENDA; organiza y sistematiza la Ley 29151 en un solo cuerpo normativo.

¹⁹ Jiménez Murillo, R. (2024). Estudio y comentarios: bienes inmuebles y muebles de propiedad estatal. Sistema Nacional de Bienes Estatales. Sistema Nacional de Abastecimiento. Instituto Pacífico y Actualidad Gubernamental. Pág. 228-229.

Reglamento del SNBE	Aprobado por Decreto Supremo 008-2021-VIVIENDA; desarrolla la Ley 29151, detallando procedimientos y modalidades de gestión de bienes estatales.
Directivas de la SBN	Normas de aplicación interna que regulan la gestión operativa y administrativa de los bienes del Estado bajo el SNBE.
Normas complementarias y conexas	Incluyen leyes, decretos y reglamentos que, sin ser parte directa del SNBE, influyen en la administración y uso de bienes estatales.

Es importante señalar que, de acuerdo con lo establecido en el numeral 2.3 del artículo 2 del Reglamento del SNBE, la normativa no abarca aquellos aspectos de los predios estatales que se encuentran regulados por disposiciones especiales. Por lo tanto, las normas especiales que regulan ciertos bienes estatales no forman parte del SNBE y se rigen por su regulación específica.

2.3.3 Diferencias entre la noción de dominio privado y dominio público y su incidencia en el régimen de gestión del patrimonio estatal

El dominio público constituye una institución jurídica que procede del derecho romano. En el contexto de la codificación comparada, inicialmente, los bienes de dominio público formaron parte de los estudios del derecho civil. Sin embargo, en la actualidad, es materia de estudio en el Derecho Público. Está comprendido por los bienes indisponibles cuya titularidad corresponde solamente al Estado, quien es representado por actos y decisiones administrativas concretas por las entidades públicas premunidas de competencias y atribuciones reguladas por ley expresa²⁰.

El dominio público constituye el título de intervención administrativa por parte del Estado, quien asume la condición jurídica de titular. El régimen legal del patrimonio público (bienes estatales) le confiere al Estado un conjunto de potestades de actuación e intervención administrativa, por cuyo

²⁰ Jiménez Murillo, R. (2020). El régimen legal de los bienes del Estado. Colección Lo esencial del Derecho 48. Fondo Editorial PUCP. Pág. 70-71.

mérito ordena la utilización y aprovechamiento de determinados bienes para el esencial cumplimiento de fines de interés público²¹.

En contrapartida, los bienes de dominio privado del Estado o bienes patrimoniales son aquellos bienes estatales que tienen la condición jurídica de propiedad (con título de adquisición de dominio y de inscripción registral), los que no están destinados al uso público ni afectados a algún servicio público. Su característica esencial es que sirven a usos privativos institucionales²².

Los atributos del dominio privado estatal tienen base en el Código Civil como son los de usar, disfrutar, disponer y reivindicar. Sin embargo, la diferencia radica en que el Estado ejerce dichos atributos esencialmente en consideración a los fines públicos asignados a cada entidad propietaria. Ejercen un derecho de propiedad instrumental intensamente reglado por normas de derecho público en el que, naturalmente, no hay autonomía de voluntad del Estado como sucede con los privados²³.

Por otro lado, desde una visión civilista, Vásquez Rebaza²⁴ sostiene lo siguiente:

Parecería que, al reconocer expresamente la existencia del dominio público, tácitamente se acepta la existencia de la categoría antitética: el dominio privado. Aunque consideramos que hubiese sido preferible la inclusión de ambas categorías en el texto de nuestra Carta Fundamental, el TC se ha referido a la última de ellas, recogiendo la clasificación elaborada por la doctrina:

«(...) los bienes del Estado se dividen en bienes de dominio privado y bienes de dominio público; sobre

²¹ Jiménez Murillo, R. (2020). Propiedad estatal y régimen del patrimonio público. Gaceta Jurídica, Lima. Pág. 47.

²² Jiménez Murillo, R. (2020). El régimen legal de los bienes del Estado. Colección Lo esencial del Derecho 48. Fondo Editorial PUCP. Pág. 131.

²³ Jiménez Murillo, R. (2020). Propiedad estatal y régimen del patrimonio público. Gaceta Jurídica, Lima. Pág. 68-69.

²⁴ Vásquez Rebaza, W. (2008). Acerca del dominio público y el dominio privado del Estado. A propósito de sus definiciones en la Nueva Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales y su Reglamento. Derecho & Sociedad, (30), 272–283. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17357>

los primeros el Estado ejerce su propiedad como cualquier persona de derecho privado; sobre los segundos, ejerce administración de carácter tuitivo y público».

«(...) los bienes del Estado pueden ser públicos o privados. Los bienes poseídos por los entes públicos, a título público, son los comprendidos bajo el nomen de dominio público. Lo que hace que un bien del Estado tenga dicha condición es su afectación al servicio y uso públicos»

En la perspectiva civilista del autor, hubiese sido preferible que nuestra Carta Fundamental incluyera de manera explícita tanto a los bienes de dominio privado del Estado, sobre los cuales el Estado ejerce la propiedad como cualquier particular de derecho privado, y los bienes de dominio público, que están afectados al uso y servicio público sobre los cuales se ejercen potestades públicas.

Como puede verse, la condición de dominio público no depende de su titularidad *per se*, sino de su destino funcional al cumplimiento del interés general a través de la afectación del bien al servicio y uso públicos.

El Poder Judicial a través de la Corte Suprema no ha sido ajeno a este debate. En efecto en la Casación No 4670-2008²⁵ se ha señalado lo siguiente:

SEXTO: Es pertinente señalar que los bienes del Estado son de dos tipos: i) de dominio público o de uso común, y ii) de dominio privado; la primera tiene su fundamentación en que el Estado, como representante de la nación, ejerce una administración de carácter tuitiva y pública; mientras que, en el segundo caso, ejerce su propiedad como cualquier persona de derecho privado.

²⁵ Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación No 4670-2008, de fecha 28 de abril de 2019.

En relación con lo señalado por la Casación N.º 4670-2008, resulta fundamental destacar que los bienes de dominio público se sustentan en la función del Estado como representante de la Nación, ejerciendo una administración de carácter tuitivo y público, lo que reafirma que su gestión está sujeta a reglas especiales orientadas al interés general.

2.3.4 Los derechos reales administrativos reconocidos en la regulación del régimen de bienes nacionales

En el ordenamiento jurídico peruano se reconocen diversas figuras que constituyen manifestaciones concretas de estos derechos reales administrativos sobre bienes del Estado. Sobre el particular, cabe efectuar las siguientes precisiones:

a) *Afectación en uso*

El artículo 151 del Reglamento de la Ley 29151 indica lo siguiente:

Artículo 151.- Definición

Por la afectación en uso se otorga a una entidad el derecho de usar a título gratuito, un predio de dominio privado estatal, para que lo destine al uso o servicio público para el cumplimiento de sus fines institucionales. En forma excepcional, puede constituirse sobre predios de dominio público siempre que no se desnaturalice u obstaculice el normal funcionamiento del uso público del predio o de la prestación del servicio público, conforme a lo establecido en el párrafo 90.2 del artículo 90 del Reglamento. Las condiciones específicas de la afectación en uso son establecidas en la resolución que la aprueba o en sus anexos, de ser el caso.

En relación a este tipo de derecho, la Directiva No DIR-00005-2021/SBN²⁶, sostiene:

La afectación en uso otorga a una entidad el derecho de usar a título gratuito, un predio de dominio privado estatal, para que lo destine al uso o servicio público para el cumplimiento de sus fines institucionales, uso público que tiene carácter permanente mientras dure la afectación en uso.

Existe coafectación en uso cuando se otorga el uso de un mismo predio a dos o más entidades para que lo destinen a un uso o servicio público que sean compatibles entre ellos; en estos casos, la forma de uso del predio, los gastos de conservación, mantenimiento y tributarios son fijados según acuerdo de los afectatarios.

En la Resolución No 155-2012/SBN-DGPE-SDAPE²⁷ recaída en el Expediente No 298-2012/SBN-SDAPE, la misma que aprueba la afectación en uso a plazo indeterminado a favor del Ministerio de Vivienda y Construcción y Saneamiento, se ha sostenido lo siguiente:

“Que la afectación en uso otorga el derecho de usar a título gratuito un predio a una entidad para que lo destine al uso o servicio público y excepcionalmente para fines de interés y desarrollo social, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97° del Reglamento de la Ley 29151, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA;
Que el Estado se reserva el derecho de poner término unilateralmente y de pleno derecho a la afectación en uso que otorgue, por razones de seguridad e interés público, de acuerdo a lo establecido en el artículo 98° del Reglamento precitado;

²⁶ Resolución No 0120-2021/SBN, de fecha 14 de diciembre de 2021.

²⁷ Resolución No 155-2012/SBN-DGPE-SDAPE recaída en el Expediente No 298-2012/SBN-SDAPE.

Que, asimismo, el artículo 101° del Reglamento señalado, establece que la afectación en uso puede ser otorgada a plazo determinado o indeterminado, de acuerdo a la naturaleza del proyecto para el uso o servicio público, debiendo establecerse dicho plazo en la resolución aprobatoria bajo sanción de nulidad;

Que, otorgada la afectación en uso a favor de la entidad, ésta asume las obligaciones señaladas en el artículo 102° del Reglamento de la Ley 29151, obligándose a cumplir con la finalidad de la afectación en uso, conservar diligentemente el bien y asumir los gastos de conservación, mantenimiento y tributarios, así como devolver el bien una vez culminada la afectación con todas sus partes integrales y accesorias sin más desgaste que el uso ordinario, así como efectuar la declaratoria de fábrica de las obras que haya ejecutado sobre el bien afectado y otras que se establezcan por norma expresa; Que, conforme a lo establecido en los artículos 105° y 106° del Reglamento de la Ley 29151, la afectación en uso se extingue por incumplimiento y/o desnaturalización de su finalidad, por renuncia a la afectación, por extinción de la entidad afectaria, por destrucción del bien, por consolidación de dominio, por cese de la finalidad y otras que se determinen por norma expresa sin otorgar derecho de reembolso alguno por las obras o gastos que se hubieran ejecutado en el predio;

“

Tal como se puede verificar, en el ordenamiento jurídico peruano se reconocen diversas figuras que constituyen manifestaciones concretas de los derechos reales administrativos sobre los bienes del Estado, entre las cuales destaca la afectación en uso, como una categoría jurídica distinta a la protección del derecho de propiedad. De acuerdo con la Directiva N.° DIR-00005-2021/SBN, esta figura otorga a una entidad el derecho de usar a título gratuito un predio de dominio privado estatal, con el fin de destinarlo a un uso o servicio público en cumplimiento de sus fines institucionales, manteniéndose dicho uso mientras dure la afectación. Asimismo, se advierte

que un mismo predio puede ser destinado a varias entidades para usos compatibles.

Por su parte, la Resolución N.º 155-2012/SBN-DGPE-SDAPE, en el marco del Expediente N.º 298-2012/SBN-SDAPE, ha precisado que la afectación en uso puede otorgarse a plazo determinado o indeterminado, en función de la naturaleza del proyecto. Dicho plazo debe constar en la resolución bajo sanción de nulidad. La afectación permite que la entidad use el bien para fines de servicio público y, excepcionalmente, de interés y desarrollo social, siempre sujeto a la reserva del Estado de ponerle término unilateral por razones de seguridad e interés público. Además, la entidad afectataria asume una serie de obligaciones expresas de conservación diligente, cumplimiento de la finalidad, mantenimiento y pago de tributos, así como la devolución del bien al concluir la afectación, incluyendo las obras realizadas, salvo el desgaste por uso ordinario. En caso de incumplimiento de estas condiciones, se extingue el derecho otorgado.

b) Cesión en uso

La cesión en uso permite que un bien de titularidad estatal sea otorgado a favor de un particular para que lo utilice en el desarrollo de actividades compatibles con el interés público. Aunque interviene un particular, la lógica sigue siendo administrativa: el bien no se entrega para beneficio patrimonial del cesionario, sino para la ejecución de una finalidad pública supervisada por el Estado.

Sobre el particular, el artículo 161 del Reglamento de la Ley 29151 sostiene:

Artículo 161.- Definición

161.1 Por la cesión en uso se otorga a un particular el derecho excepcional de usar temporalmente a título gratuito un predio de dominio privado estatal, a efectos que lo destine a la ejecución de un proyecto sin fines de lucro de desarrollo social, cultural, deportivo y/o de forestación que coadyuven a los fines estatales. En forma excepcional, puede constituirse sobre predios estatales de dominio

público, siempre que no se desnaturalice u obstaculice el normal funcionamiento del uso público del predio o de la prestación del servicio público, conforme a lo establecido en el párrafo 90.2 del artículo 90 del Reglamento.

161.2 Los cesionarios presentan a la entidad cedente informes sobre los avances y logros de la ejecución del proyecto, así como respecto al cumplimiento de la finalidad para la cual se otorgó el predio. La resolución que aprueba la cesión en uso establece la periodicidad de los informes, bajo sanción de nulidad.

Ruiz y Garvancho²⁸ realizan una crítica al mecanismo institucional de cesión de uso, en los siguientes términos:

“De entre los mecanismos documentados, la «cesión de uso» es el mecanismo institucional que cuenta con cobertura normativa más utilizado para despojar a los pueblos indígenas de sus territorios. En este sentido, el Estado peruano ha acreditado la titulación con cesión de uso de los territorios de los pueblos indígenas con aptitud forestal, sin observar los criterios establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos, ni los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales. Como se ha explicado, estamos ante restricciones arbitrarias e inconstitucionales.”

La cesión en uso constituye otra manifestación de los derechos reales administrativos sobre los bienes del Estado. Aun cuando se entrega un derecho de uso a un particular, el bien no se entrega para beneficio patrimonial del cesionario, sino para la ejecución de una finalidad pública.

²⁸ Ruiz Molleda, Juan Carlos; Gavancho León, Olga Cristina del Rocío. «La “cesión de uso” como mecanismo de despojo territorial de las comunidades nativas en el Perú». Revista CIDOB d’afers internacionals, 2022, núm. 130, doi:10.24241/rcai.2022.130.1.119.

c) Usufructo estatal

El usufructo, según el artículo 165²⁹ del Reglamento de la Ley 29151, recae sobre bienes de titularidad estatal y habilita el aprovechamiento económico del bien sin transferir la propiedad. A diferencia del usufructo civil, esta figura se encuentra estrictamente condicionada por la compatibilidad del uso con el régimen del bien estatal y la finalidad pública que lo sustenta.

La Directiva No DIR-00003-2022/SBN³⁰ señala lo siguiente:

5.3. Definición y alcances del usufructo

En el marco del Sistema Nacional de Bienes Estatales, el usufructo confiere a un privado o a una entidad, en calidad de usufructuario/a, las facultades de usar y disfrutar temporalmente de un predio estatal.

El derecho y facultades otorgados por el usufructo no otorgan autorizaciones, permisos, licencias u otros derechos necesarios que, para el ejercicio de sus actividades, debe obtener el/la usufructuario/a ante otras entidades conforme a la normatividad vigente. Corresponde a el/la usufructuario/a cumplir con la normatividad para el ejercicio de las actividades que vaya a ejecutar sobre el predio, ante cuyo incumplimiento queda sometido a las consecuencias y sanciones civiles, administrativas y penales previstas en las normas que regulen cada materia.

²⁹ Reglamento de la Ley No 29151

Artículo 165.- Definición 165.1 Por el usufructo se otorga el derecho de usar y disfrutar temporalmente de un predio de dominio privado estatal. Excepcionalmente, puede constituirse sobre predios de dominio público, siempre que no se desnaturalice u obstaculice el normal funcionamiento del uso público del predio o de la prestación del servicio público, conforme a lo establecido en el párrafo 90.2 del artículo 90 del Reglamento. 165.2 Cuando el usufructo se constituye a favor de un particular es a título oneroso.

³⁰ Resolución No 0003-2022/SBN, de fecha 5 de enero de 2022.

5.4. Constitución de usufructo sobre predios estatales de dominio privado y de dominio público

El usufructo se constituye sobre predios estatales de dominio privado. En forma excepcional, puede constituirse sobre predios estatales de dominio público, siempre que no se desnaturalice u obstaculice el normal funcionamiento del uso público del predio o de la prestación del servicio público. No se desnaturaliza u obstaculiza el normal funcionamiento del uso público del predio o de la prestación del servicio público en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el usufructo se otorgue para el desarrollo de servicios complementarios que coadyuven al cumplimiento del uso o servicio público del predio; o,*
- b) Cuando la actividad a la que se va a destinar el predio es compatible con el uso predeterminado del predio o con la zonificación; o,*
- c) Cuando la actividad a la que se va a destinar el predio sea incompatible con su uso predeterminado, pero en función al plazo, a la oportunidad y/o al espacio de área que se pretende utilizar, no se afecta la naturaleza del predio ni su uso público o la prestación del servicio público.*

El usufructo estatal constituye otra forma de derecho real administrativo en el que se permite el aprovechamiento económico de un bien sin transferir la propiedad. Conforme a la Directiva No DIR-00003-2022/SBN, el usufructo confiere a un privado o a una entidad el derecho de usar y disfrutar temporalmente un predio estatal, sin que ello implique la autorización automática para permisos, licencias u otros derechos que deban tramitarse ante las entidades competentes.

El usufructo se constituye principalmente sobre predios de dominio privado estatal y, de manera excepcional, sobre predios de dominio público, siempre que no se desnaturalice ni obstaculice el uso público del predio ni la prestación de servicios públicos. En particular, se permite cuando el usufructo se destina a servicios complementarios que coadyuven al uso público del predio, cuando la actividad es compatible con el uso predeterminado o la zonificación, o cuando, aun siendo incompatible, el uso temporal o limitado del espacio no afecta la naturaleza del predio ni su función pública.

d) Servidumbres administrativas

Las servidumbres administrativas no se originan en el acuerdo entre propietarios, sino en la necesidad pública de imponer cargas sobre determinados predios para permitir la prestación de servicios públicos o el desarrollo de infraestructura (vías, redes eléctricas, ductos, etc.). Su fuente es la potestad pública, no la autonomía privada.

Al respecto, Villegas Vega³¹ señala:

Por lo expuesto, atendiendo lo señalado por CARRILLO DONAIRE³³, podría definirse a la servidumbre administrativa como el gravamen real sobre un fundo de un tercero motivado por el interés general o la utilidad pública, el cual se rige principalmente por el Derecho Administrativo.

Asimismo, el contenido de la servidumbre administrativa comprende: la constitución de un gravamen, debido a que únicamente se establece una limitación del dominio, el cual se explica considerando que se presenta un predio sirviente; la constitución de un gravamen real, debido a que la limitación se realiza en virtud de la infraestructura de electricidad y no en virtud de los sujetos de derecho presentes; y un derecho accesorio, debido a que la

³¹ Villegas Vega, P. (2014). La servidumbre administrativa en la industria de electricidad. Revista De Derecho Administrativo, (14), 407–427. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13459>

servidumbre administrativa no puede entenderse independiente a la concesión de la actividad correspondiente.

[...]

Primero, la utilidad las distingue debido a que la servidumbre administrativa se justifica en la Utilidad Pública, por el contrario, la servidumbre civil se fundamenta en una Utilidad Privada. En segundo lugar, la naturaleza de bien demanial de la servidumbre administrativa la diferencia de la servidumbre civil, debido a la naturaleza puramente privada de la segunda. 36 y 37 Ello se justifica en que la servidumbre administrativa sirve a un bien de interés general o utilidad pública el cual recoge la naturaleza demanial y, siendo accesoria la servidumbre, también mantiene la misma naturaleza.

La Directiva No DIR-00009-2021/SBN³² indica:

5.3.1. En el marco del SNBE, por la constitución del derecho de servidumbre un predio estatal, al cual se denomina predio sirviente es gravado a favor de otro predio, estatal o privado, denominado predio dominante, según lo estipulado en el CC.

5.3.2 La servidumbre se otorga en forma directa y sobre predios estatales de dominio privado estatal. Excepcionalmente, la servidumbre puede constituirse sobre predios estatales de dominio público, siempre que no se desnaturalice u obstaculice el normal funcionamiento del uso público del predio o de la prestación del servicio público, conforme a lo establecido en el Reglamento.

³² Resolución No 125-2021/SBN, de fecha 23 de diciembre de 2021.

Las servidumbres administrativas representan una manifestación de los derechos reales administrativos en la que la carga sobre un predio surge de la necesidad pública de permitir la prestación de servicios públicos o el desarrollo de infraestructura. A diferencia de la servidumbre civil, la nota particular de la administrativa se justifica en la utilidad pública y el interés general.

e) Derecho de superficie:

La Directiva No DIR-0005-2022/SBN³³, sostiene:

5.3 Definición y alcances de la superficie

En el marco del Sistema Nacional de Bienes Estatales, por el derecho de superficie el/la superficiario/a goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo, respecto de un predio estatal de dominio privado, siendo posible la constitución directa de dicho derecho, por parte de la entidad competente a favor de el/la solicitante, ante el cumplimiento de alguna de las causales previstas en el artículo 238 del Reglamento. El derecho de superficie no otorga a el/la superficiario/a autorizaciones, permisos, licencias u otros derechos necesarios que, para el ejercicio de sus actividades, debe obtener ante otras entidades conforme a la normatividad vigente. Corresponde a el/la superficiario/a cumplir con la normatividad para el ejercicio de las actividades que se encuentre ejecutando o vaya a ejecutar sobre el predio, ante cuyo incumplimiento queda sometido a las consecuencias y sanciones civiles, administrativas y penales previstas en las normas que regulen cada materia.

³³ Resolución No 0008-2022/SBN, de fecha 13 de enero de 2022.

El derecho de superficie constituye otra manifestación de los derechos reales administrativos sobre los bienes del Estado que puede constituirse directamente por la entidad competente, siempre que se cumplan las causales previstas en el artículo 238 del Reglamento³⁴.

2.4 Diferencia con los derechos reales civiles

Los derechos reales civiles, como la propiedad, la posesión, el usufructo, el uso y la habitación, la servidumbre, entre otros; se estructuran sobre una premisa esencial: la libertad del titular para ejercer todos los poderes y facultades sobre la cosa en función de su interés individual, dentro de los límites legales. De acuerdo con Jorge y Francisco Avendaño, la noción clásica de derecho real tiene dos características esenciales. La primera es que es un derecho absoluto, esto es, es oponible a todos, a diferencia del derecho personal o de crédito, que son relativos y se circunscriben únicamente al acreedor y al deudor. Como consecuencia de ello, el derecho real confiere dos atributos que son ajenos al derecho personal: el derecho de persecución y el derecho de preferencia. El primero permite al titular perseguir la cosa objeto de su derecho y recuperarla mientras que el segundo significa que, en caso de colisión del derecho real con otros derechos de distinta naturaleza, prevalece el primero³⁵.

³⁴ Reglamento de la Ley No 29151

Artículo 238.- Causales para la constitución directa del derecho de superficie. La constitución directa del derecho de superficie puede efectuarse por las causales siguientes:

1. Con la finalidad de ejecutar un proyecto de desarrollo o inversión orientado al aprovechamiento económico y social del predio, el cual ha sido identificado y calificado como tal por la entidad competente por encontrarse acorde con la normatividad y políticas del Estado.
2. Cuando el solicitante viene ejerciendo posesión del predio desde antes del 25 de noviembre de 2010; fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 29618; siempre que pague la contraprestación dejada de percibir durante el año inmediato anterior a la presentación de la solicitud del inicio del procedimiento.
3. Entre entidades públicas que conforman el SNBE, para el cumplimiento de sus fines institucionales.
4. Otros supuestos regulados por leyes especiales.

³⁵ Avendaño, J. y Avendaño, F. (2017). Derechos reales. Colección Lo esencial del Derecho 1. Fondo Editorial PUCP. Págs. 16-17.

En cambio, los derechos reales administrativos parten de una lógica inversa: el bien no se encuentra al servicio del titular del derecho, sino al servicio de la finalidad pública que el ordenamiento asigna a dicho bien. El sujeto habilitado no actúa en función de su interés patrimonial, sino en función del interés general que justifica la asignación del bien. De este modo, en la lectura de Kresalja y Ochoa, *“el interés público limita la propiedad en el sentido de que cuando resultan en conflicto los intereses de los particulares con el interés de la colectividad, el interés privado del propietario debe ceder ante el interés público”*³⁶.

De todo lo expuesto, se puede señalar que las diferencias entre los derechos reales civiles y administrativos pueden sintetizarse del siguiente modo:

Derechos reales civiles	Derechos reales administrativos
• Nacen de la autonomía privada	• Nacen de un acto de autoridad administrativa
• Buscan satisfacer un interés individual	• Buscan cumplir una finalidad pública
• Su lógica es patrimonial	• Su lógica es funcional
• El titular decide el uso del bien	• El uso está condicionado por la finalidad pública
• Relación entre sujetos privados	• Interviene el Estado como gestor del patrimonio

La consecuencia práctica de esta diferencia es decisiva: figuras como la afectación en uso o la cesión en uso no pueden interpretarse como equivalentes a un arrendamiento, comodato o préstamo civil. Hacerlo implica desconocer su verdadera naturaleza jurídica y, con ello, desordenar la gestión del patrimonio estatal.

³⁶ Kresalja, B. y Ochoa, C. (2020). Derecho Constitucional Económico. Tomo I. Economía Social de Mercado y derechos económicos fundamentales. Fondo Editorial PUCP. Lima. 1-562. Pág. 311.

III. Hacia la identificación de la SBN como el ente rector del SNBE como un sistema de gestión de derechos reales administrativos

La SBN, organismo público descentralizado adscrito al sector Vivienda y Construcción, es el ente rector del SBNE, sistema encargado de asegurar que todas las entidades gestionen correctamente los derechos reales administrativos sobre dichos bienes³⁷. Es responsable de normar los actos de adquisición, disposición, administración y supervisión de los bienes estatales, como de ejecutar dichos actos respecto de los bienes cuya administración están a su cargo, de acuerdo con la normatividad vigente³⁸.

En específico, el artículo 14 del TUO de la Ley 29151 detalla sus funciones:

Artículo 14.- Funciones y atribuciones de la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales

14.1 Son funciones y atribuciones exclusivas de la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales - SBN, las siguientes:

a) Proponer y promover la aprobación de normas legales destinadas al fortalecimiento del Sistema Nacional de Bienes Estatales, priorizando la modernización de la gestión del Estado y el proceso de descentralización.

b) Formular políticas y expedir directivas sobre los actos de adquisición, administración, disposición, registro y supervisión de bienes estatales.

³⁷ Artículo 5.- Creación del Sistema Nacional de Bienes Estatales Créase el Sistema Nacional de Bienes Estatales como el conjunto de organismos, garantías y normas que regulan, de manera integral y coherente, los bienes estatales, en sus niveles de Gobierno Nacional, regional y local, a fin de lograr una administración ordenada, simplificada y eficiente, teniendo a la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales - SBN como ente rector. (Texto según el artículo 5 de la Ley No 29151)

³⁸ Jiménez Murillo, R. (2020). Propiedad estatal y régimen del patrimonio público. Gaceta Jurídica, Lima. Pág. 23.

c) Procurar una eficiente gestión del portafolio inmobiliario de los bienes estatales, optimizando su uso y valor.

d) Supervisar los bienes estatales, así como el cumplimiento del debido procedimiento y de los actos que ejecuten las entidades pertenecientes al Sistema Nacional de Bienes Estatales. En caso que la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales - SBN determine infracciones a la normatividad, pondrá las mismas en conocimiento de la entidad pública correspondiente y de la Contraloría General de la República, para las acciones correctivas y sanciones respectivas, bajo responsabilidad del Titular de la entidad pública

e) Administrar el Sistema de Información Nacional de Bienes Estatales - SINABIP como un registro único obligatorio con la información que, de manera obligatoria, deben remitir todas las entidades públicas, respecto de los bienes estatales.

f) Identificar los bienes estatales de carácter y alcance nacional y disponer su reserva para desarrollar proyectos de interés nacional.

g) Sustentar y aprobar los actos de adquisición, administración y disposición de los bienes estatales de carácter y alcance nacional, y demás bienes que se encuentren bajo su competencia

h) Aprobar la transferencia, en dominio fiduciario, de los bienes inmuebles de dominio privado del Estado, de libre disponibilidad, que se encuentren

bajo su administración, así como la de aquellos bienes de las entidades públicas.

i) Emitir opinión técnica en los actos de disposición de predios de propiedad del Estado, con excepción de los bienes de propiedad municipal, y de aquellos que sean materia de procesos de formalización o estén comprendidos en procesos de privatización o concesión en cumplimiento de disposiciones especiales

j) Absolver consultas, interpretar y emitir pronunciamientos institucionales sobre bienes estatales con carácter orientador.

k) Tener acceso a los registros, documentos e información respecto de los actos de disposición y administración de los bienes estatales, con las limitaciones establecidas en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

l) Sancionar y aplicar medidas correctivas a los particulares que promuevan o invadan predios de propiedad estatal bajo la titularidad de dominio y administración de la SBN.

Cabe recordar que el SNBE constituye un sistema administrativo de carácter obligatorio para todas las entidades públicas que son titulares y/o propietarias de bienes estatales. La SBN como ente rector y las entidades que la integran tienen que ver este sistema no simplemente como una estructura que regula la gestión de los bienes y los procedimientos para tal fin. Tiene que concebir como un sistema administrativo orientado a perseguir los fines públicos que sustentan cada uno de los bienes de titularidad pública.

3.1 El Sistema de Información Nacional de Bienes Estatales (SINABIP)

El SINABIP es la herramienta que materializa la lógica sistémica del SNBE. A través de este sistema, se centraliza la información sobre la ubicación de los bienes, situación física y legal, entidad administradora, título habilitante.

La Directiva No 001-2017/SBN aprobada por Resolución No 048-2017/SBN, señala lo siguiente respecto a la finalidad y objeto:

Identificar, clasificar, inventariar y registrar la totalidad de Bienes inmuebles estatales a efectos de que las entidades del Sistema Nacional de Bienes Estatales-SNBE realicen una eficiente gestión de dichos bienes.

[...]

Regular el acto de registro de los bienes inmuebles estatales en el Sistema de Información Nacional de Bienes Estatales-SINABIP, así como de los derechos y actos que recaen sobre estos, con la información que remiten las entidades que conforman el SNBE y la que genera el ente rector.

El SINABIP constituye la herramienta que materializa la lógica sistémica del SNBE, permitiendo la centralización y organización de la información sobre los bienes estatales, incluyendo su ubicación, situación física y legal, entidad administradora y título habilitante. Según la Directiva N.º 001-2017/SBN, aprobada por Resolución N.º 048-2017/SBN, el SINABIP tiene como finalidad identificar, clasificar, inventariar y registrar la totalidad de los bienes inmuebles estatales, de manera que las entidades del SNBE puedan realizar una gestión eficiente y transparente de los mismos.

Asimismo, el SINABIP regula el acto de registro de los bienes inmuebles y de los derechos y actos que recaen sobre ellos, integrando la información remitida por las entidades integrantes del SNBE y la generada por el ente rector, asegurando así un control centralizado, ordenado y

confiable de todo el patrimonio estatal, en línea con los principios de eficiencia, legalidad y subordinación al interés público que rigen el sistema.

3.2 Rol técnico de la SBN

En el marco del SNBE, la SBN cumple un rol eminentemente técnico en materia de saneamiento físico-legal³⁹. Su función no es reemplazar a las entidades en la administración de sus bienes, sino establecer los lineamientos, criterios técnicos y procedimientos que deben seguirse para garantizar que los predios estatales cuenten con información física y jurídica confiable. A través de directivas, lineamientos y asistencia técnica, la SBN busca uniformizar la forma en que las entidades públicas realizan el diagnóstico, la verificación catastral y la depuración registral de sus bienes.

Este rol técnico de la SBN, resulta determinante porque el saneamiento físico-legal es el punto en el que convergen el catastro, el registro y la gestión administrativa del patrimonio estatal. Sin esta convergencia, el SNBE pierde coherencia y los derechos reales administrativos se debilitan en su eficacia práctica. En consecuencia, el saneamiento físico-legal no debe entenderse como un trámite previo, sino como el fundamento técnico que sostiene todo el régimen de derechos reales administrativos sobre bienes estatales.

³⁹ Artículo 21.- Procedimiento especial de saneamiento físico legal de inmuebles estatales

21.1 Las entidades que conforman el Sistema Nacional de Bienes Estatales ejecutan el procedimiento especial de saneamiento físico legal de los bienes inmuebles estatales sean estos de su propiedad, adquiridos bajo cualquier título, y/o en posesión, que se encuentren construidos, ampliados y/o rehabilitados para sus fines públicos. (*)

21.2 Dicho saneamiento comprende todas las acciones destinadas a lograr que en el Registro de Predios figure inscrita la realidad jurídica actual de los inmuebles del Estado y de las entidades, en relación a los derechos reales que sobre los mismos ejercen las entidades.

21.3 No comprende aquellos inmuebles sobre los que existe proceso judicial en el que se cuestione la titularidad del dominio del Estado. Se considera que existe proceso judicial en aquellos casos en que la demanda haya sido notificada al demandado hasta un día antes de la publicación del acto de saneamiento o de la presentación del título ante el Registro de Predios, según sea el caso.

3.3 Límites competenciales de la SBN

El diseño del SNBE atribuye a la SBN un rol central como ente rector. Sin embargo, comprender adecuadamente su función exige también delimitar con precisión sus límites competenciales. Buena parte de las expectativas erróneas y de las críticas prácticas hacia la SBN provienen de no distinguir con claridad qué le corresponde hacer dentro del sistema y qué no forma parte de sus atribuciones. La SBN es un órgano de rectoría técnica y normativa, no un administrador universal de los bienes del Estado⁴⁰.

Debe quedar claro que la SBN no ejerce la propiedad absoluta sobre todos los bienes del Estado, ni actúa como administradora directa de los predios asignados a cada entidad pública. Tampoco tiene la responsabilidad de ejecutar de manera material el uso de dichos bienes. No sustituye las funciones patrimoniales que corresponden a los ministerios, gobiernos regionales, gobiernos locales u otros organismos públicos. Su rol no consiste en centralizar la posesión o la gestión física de los bienes estatales, sino en establecer criterios y lineamientos que orienten la administración de estos dentro del marco del SNBE. Por ello, asumir que la SBN actúa como un “*superpropietario*” del Estado distorsiona por completo la finalidad y la lógica operativa del sistema.

La SBN no está facultada para asumir la administración de un bien asignado a una entidad, salvo en los casos expresamente previstos por la normativa vigente. Tampoco puede sustituir a las entidades públicas en sus obligaciones de sanear, registrar y proteger los bienes que les corresponden administrar, ni está llamada a resolver todos los conflictos patrimoniales derivados de deficiencias en la gestión de otras entidades. De igual manera, no actúa como representante procesal automático en todos los litigios relacionados con bienes estatales. Su función no consiste en suplir la falta de gestión patrimonial de las entidades, sino en establecer las reglas, lineamientos

⁴⁰ Artículo 13.- De la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales y su representación judicial
La Superintendencia Nacional de Bienes Estatales - SBN es un organismo público descentralizado y constituye un pliego presupuestal, siendo el ente rector responsable tanto de normar los actos de adquisición, disposición, administración y supervisión de los bienes estatales, como de ejecutar dichos actos respecto de los bienes cuya administración está a su cargo, de acuerdo a la normatividad vigente, gozando de autonomía económica, presupuestal, financiera, técnica y funcional, con representación judicial propia.

y criterios necesarios y supervisar su cumplimiento, garantizando que cada entidad cumpla con las obligaciones que le competen.

La delimitación de las competencias de la SBN implica distinguir claramente entre su función de rectoría y la de administración directa. La rectoría se traduce en la facultad de la SBN para dictar normas y lineamientos, establecer criterios técnicos, supervisar el cumplimiento de las reglas del sistema y coordinar la información patrimonial de manera articulada. Por el contrario, la administración directa se refiere a la gestión concreta de los bienes, lo que incluye su uso material, conservación y mantenimiento, defensa frente a ocupaciones indebidas y gestión de su saneamiento físico y legal. Esta última función recae en cada entidad que tiene un bien bajo mecanismos como la afectación en uso, cesión en uso u otros títulos administrativos, y no en la SBN. La confusión entre ambas dimensiones puede generar expectativas indebidas sobre la intervención de la SBN en situaciones donde, en realidad, la responsabilidad administrativa corresponde a la entidad que detenta el bien, dejando de lado la función rectora que le compete.

En función de lo señalado, se advierte que la SBN en su condición de ente rector, tiene sus competencias claramente establecidas en la Ley 29151 y su reglamento. Sin embargo, es importante efectuar un balance sobre la eficacia práctica de sus actuaciones.

Para tal efecto, es relevante evaluar si el marco normativo que regula la actuación del SNBE y de la SBN es adecuado. La sola existencia de un sistema integrado que articula a todas las entidades públicas, y permita delimitar la titularidad, administración y defensa de los bienes estatales, el exigir que el saneamiento físico y legal de los predios constituya un requisito previo para la constitución de cualquier derecho real administrativo, es saludable pero no agota la problemática en la que se encuentra comprendido el régimen de gestión del patrimonio estatal. En rigor, ello depende de su implementación práctica. Es claro que existe un marco normativo que nos proporciona los instrumentos necesarios, pero ello no garantiza *per se*, que todas las entidades públicas lo apliquen en forma correcta.

En la actualidad, existe una brecha entre la normativa y su aplicación práctica que afecta la eficacia del SNBE. La experiencia práctica demuestra que la protección efectiva del patrimonio estatal no depende únicamente de la rectoría ni de la defensa judicial. Requiere un enfoque administrativo previo

sólido, basado en la prevención, el control técnico y la integración de la información.

En relación a ello, existen un conjunto de temas pendientes que forman parte de la agenda y que se pueden sintetizar de la siguiente forma:

(i) Acciones vinculadas al fortalecimiento de las funciones de saneamiento físico-legal.-

Es indudable que las tareas de saneamiento físico-legal deben consolidarse como un requisito previo para cualquier asignación de bienes estatales. Esto implica realizar un diagnóstico riguroso del estado situacional de los predios, llevar a cabo una verificación catastral georreferenciada, efectuar la depuración registral completa y actualizada, e integrar toda la información física y jurídica antes de otorgar derechos reales administrativos. Un proceso de saneamiento sólido no solo disminuye los conflictos posteriores, sino que también fortalece la eficacia de la administración y la defensa del patrimonio estatal, asegurando que los bienes sean gestionados de manera ordenada y conforme a su afectación pública.

En la Sentencia el Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No⁴¹ se ha señalado:

HA RESUELTO

[...]

4. EXHORTAR a la AUTODEMA a obrar con diligencia al momento de iniciar procesos de saneamiento físico legal, toda vez que ello debe realizarse sin contravenir lo dispuesto por nuestra Constitución, en el presente caso nos referimos específicamente a sus artículos 2º, inciso 16), y 70º.

El saneamiento físico-legal constituye un requisito previo indispensable para cualquier asignación de bienes estatales, ya que asegura

⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 5 de noviembre de 2012, recaída en el Expediente No 01342-2012-PA/TC.

que los derechos reales administrativos se otorguen sobre predios cuya situación física y jurídica se encuentra debidamente verificada y consolidada. Este proceso implica la realización de un diagnóstico riguroso de los predios, la verificación catastral georreferenciada, la depuración registral completa y actualizada, así como la integración de toda la información física y legal antes de otorgar afectaciones, cesiones, usufructos u otros derechos administrativos. Un saneamiento sólido disminuye conflictos posteriores, fortalece la eficacia de la administración y garantiza la defensa del patrimonio estatal, asegurando que los bienes sean gestionados de manera ordenada y conforme a su finalidad pública.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente en mención, exhortó expresamente a la AUTODEMA a actuar con diligencia en los procesos de saneamiento físico-legal, subrayando que dichas acciones deben realizarse en estricto respeto a la Constitución, en particular a los artículos 2º, inciso 16), y 70º, reforzando la obligación de que cualquier intervención sobre los bienes estatales cumpla con los principios de legalidad, seguridad jurídica y subordinación al interés público.

(ii) Necesidad de fortalecer las acciones de supervisión efectiva.-

Para garantizar la correcta gestión del patrimonio estatal, la SBN debe contar con mecanismos de supervisión eficientes y modernos, que incluyan el monitoreo del cumplimiento de lineamientos en todas las entidades, la fiscalización periódica del uso de los bienes y la implementación de procedimientos claros para identificar y corregir irregularidades. La supervisión no puede limitarse a la emisión de directivas; por el contrario, debe traducirse en acciones concretas de control y seguimiento, asegurando que los bienes estatales se utilicen de manera conforme a su finalidad pública y que los derechos reales administrativos se respeten efectivamente.

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente señala a través de la Casación No 2987-2012⁴²:

⁴² Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación No 2987-2012 de fecha 16 de enero de 2013.

“La Superintendencia Nacional de Bienes estatales – SBN constituye el ente rector responsable de normar los actos de adquisición, disposición administración y supervisión de los bienes estatales de acuerdo a las normas vigente, ostentando entre sus funciones –conforme al acápite 14.2 de la Ley N° 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, tramitar y aprobar la conversión de bienes de dominio público al dominio privado del Estado por la pérdida de la naturaleza o condición apropiada para su uso o servicio público (=) las instancias de mérito no contradicen el concepto de bien de dominio público, sino que analizan que la desafectación de bienes de dominio público del Estado conforme al artículo 43° del Reglamento de la Ley N° 29151, se considera en los supuestos que éste haya perdido la naturaleza, la condición apropiada para su uso público, para prestar un servicio público.”

(iii) Reformular el marco normativo y operativo de los derechos reales administrativos.-

Es indispensable que todas las entidades sometidas al SNBE comprendan que la titularidad formal no constituye el eje central de la protección patrimonial, sino que lo es la gestión correcta de los derechos reales administrativos. Esto implica que la administración funcional y responsable de los bienes debe priorizarse frente al dominio registral, y que la asignación, uso y defensa de los bienes siempre debe estar subordinada a su finalidad pública. La educación y capacitación sobre la lógica de los derechos reales administrativos resulta fundamental para internalizar una verdadera cultura de gestión patrimonial dentro del Estado. La combinación de saneamiento físico-legal, supervisión efectiva, integración de información y un enfoque basado en derechos reales administrativos constituye el núcleo de un fortalecimiento del SNBE, permitiendo superar las brechas entre la norma y la práctica

administrativa y asegurando una protección efectiva del patrimonio estatal en el Perú.

IV. CONCLUSIONES

- (i) En función del análisis efectuado, se evidencia que el problema central en la protección del patrimonio estatal no radica en la titularidad formal del Estado, sino en la gestión efectiva de dicho patrimonio. Tal como se ha señalado, existen una serie de problemas sin resolver, que no dependen de la aplicación de una norma en concreto, sino de la gestión que desarrollan las diversas entidades con respecto al patrimonio de titularidad estatal. Todos estos aspectos, explican, pero no justifican, la acumulación de un conjunto de conflictos vinculados al saneamiento físico-legal, la informalidad de la posesión de bienes de titularidad estatal, la existencia de superposiciones y duplicidades registrales, la irregular gestión de uso, entre otros asuntos, lo cual evidencia que la normativa por sí sola, no garantiza la protección del patrimonio estatal.
- (ii) Los derechos reales administrativos constituyen el instrumento jurídico que permite articular el adecuado uso del patrimonio de titularidad estatal con los fines públicos para los cuales se encuentran destinados. Siendo ello así, es de vital importancia, delimitar el objetivo que cumplen los derechos reales administrativos al priorizar la finalidad pública sobre el interés patrimonial del titular. Ello plantea a los diversos operadores del sistema, la necesidad de evaluar el régimen patrimonial de titularidad estatal, desde una perspectiva más amplia y dinámica, como es el caso de los derechos reales administrativos. De acuerdo a ello, la utilización de figuras tales como, la afectación en uso, la cesión en uso, el usufructo estatal, las servidumbres administrativas y el derecho de superficie no pueden interpretarse bajo la lógica civil clásica, sino como parte de

un conjunto de mecanismos que garantizan la funcionalidad del patrimonio estatal dentro del SNBE.

- (iii) El SNBE constituye un instrumento administrativo que integra a todas las entidades públicas, evitando la dispersión y atomización de la gestión del patrimonio de titularidad del Estado. Debe quedar claro, que la SBN en su calidad de ente rector, no es la entidad encargada de administrar en forma directa los bienes del Estado, sino que su rol, es el de establecer normas, aprobar lineamientos técnicos, supervisar y centralizar la información en el SINABIP. Esta rectoría técnica es fundamental para que los derechos reales administrativos puedan funcionar en forma eficiente, asegurando que cada entidad cumpla con sus obligaciones y que el patrimonio de titularidad estatal pueda ser utilizado conforme a su afectación pública.
- (iv) En la actualidad y pese a las sucesivas reformas administrativas que se han efectuado, en el marco de la normativa aplicable al régimen del patrimonio estatal en el Perú, existen todavía un conjunto de brechas significativas entre la teoría y la práctica administrativa. En tal sentido, todavía persisten predios que son registrados sin un saneamiento físico-legal previo, y que a pesar de todos los esfuerzos, todavía se identifica la actuación de entidades públicas que gestionan los bienes asignados como si fueran de propiedad privada.
- (v) El rol supervisor de la SBN si bien se concentra en los aspectos normativos y técnicos, no siempre logra prevenir irregularidades ni anticiparse a los conflictos judiciales. Por ello, es indispensable establecer un conjunto de mecanismos de protección y fortalecimiento de la gestión del patrimonio estatal y no trasladar esta tarea al rol supervisor de la SBN.

- (vi) La protección efectiva del patrimonio estatal no solo depende de las normas que regulan las competencias del SNBE y de la SBN. Es indispensable un cambio cultural dentro de las entidades públicas que reconozca las fortalezas del patrimonio estatal como un recurso escaso y necesario. En esta línea, si bien la SBN cumple un papel rector indispensable, su efectividad depende en forma complementaria del compromiso de todas las entidades que forman parte de la estructura del Estado, a fin de aplicar correctamente las reglas del SNBE y de utilizar los instrumentos de gestión de derechos reales administrativos de manera coherente y coordinada.

Lima, enero de 2026

LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS NACIDOS A PARTIR DE LAS CONCESIONES MINERAS DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN EN EL ORDENAMIENTO PERUANO: una aproximación desde el derecho administrativo

Ramón Huapaya Tapia

Profesor ordinario de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo – GIDA

PUCP. ORCID ID: 0000-0003-2975-6891. Correo electrónico:

rhuapaya@pucp.edu.pe

Sumario: I. Introducción. El sistema constitucional del dominio público en el Perú. Los recursos naturales como dominio público del Estado. II. El desarrollo del régimen constitucional del dominio público estatal sobre los recursos naturales. La Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. III. La regulación de las concesiones mineras en el Perú, a partir de la Ley General de Minería, concordada con el Código Civil. IV. La concesión minera de exploración y explotación de recursos minerales metálicos y no metálicos como acto creador de derechos reales administrativos. La errónea postura de parte de la doctrina peruana del derecho minero y las tesis correctas sobre el particular. V. Propuesta de una interpretación ordenadora del régimen de los derechos reales administrativos nacidos de la concesión minera en el ordenamiento peruano. VI. Reflexiones finales extrapolables al caso de las concesiones de infraestructura bajo el régimen de Asociaciones Público-Privadas. VII. Bibliografía citada.

I. Introducción. El sistema constitucional del dominio público en el Perú. Los recursos naturales como dominio público del Estado

1. El ordenamiento constitucional peruano (Constitución Política de 1993) contiene varias menciones al régimen de los bienes públicos en su articulado, sin definir si se asumen posturas específicas respecto a las tesis de la afectación o dominialistas respecto de la naturaleza del dominio público, y tampoco sin distinguir la naturaleza de los bienes del dominio público y del dominio privado del Estado. Particularmente, estas referencias se encuentran

en los artículos 66¹, 73², 193³ y 196⁴ de la Constitución Política de 1993. Los dos primeros artículos constitucionales son los más importantes. El artículo 66 de la Constitución hace referencia a la titularidad de dominio público del Estado sobre los recursos naturales, en términos compartidos por la mayoría de la doctrina nacional de derecho público que ha estudiado la materia⁵, y que

¹ **Artículo 66.-** Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

² **Artículo 73.-** Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.

³ **Artículo 193.-** Son bienes y rentas de los gobiernos regionales:

1. Los bienes muebles e inmuebles de su propiedad.
2. Las transferencias específicas que les asigne la Ley Anual de Presupuesto.
3. Los tributos creados por ley a su favor.
4. Los derechos económicos que generen por las privatizaciones, concesiones y servicios que otorguen, conforme a ley.
5. Los recursos asignados del Fondo de Compensación Regional, que tiene carácter redistributivo, conforme a ley.
6. Los recursos asignados por concepto de canon.
7. Los recursos provenientes de sus operaciones financieras, incluyendo aquellas que realicen con el aval del Estado, conforme a ley.
8. Los demás que determine la ley.

⁴ **Artículo 196.-** Son bienes y rentas de las municipalidades:

1. Los bienes muebles e inmuebles de su propiedad.
2. Los tributos creados por ley a su favor.
3. Las contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos creados por Ordenanzas Municipales, conforme a ley.
4. Los derechos económicos que generen por las privatizaciones, concesiones y servicios que otorguen, conforme a ley.
5. Los recursos asignados del Fondo de Compensación Municipal, que tiene carácter redistributivo, conforme a ley.
6. Las transferencias específicas que les asigne la Ley Anual de Presupuesto.
7. Los recursos asignados por concepto de canon.
8. Los recursos provenientes de sus operaciones financieras, incluyendo aquellas que requieran el aval del Estado, conforme a ley.
9. Los demás que determine la ley.

⁵ Para una visión estrictamente dominialista del régimen de los recursos naturales en el Perú, véase nuestro trabajo, HUAPAYA TAPIA, Ramón: El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano. En: Revista de Derecho Administrativo N° 14. Año 2014. Páginas 327-339, donde nos separamos de las viejas

han sido defendidos, aun cuando tímidamente⁶, por el Tribunal Constitucional peruano en su Sentencia recaída en el Expediente N° 048-2004-AI/TC del 01 de abril de 2005. El segundo (artículo 73), hace referencia a los bienes de dominio público estatal en general, distinguiendo, particularmente, el caso de los bienes de uso público, para superar la vieja y anquilosada prohibición de la Constitución de 1979 que prohibía en su artículo 128 conferir derechos privados sobre bienes públicos⁷, vale decir, prohibía todo tipo de concesiones sobre bienes de uso público o lo que es lo mismo, concesiones para el desarrollo de infraestructura. Es interesante anotar que el artículo 73 de la Constitución permite expresamente que el Estado otorgue concesiones a particulares para el aprovechamiento económico de estos bienes de uso público. Finalmente, los citados artículos 193 y 196 de la Constitución hacen referencia al régimen de bienes y rentas de las instancias descentralizadas de gobierno en el Perú, tanto a nivel regional como local, los cuales ejercen el dominio sobre sus bienes, tanto del dominio público regional y local, como sobre los patrimoniales.

doctrinas que pretendían explicar la Constitución peruana en base a argumentos civilistas o de abogados prácticos sectoriales. En la misma línea, más radical con la fórmula del dominio público, HERNANDEZ MARTINEZ, Eduardo: Los recursos naturales y el patrimonio de la Nación, Revista Ius et Praxis, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. N° 42. Año 2011. Páginas 185-221; quien defiende la tesis del dominio público para los recursos naturales. Una visión alternativa en el marco del derecho público, pero con una tesis poco inteligible, puesto que rechaza el dominio público para los recursos naturales, pero lo acepta parcialmente, y a la vez defiende una tesis de los recursos naturales como “bienes comunes de la humanidad”, pero a su vez defiende una tesis de “apropiabilidad de las personas”, es la de VIGNOLO CUEVA, Orlando: La construcción jurídica de los recursos naturales en Perú. En: Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública ISSN 1133-4797, XVII, Zaragoza, 2018, pp. 351-383. Sigue la línea de su maestro VIGNOLO, MENDOZA FLORES, Santos Ernesto: Los recursos naturales y su relación con el Estado: nuevas perspectivas. En: Revista de Derecho Administrativo. N° 19. Año 2020. Páginas 435-466.

⁶ En la medida que trata de “armonizar” el concepto de dominio eminencial con el de “dominio público”, los cuales son antitéticos. Véanse los fundamentos jurídicos 96 a 111 donde el Tribunal Constitucional llega a señalar que la “propiedad minera” del Estado sobre los recursos minerales es una “propiedad especial”, pero a su vez afirma que son bienes que integran el dominio público. Algo contradictorio por donde se le mire. Para una crítica al uso del dominio eminencial en el derecho público, VERGARA BLANCO, Alejandro: El dominio eminente y su aplicación en materia de minas. En: Revista Chilena de Derecho. Vol. N° 15. No. 1. Enero-abril 1988. Páginas 87-110.

⁷ Constitución Política de 1979. Artículo 128. Los bienes públicos, cuyo uso es de todos, no son objeto de derechos privados.

2. Resulta importante también hacer mención que no existe un desarrollo constitucional de los bienes del dominio privado del Estado. Sin embargo, este régimen ha sido objeto de interpretación por parte del Tribunal Constitucional peruano en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0014-2015-PI/TC, donde dicha corte se pronunció respecto a una demanda de inconstitucionalidad contra una Ley que establece la imprescriptibilidad de los bienes inmuebles de dominio privado estatal. Con todo, la distinción dominio público/dominio privado del Estado existe a nivel legislativo, con un marco normativo disperso, ya que no existe una Ley general de Bienes Públicos o una Ley general de Patrimonio del Estado. En el Perú, lo que tenemos son abundantes leyes sectoriales para regular los bienes de uso público, los recursos naturales, así como una Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales (Ley 29151), que fundamentalmente disciplina el régimen de los bienes del dominio privado del Estado.

II. El desarrollo del régimen constitucional del dominio público estatal sobre los recursos naturales. La Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales

3. Como ya hemos indicado, el Perú tiene un sistema dominialista o de dominio público respecto de sus recursos naturales en su fuente, a partir de lo que dispone el artículo 66 de la Constitución Política de 1993.

4. Dicho régimen constitucional encontró desarrollo en la Ley Orgánica N° 26821, denominada “Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales”, norma que desarrolló los alcances del citado artículo 66 de la Constitución, en lo referido al régimen de su explotación por parte de los particulares.

5. Esta Ley Orgánica define que los minerales son recursos naturales (artículo 3), y que estos recursos en su fuente son “patrimonio de la Nación” (rectius: dominio público), y que los frutos y productos de tales recursos naturales, obtenidos en la forma establecida en esta Ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos (artículo 4). Trasciende entonces que esta Ley Orgánica distingue entre el dominio público del Estado sobre los recursos naturales, y la concesión que el Estado debe otorgar a los particulares para su aprovechamiento económico o explotación.

6. Esta Ley Orgánica establece también en su artículo 19 que los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural. El artículo 20, por su parte, establece que el Estado tiene derecho a una retribución económica como compensación por el aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares. De otro lado, los artículos 21 y 22, establecen, respectivamente, que (i) la ley especial que se dicte para el aprovechamiento de cada recurso natural establece los términos del otorgamiento de cada derecho, incluyendo el mecanismo de retribución económica al Estado; y, (ii) las leyes especiales, al normar el alcance del derecho de aprovechamiento sostenible sobre los recursos naturales concedidos, deben contemplar los atributos que se conceden, sean de carácter real o de otra naturaleza.

7. Finalmente, conviene prestar atención a lo que disponen los artículos 23 y 24 de la Ley Orgánica que venimos comentando:

*“**Artículo 23.-** La concesión, aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo.*

La concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse. Las concesiones pueden ser otorgadas a plazo fijo o indefinido. Son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta Ley o la legislación especial exijan para mantener su vigencia.

Las concesiones son bienes incorpóreales registrables. Pueden ser objeto de disposición, hipoteca, cesión y reivindicación, conforme a las leyes especiales. El tercero adquirente de una concesión deberá sujetarse a las condiciones en que fue originariamente otorgada. La concesión, su disposición y la constitución de derechos reales

sobre ella, deberán inscribirse en el registro respectivo.

Artículo 24.- *Las licencias, autorizaciones, permisos, contratos de acceso, contratos de explotación y otras modalidades de otorgamiento de derechos sobre recursos naturales, contenidas en las leyes especiales tiene los mismos alcances que las concesiones contempladas en la presente ley, en lo que les sea aplicable.”.*

8. Tal como puede apreciarse, el artículo 23 de la citada Ley Orgánica establece, en línea con el artículo 66 de la Constitución, que los recursos naturales serán explotados por vía de una concesión conferida por el Estado, la cual genera un derecho real (artículo 22) aunque, dicho derecho puede tener también otra naturaleza. Asimismo, la concesión confiere el “uso y disfrute” del recurso natural concedido, y “en consecuencia, la “propiedad de los frutos y productos a extraerse”. Se señala también que las concesiones se pueden otorgar a plazo fijo o indefinido, y son irrevocables en tanto se cumplan las obligaciones para mantener su vigencia.

Finalmente, el artículo 23 de la Ley Orgánica establece que las concesiones son bienes incorporables registrables, que pueden ser objeto de disposición, hipoteca, cesión y reivindicación. Asimismo, se precisa que la concesión, su disposición, y la constitución de derechos reales sobre ella, deberán inscribirse en el registro respectivo.

9. Es importante también prestar atención a que el artículo 24 de la Ley Orgánica, establece que “*Las licencias, autorizaciones, permisos, contratos de acceso, contratos de explotación y otras modalidades de otorgamiento de derechos sobre recursos naturales, contenidas en las leyes especiales tiene los mismos alcances que las concesiones contempladas en la presente ley, en lo que les sea aplicable*”. ¿Cuál es el sentido de esta disposición? Entendemos que fue no alterar el nomen iuris de las grandes leyes sectoriales administrativas que regulaban las modalidades de otorgamiento de títulos administrativos para la explotación de recursos naturales mediante actos distintos a la concesión. Por ejemplo, en pesca, típicamente se usaba la figura del permiso. De otro lado, en aguas, históricamente se ha usado la figura de la licencia, como acto administrativo, mientras que en la explotación de

hidrocarburos se han usado típicamente dos figuras contractuales, los contratos de servicio y de licencia, suscritos con el Estado peruano. De esta forma, para no alterar la nomenclatura ya asentada en la legislación sectorial se estableció esta norma, que buscó equiparar la naturaleza de las concesiones reguladas en esta Ley Orgánica con los actos habilitantes regulados en las leyes especiales, en lo que les sea aplicable. Aun cuando dogmáticamente esto puede sonar impreciso y hasta rechazable, lo cierto es que al final de cuentas, todo acto estatal que confiere derecho a la explotación de recursos naturales deriva del artículo 66 de la Constitución y de esta Ley Orgánica y por tanto, necesariamente, tiene naturaleza concesional, en lo que les sea aplicable.

10. Bajo este contexto normativo hay que interpretar el régimen de la concesión minera, como concesión estatal que crea el derecho a la exploración y explotación de recursos mineros a favor de los particulares en el ordenamiento jurídico peruano, y que deriva su orden normativo del artículo 66 de la Constitución, de la Ley Orgánica, y fundamentalmente, del Decreto Supremo N° 014-92-EM, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, norma vigente desde el año 1992, hasta la fecha.

III. La regulación de las concesiones mineras en el Perú, a partir de la Ley General de Minería, concordada con el Código Civil

11. En el derecho peruano, históricamente, la concesión minera ha sido el derecho conferido por el Estado para la exploración y explotación de los recursos minerales, metálicos y no metálicos en el país. Esto ha sido así en el horizonte de las leyes mineras desde el Código de Minería de 1901 en adelante, según nos informa la doctrina que ha estudiado la evolución del derecho minero en el Perú, a partir del sistema dominialista.

12. El Perú tiene un ordenamiento jurídico minero modernizado, basado específicamente en dos normas legales, el Decreto Legislativo 109, que aprueba la Ley General de Minería, (publicado el 13 de junio de 1981) y el Decreto Legislativo 708, que aprueba la Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero (publicado el 14 de noviembre de 1991). Ambas normas dieron origen al denominado Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (en adelante, el TUOLGM), publicado el 04 de junio de 1992, norma que rige actualmente el régimen jurídico de las concesiones mineras.

13. Antes que nada, es importante tener en cuenta algo importante. Conforme al artículo VI del Título Preliminar del TUOLGM, las actividades mineras en el Perú son el cateo, la prospección, la exploración, la explotación, la labor general, el beneficio, la comercialización y el transporte minero. En esa línea, el artículo VII del citado Título Preliminar del TUOLGM establece que el ejercicio de las actividades mineras, excepto el cateo, la prospección y la comercialización, se realiza exclusivamente bajo el sistema de concesiones. De tal suerte que en el TUOLGM se regulan cuatro concesiones: la concesión minera de exploración y explotación (que bajo el texto original de la LGM estaban separadas como dos tipos de concesiones diferentes, pero que fueron unificadas en la reforma de 1991), la concesión de labor general, la concesión de transporte minero y la concesión de beneficio. Resulta interesante comprobar que, aunque parecen ser todas concesiones de recurso natural, o demaniales, esto no es cierto. La única concesión demanial es la primera, la de exploración/explotación minera, puesto que la concesión de beneficio es una típica concesión *industrial* o de actividad económica, en la cual el Estado regula el proceso físico-químico de transformación de la roca extraída del yacimiento en concentrado útil para la comercialización (artículos 17-18 TUOLGM). Por su parte la concesión de labor general en realidad, es una “falsa concesión”, puesto que únicamente implica la habilitación del Estado para prestar servicios auxiliares a dos o más concesiones mineras (artículos 19-20 TUOLGM), mientras que, la concesión de transporte minero es una concesión de infraestructura dirigida a establecer un sistema de transporte masivo de productos minerales por métodos no convencionales, como fajas transportadoras, tuberías o cable carriles, e incluso mineroductos (artículos 22-23 TUOLGM).

14. Ahora bien, para el Código Civil peruano, todas estas concesiones mineras son bienes inmuebles, vale decir, derechos incorporales, bajo los alcances del numeral 8) del artículo 885 del Código Civil. En esa medida, todas estas concesiones se pueden inscribir en el Registro Público de Minería, conforme al Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos – SUNARP, aprobado por la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 052-2004-SUNARP-SN.

15. Pese a ello en este trabajo, haremos referencia únicamente a las concesiones mineras de exploración/explotación de minerales, sean metálicos

o no metálicos regulados en los artículos 9 y 10 del TUOLGM y en el numeral 8) del artículo 885 del Código Civil.

16. Precisamente, a este respecto, los citados artículos 8 y 9 del TUOLGM establecen lo siguiente:

“Artículo 9.- La concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM).

La concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada.

Las partes integrantes y accesorias de la concesión minera siguen su condición de inmueble aunque se ubiquen fuera de su perímetro, salvo que por contrato se pacte la diferenciación de las accesorias.

Son partes integrantes de la concesión minera, las labores ejecutadas tendentes al aprovechamiento de tales sustancias. Son partes accesorias, todos los bienes de propiedad del concesionario que estén aplicados de modo permanente al fin económico de la concesión.

Artículo 10.- La concesión minera otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al concesionario.

Las concesiones son irrevocables, en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta ley exige para mantener su vigencia.”. (énfasis, propio).

17. Tal como puede apreciarse, los artículos 9 y 10 del TUOLGM establecen el régimen de la concesión minera de exploración y explotación de recursos minerales metálicos y no metálicos en el ordenamiento peruano, la cual se otorga vía acto administrativo, previo procedimiento administrativo. Esta concesión otorga un derecho real administrativo⁸, creado *ex novo*, para la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos. Este derecho real consiste en el aprovechamiento de estos recursos minerales, mediante el ejercicio de los atributos establecidos en el artículo 37 del TUOLGM⁹, así

⁸ Respecto de los derechos reales administrativos, GONZALEZ PÉREZ, Jesús: Los derechos reales administrativos. 1ª edición. Cuadernos Civitas. Madrid, 1975, CANO TELLO, Celestino: La hipoteca de concesiones administrativas. Editorial Montecorvo. Madrid, 1973. Páginas 43-58; VERGARA BLANCO, Alejandro: Los derechos mineros como derechos reales administrativos. En: Revista de Derecho Público. Vol. II. Número 115. Mayo-agosto. Madrid, 1989. Páginas 473-493; DE REINA TARTIERE, Gabriel: Los derechos reales administrativos: fundamentos para una categoría. En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. N° 714. Madrid, 2009. Páginas 1669-1714; y, PIMIENTO, Julián: Derecho Administrativo de Bienes. Los Bienes Públicos: Historia, clasificación, régimen jurídico. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015. Páginas 670-703.

⁹ **TUOLGM. Artículo 37.-** Los titulares de concesiones, gozan de los siguientes atributos:

1. En las concesiones que se otorguen en terrenos eriazos, al uso minero gratuito de la superficie correspondiente a la concesión, para el fin económico de la misma, sin necesidad de solicitud adicional alguna.
2. A solicitar a la autoridad minera el derecho de uso minero gratuito para el mismo fin, sobre terrenos eriazos ubicados fuera de la concesión.
3. A solicitar a la autoridad minera, autorización para establecer servidumbres en terrenos de terceros que sean necesarios para la racional utilización de la concesión. La servidumbre se establecerá previa indemnización justipreciada si fuere el caso.
De oficio o a petición del propietario afectado, la autoridad minera dispondrá la expropiación si la servidumbre enerva el derecho de propiedad.
4. A solicitar autorización para establecer uso minero o servidumbres, en su caso, sobre los terrenos superficiales de otras concesiones, siempre que no se impida o dificulte la actividad minera de sus titulares.
5. A construir en las concesiones vecinas, las labores que sean necesarias al acceso, ventilación y desagüe de su propias concesiones, transporte de los minerales y seguridad de los trabajadores, previa la indemnización correspondiente si causan daños y sin gravamen alguno para las concesiones sirvientes, dejando en cancha, libre de costos para estas concesiones, los minerales resultantes de las labores ejecutadas. Los titulares de las concesiones sirvientes, podrán utilizar estas labores pagando la respectiva compensación, cuyo monto fijará la autoridad minera a falta de convenio de las partes.
6. A ejecutar en terreno franco las labores que tengan los mismos objetos señalados en el inciso anterior, con autorización de la Dirección General de Minería.

como a gozar de los beneficios establecidos en el artículo 72 del TUOLGM¹⁰. De la misma forma se establece que las concesiones mineras son irrevocables,

7. A solicitar la expropiación, previa indemnización justipreciada, de los inmuebles destinados a otro fin económico, si el área fuera necesaria, a juicio de la autoridad minera, para la racional utilización de la concesión y se acreditase la mayor importancia de la industria minera sobre la actividad afectada.

En casos en que la expropiación comprenda inmuebles ubicados en zonas urbanas o de expansión urbana, se solicitará la opinión del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción o del Organismo Regional correspondiente.

8. A usar las aguas que sean necesarias para el servicio doméstico del personal de trabajadores y para las operaciones de la concesión, de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia.

9. A aprovechar las sustancias minerales contenidas en las aguas que alumbren con sus labores.

10. A inspeccionar las labores de concesiones mineras vecinas o colindantes, cuando sospeche internación o cuando tema inundación, derrumbe o incendio, por el mal estado de las labores de los vecinos o colindantes, por el desarrollo de los trabajos que se efectúen en éstos.

11. A contratar la ejecución de los trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio, con empresas especializadas inscritas en la Dirección General de Minería

¹⁰ **TUOLGM. Artículo 72.-** Con el objeto de promover la inversión privada en la actividad minera, se otorga a los titulares de tal actividad los siguientes beneficios:

a) Estabilidad tributaria, cambiaria y administrativa;

(...)

c) El Estado reconocerá al titular de actividad minera la deducción de tributos internos que incidan en su producción, sea que se exporte o que, sujeta a cotización internacional, se venda en el país;

d) Las inversiones que efectúen los titulares de la actividad minera en infraestructura que constituya servicio público, serán deducibles de la renta imponible, siempre que las inversiones hubieren sido aprobadas por el organismo del sector competente;

e) No constituye base imponible de los tributos a cargo de los titulares de actividad minera, las inversiones que realicen en infraestructura de servicio público, siempre que hubieren sido aprobadas por el organismo del sector competente, ni aquellos activos destinados a satisfacer las obligaciones de vivienda y bienestar a que se refiere el Artículo 206 de la presente Ley;

f) La participación en la renta que produzca la explotación de los recursos minerales a que se refiere el Artículo 121 de la Constitución Política del Perú, se traduce en la redistribución de un porcentaje del Impuesto a la Renta que paguen los titulares de la actividad minera;

g) La compensación del costo de las prestaciones de salud a sus trabajadores y dependientes, respecto a las contribuciones a que se refiere el Artículo 14 de la Constitución Política del Perú;

h) No discriminación en materia cambiaria, en lo referente a regulación, tipo de cambio, u otras medidas de política económica;

pero están sujetas al cumplimiento de las obligaciones del pago del derecho de vigencia y a realizar la respectiva producción mínima, salvo el pago de penalidades.

18. Aun cuando luego volveremos en más detalle sobre lo que estamos comentando, es importante reparar que el artículo 9 del TUOLGM precisa con toda claridad que la concesión minera es un “inmueble” separado del predio donde se encuentra ubicada. Aquí, precisamente, vale la crítica que hace VERGARA BLANCO a la “propietarización de los derechos”¹¹, en realidad, no hay que confundir la concesión minera como “derecho real” o como “bien”, o como “propiedad minera”, cuando en realidad, la concesión es un acto administrativo del Estado que crea un derecho real administrativo que confiere el derecho de explorar y explotar minerales¹² para su aprovechamiento sostenible.

En estricto, la concesión minera es un acto administrativo, cuyo objeto o contenido es crear un derecho real administrativo, el mismo que consiste en el derecho al aprovechamiento exclusivo de los minerales ubicados en la cuadrícula de la concesión. Como tal, se habla de que la concesión es un “bien inmueble”, pero en realidad, es una ficción, porque lo que es objeto de transacción, disposición, explotación, gravamen o aprovechamiento es el derecho real administrativo creado por el acto administrativo concesional, que es un bien inmueble o derecho incorporal¹³, que se inscribe en los registros públicos, y que puede ser objeto de hipoteca, o de cesión.

i) Libertad de remisión de utilidades, dividendos, recursos financieros y libre disponibilidad de moneda extranjera en general;

j) Libre comercialización de la producción, interna o externa;

k) Simplificación administrativa para la celeridad procesal, en base a la presunción de veracidad y silencio administrativo positivo ficto en los trámites administrativos;

l) La no aplicación de un tratamiento discriminatorio respecto de otros sectores de la actividad económica;

El Estado garantizará contractualmente la estabilidad de estos beneficios, bajo las normas que se encuentren vigentes en la oportunidad en que se aprueben los programas de inversión señalados en los Artículos 79 y 83 de la presente Ley.

¹¹ Cfr. VERGARA BLANCO, Alejandro: La propietarización de los derechos. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. XIV. (1991-1992). Páginas 281-291.

¹² VERGARA BLANCO, Alejandro: Principios y sistema de Derecho Minero. Estudio histórico-dogmático. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1992. Páginas 330-331.

¹³ Sobre este contenido de los derechos que otorga la concesión minera como bien incorporal, GUZMAN BRITO, Alejandro: Las cosas incorpóreas en la doctrina y el derecho positivo.

En ese sentido el derecho real administrativo de “concesión minera de exploración y explotación de minerales” es un bien inmueble o cosa incorporal que está separado del predio inmueble donde se encuentra, es distinto al mismo, en los términos que deben ser concordados con lo previsto en el artículo 954 del Código Civil¹⁴.

19. Conviene tener en cuenta la concordancia que debe existir entre lo que dispone la Constitución de 1993 en su artículo 66, la Ley Orgánica 26821 para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, que desarrolla el contenido del citado artículo 66 constitucional, y finalmente lo que dispone tanto el TUOLGM como el Código Civil respecto a la concesión minera. Claro está que en minería, la concesión es el título del Estado para poder explorar o explotar la riqueza mineral del país, conforme al artículo 66 de la Constitución. Esta concesión se otorga por acto administrativo, de manera indefinida, y es irrevocable, y se constituye por la suma de atributos que el artículo 37 del TUOLGM otorga al concesionario minero. Ahora bien, lo que es erróneo es considerar que la concesión minera es un “bien inmueble”, cuando en realidad, es un acto administrativo, cuyo objeto es conferir a un particular un derecho real administrativo consistente en el aprovechamiento de la riqueza mineral del Estado. Sobre dicho derecho real administrativo es donde el particular ejerce su titularidad, pudiendo disponer de él, gravarlo, enajenarlo, transferirlo, inscribirlo y protegerlo.

Reimpresión de la segunda edición. Prólogo de Alejandro VERGARA BLANCO. Ediciones Jurídicas de Santiago. Santiago de Chile, 2019. Páginas 77-84.

¹⁴ **Código Civil de 1984. Artículo 954.** La propiedad del predio 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.

La propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales

IV. La concesión minera de exploración y explotación de recursos minerales metálicos y no metálicos como acto creador de derechos reales administrativos. La errónea postura de parte de la doctrina peruana del derecho minero influenciada por las tesis civilistas respecto de la concesión minera como bienes inmuebles y las tesis correctas sobre el particular desde el derecho administrativo

20. Dicho todo lo anterior, a nosotros, desde el derecho administrativo, nos queda claro que la concesión minera de exploración/explotación de minerales metálicos o no metálicos es una concesión de dominio público o concesión demanial, y que es un acto creador de un derecho real administrativo, a explotar bienes del dominio público estatal, para su aprovechamiento económico. Sin embargo, esto no queda tan claro si es que se revisa la normativa peruana (particularmente, el Código Civil), así como la doctrina jurídica que ha analizado el TUOLGM a la luz de la influencia civilística sobre la naturaleza de la concesión minera y de los derechos que esta confiere. En ese sentido, corresponde evaluar las tesis erróneas que se han venido suscitando en nuestro ordenamiento jurídico, así como las tesis dogmáticas que juzgamos correctas para llegar a una conclusión que aclare el panorama de la recta interpretación normativa del ordenamiento minero peruano sobre el particular.

21. Ahora bien, en el Perú, desde el Código Civil de 1936 (artículo 812, numeral 1), se ha considerado que las minas son un bien inmueble. De otro lado, las concesiones mineras han encontrado su regulación normativa en la legislación especial minera. Sin embargo, al regular el alcance de la propiedad inmueble, sobre todo de la propiedad predial, dicho Código Civil estableció lo siguiente en su artículo 854:

*“La propiedad del predio 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. La regla de este artículo comprende la propiedad de lo que se encuentra bajo el suelo, **excepto las minas y las aguas, que están regidas por leyes especiales**” (énfasis, propio).*

22. Comentando estas disposiciones del Código Civil de 1936, CASTAÑEDA, comenta que “es objeto de controversia si el derecho que los particulares tienen sobre las minas es de usufructo o de propiedad”, señalando que dicho derecho podría constituir, o bien, un derecho de propiedad resoluble, o una especie de “usufructo de duración indefinida, que no existe”¹⁵. Dicho jurista indica que ambas opciones estarían cubiertas por lo que disponía el artículo 37 de la entonces vigente Constitución Política del Perú de 1933¹⁶. Es interesante notar que esta disquisición sobre el tipo de derecho real que confiere la concesión minera que anota el citado jurista, en realidad, proviene desde la Constitución peruana de 1933 y su reflejo tanto en el Código Civil de 1936, como en el Código de Minería de 1950.

23. Por su parte, el Código Civil de 1984, actualmente vigente en el Perú, estableció en su artículo 885, que tanto las minas (el yacimiento minero) como las concesiones mineras (los derechos otorgados por el Estado para la exploración/explotación de minas) son bienes inmuebles, en los numerales 3 y 8 del citado artículo 885 de dicho Código. Por su parte, siguiendo lo señalado en el Código antecesor, el artículo 954 del Código Civil establece lo siguiente respecto de la propiedad predial:

“La propiedad del predio 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. La propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales.”

¹⁵ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio: Instituciones de Derecho Civil. Los Derechos Reales. Tomo I. Segunda edición, corregida y aumentada. Talleres Gráficos Villanueva. Lima, 1958. Página 400.

¹⁶ Constitución Política de 1933. Artículo 37.- Las minas, tierras, bosques, aguas y, en general, todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos. La ley fijará las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión, en propiedad o en usufructo, a los particulares.

24. Al respecto, la doctrina civilista que ha comentado estas disposiciones, entiende que, en realidad, es una especie de ficción que las concesiones mineras sean un bien inmueble, porque en realidad no es que se aplique un criterio de movilidad, sino que se trata de reconocer que se trata de un derecho real que puede ser objeto de garantías y de transacción en el mercado¹⁷.

25. Ahora bien, revisando lo establecido por las normas civiles, así como por la doctrina civilista nacional que ha inspirado el análisis de las normas de los Códigos Civiles de 1936 y 1984, respectivamente, encontramos que estas tesis civilistas, que incurren en el error de considerar que la concesión minera es un “bien inmueble” o que el derecho real creado es uno “sui generis”, mezcla de “propiedad o usufructo”, han extendido ampliamente su influencia sobre un sector importante de la doctrina nacional sobre el derecho minero que ha estudiado o interpretado el TUOLGM y sus instituciones vinculadas con la concesión minera y el derecho real por ésta creado.

26. De esta manera, conviene citar a LASTRES¹⁸, calificado especialista sectorial minero, quien propugna una tesis que, a nuestro entender, nos brinda una importante guía para entender de donde es que viene el error o influencia de las tesis civilistas respecto a las tesis sobre el derecho real creado por la concesión minera de exploración y explotación. LASTRES afirma lo siguiente: “...en el Derecho Peruano existe una pluralidad de derechos reales, y que ellos y sólo ellos, pueden ser reconocidos como tales, bajo el sistema imperante en el país de *numerus clausus*, frente al sistema opuesto que permite la creación de nuevos tipos de derechos reales, al que se adhieren otras legislaciones, y que reciben el nombre de *numerus apertus*. En este punto, es necesario preguntarse, si el artículo 10 del TUO, al definir que la concesión otorga a su titular un derecho real, ha limitado este concepto a alguno de los derechos reales reconocidos en nuestro Código Civil, o si se

¹⁷ AVENDAÑO ARANA, Francisco: “Comentario a los artículos 885 y 886”. En: AA.VV. Código Civil Comentado. Tomo V. Derechos Reales. 4ª edición. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 2020. Páginas 26-34. En el mismo sentido, aunque con la precisión dogmática de que la concesión minera crea un derecho real administrativo, RAMIREZ CRUZ, Eugenio María: Tratado de Derechos Reales. Tomo I. Teoría general de los Derechos Reales. Bienes – Posesión. 4ª edición actualizada y revisada. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 2017. Página 297-298.

¹⁸ LASTRES BERNINZON, Enrique: Derecho de Minería y Energía. Asociación Civil Primera Fuente – Enrique Lastres Abogados. Lima, 2007. La cita en páginas 81-82 del citado libro.

*trata de un **derecho real singular**, inherente a los atributos que son propios del titular de la actividad minera, y que está constituido por una suma de algunos de los derechos reales conocidos en nuestra legislación, adaptados a la realidad emergente del derecho de concesión. Es incuestionable que debe tomarse partido por la segunda tesis, esto es, que nos encontramos frente a un derecho real minero por excelencia, cuyo contenido ha de encontrarse a través de ciertos atributos que corresponden a la posesión, la propiedad, la servidumbre, la servidumbre, el uso y los derechos reales de garantía, según se pasa a exponer” (énfasis propio).*

27. La tesis de LASTRES, antiguo profesor de derecho minero por muchos años en la Pontificia Universidad Católica del Perú tuvo mucho eco en varios juristas especializados en derecho minero. Así, BELAUNDE MOREYRA, asume la tesis de que la concesión minera otorga un “derecho real” pero que no es propiedad ni tampoco usufructo. Sin embargo, apuesta por señalar que es un “derecho real *sui generis*”, “consistente en la suma de los atributos y obligaciones que la ley establece, y que es objeto de tráfico jurídico”, por lo cual, “la concesión minera puede ser materia de contratos de opción, de transferencia, de cesión y de hipoteca minera”, para culminar señalando que “*La concesión, en suma, confiere a su titular un conjunto de derechos reales en favor del concesionario, entre los que debe mencionarse la venta de los productos mineros extraídos de la concesión. Este último derecho constituye económicamente la razón de ser de la concesión*”¹⁹. Por su parte, TEJADA GURMENDI, también comparte la tesis del “derecho real *sui generis*”, señalando que “A la concesión minera se le brinda el status jurídico de *derecho real sui generis*, es decir, su titular ejercerá un derecho de propiedad sobre ella, pero de naturaleza especial...”²⁰. Por su parte, MARTINEZ APONTE, califica al derecho conferido por la concesión minera como un derecho real, pero sin calificarlo como un derecho real administrativo o un derecho real en el sentido civilístico²¹. CARRUITERO y CASTILLO

¹⁹ BELAUNDE MOREYRA, Martín: Derecho Minero y Concesión. Análisis de la legislación vigente, incluyendo la minería ilegal e informal y las últimas reformas. Editorial San Marcos. Segunda reimpresión de la sexta edición. Lima, 2019. Páginas 85-87.

²⁰ TEJADA GURMENDI, Jaime: En: Régimen Legal de la Titulación Minera en el Perú. En: Revista Derecho & Sociedad. N° 42. Lima, 2014. Página 294.

²¹ MARTINEZ APONTE, Humberto: La Concesión Minera, derecho a la explotación de los recursos de la Nación. En: Revista Advocatus. N° 21. Lima, 2009. Página 218.

indican que la concesión minera crea un derecho real, pero tampoco califican la naturaleza de dicho derecho²². GUERRA PEÑALOZA y GUERRA SAITO anotan que la concesión minera genera un derecho real, una especie de “propiedad especial” que, en su opinión, sería una especie de usufructo sobre el dominio minero del Estado²³.

28. Sin embargo, ya hace buen tiempo, con corrección dogmática, el gran jurista minero GARCIA MONTUFAR²⁴, señalaba que “la concesión minera da lugar a un derecho real administrativo (...) consistente en la suma de los atributos que la ley reconoce al concesionario” con cita del jurista argentino MARIENHOFF. En sentido similar se manifiesta BASADRE AYULO, quien también define a la concesión minera como acto creador de un derecho real administrativo²⁵. Por su parte, un autor minero clásico como SOTOMAYOR, por su parte, reconoce que la concesión minera (en el régimen del Código de Minería de 1950, que distinguía entre concesiones de exploración y explotación minera) otorga un derecho real, pero no sobre los minerales en su fuente, sino a explorarlos y explotarlos²⁶, aunque no precisa que se trata de un

²² CARRUITERO LECCA, Francisco y Freddy CASTILLO LUQUE: Comentarios al T.U.O. de la Ley General de Minería. San Bernardo. Lima, 2025. Página 73.

²³ GUERRA PEÑALOZA, José y Ana María GUERRA SAITO: Elementos del Derecho Minero. Editorial Rodhas. Lima, 1996. Páginas 156-158.

²⁴ GARCIA MONTUFAR, Guillermo: Apuntes de Derecho Minero Común. Cultural Cuzco. Lima, 1989. Página 79. La misma cita se mantiene en el libro posterior del autor escrito en colaboración, GARCIA MONTUFAR, Guillermo y Militza FRANCISCOVIC: Derecho Minero. Doctrina – jurisprudencia y legislación actualizada. 2ª edición. Gráfica Horizonte. Lima, 2001. Página 64. Esta última autora, al parecer, basándose parcialmente en el libro coescrito con GARCIA MONTUFAR, ha continuado dicha tesis en su libro propio, FRANCISCOVIC, Militza y César IPENZA: Derecho Minero y Ambiente. 2ª edición. Editorial Grijley. Lima, 2018. Página 75, aunque agregando algo importante a la cita original de GARCIA MONTUFAR. Esta autora precisa que los atributos del derecho real creado por la concesión minera generan un derecho real administrativo porque son conferidos por la ley administrativa y no por la ley civil. Precisión harto importante.

²⁵ BASADRE AYULO, Jorge: Derecho Minero Peruano. 6ª edición. Editorial Grijley. Lima, 1996. Páginas 188-189. El autor se ratifica en su tesis en un libro posterior, BASADRE AYULO, Jorge: Derecho de la Minería y del Petróleo. 1ª edición. Editorial San Marcos. Lima, 2001, página 224, aunque luego de copiar la cita del libro anterior, habla de un “derecho real sui generis” en la línea de BELAUNDE MOREYRA, ya citado, lo cual, como indicamos, es erróneo.

²⁶ SOTOMAYOR, J. Moisés: Derecho de Minería Peruano. Imprenta La Popular. Lima, 1977. Páginas 155-157.

derecho real administrativo. FORNO, por su parte, también reconoce que la concesión minera genera un derecho real administrativo²⁷ (aunque discrepamos de su tesis que considera que la concesión minera es un “título habilitante”). GUTIERREZ GUARDIA, correctamente, también interpreta que la concesión minera confiere un derecho real de naturaleza administrativa, proveniente de un acto estatal²⁸. En la misma línea se encuentra SALAZAR NIÑO²⁹. Finalmente, no es tan comprensible la posición de BALDEÓN, el cual, si bien reconoce correctamente que la concesión es un acto administrativo real (*rectius*: acto administrativo de efectos reales) y como tal, confiere un derecho real administrativo³⁰, luego termina aceptando la tesis “civilista” de LASTRES, y considera que estamos frente a un “derecho real sui generis”³¹.

29. Queda claro, luego del análisis expuesto entonces que, pese a la fuerza de la tradición civilista y de las interpretaciones erróneas provenientes de continuar viendo el ordenamiento moderno en base a cánones normativos antiguos, creemos que la tesis dominante está pasando a ser, la correcta, vale decir la que considera que la concesión minera es un acto administrativo creador de derechos conferido por el Estado, y que dicha concesión confiere un derecho real administrativo a realizar el aprovechamiento sostenible (exploración y explotación) de los minerales concedidos. Este derecho real administrativo es oponible erga omnes, es de naturaleza irrevocable, es otorgado de manera indefinida (sin plazo) y además puede ser objeto de disposición, cesión, hipoteca, y de inscripción registral³².

²⁷ FORNO, Xennia: El Título Minero como acto administrativo habilitante. En: Revista de Derecho Administrativo. N° 8. Año 2009. Página 59.

²⁸ GUTIERREZ GUARDIA, Carlos Amado: Lecciones de Derecho Minero. Iustitia. Lima, 2018. Páginas 191-196.

²⁹ SALAZAR NIÑO, Elvis: La concesión minera y el derecho de aprovechamiento. Buscando un equilibrio entre lo público y lo privado. En: Revista Derecho & Sociedad N° 42. Lima, 2014. Páginas 363-371.

³⁰ BALDEON, Juan Francisco: Tratado de Derecho Minero Peruano. Jurista Editores. Lima, 2016. Páginas 236-246

³¹ BALDEON, Juan Francisco: Tratado... Op. Cit. Páginas 246-247. Aun cuando, para ser justos con el autor citado, si bien comparte la tesis de LASTRES, si que niega que entre los “derechos reales” conferidos al concesionario minero esté el de posesión, ya que ello implicaría que el concesionario minero pueda usucapir el derecho real concedido.

³² Nos sentimos, en ese sentido, muy cercanos dogmáticamente a la construcción del sistema minero que ha hecho Alejandro VERGARA, aun cuando no compartimos su tesis de la

V. Propuesta de una interpretación ordenadora del régimen de los derechos reales administrativos nacidos de la concesión minera en el ordenamiento peruano

30. En línea con lo anterior, una interpretación ordenadora del régimen de las concesiones mineras de exploración/explotación en el Perú nos permite afirmar algunas cosas importantes para centrar las cuestiones vitales de la concesión minera, en línea con lo ya expresado en líneas anteriores, concordando tanto la Constitución, como la Ley Orgánica para el aprovechamiento de los recursos naturales, el Código Civil y el TUOLGM. En primer lugar, hay que afirmar que el Perú tiene un sistema dominialista o de dominio público sobre sus recursos naturales en su fuente, aplicable particularmente para sus riquezas minerales. Luego, el Estado otorga concesiones mineras de exploración/explotación para garantizar el aprovechamiento sostenible de tales recursos naturales mineros. Esto lo hace el Estado a través de un sistema de concesiones mineras, las cuales otorga vía un sistema de actos administrativos, previo procedimiento administrativo iniciado a pedido de parte. Este acto administrativo es un acto creador de derechos (irrevocable, y que una vez inscrito, goza de la fuerza de oponibilidad y de cognoscibilidad de los registros públicos), es un acto administrativo que crea el derecho concesional *ex novo*, el cual tiene la característica de ser un derecho real administrativo, derecho real que confiere el derecho a aprovechar y explotar económicamente los minerales concedidos en la sección de yacimiento donde se ubica la cuadrícula minera en la cual se ha petitionado la concesión. Claramente, este derecho real administrativo es un derecho real de aprovechamiento que aunque es mal definido por el Código Civil como un “bien inmueble” (artículo 885), aunque en realidad es una suma o haz de derechos incorporeales que está constituido por la suma de los

“públicatio” minera respecto de la naturaleza de la riqueza mineral. Sobre este autor, véase, VERGARA BLANCO, Alejandro: *Instituciones de Derecho Minero*. Abeledo-Perrot. Legal Publishing. Santiago de Chile, 2010; VERGARA BLANCO, Alejandro: *Sistema de Derecho Minero*. Legal Publishing – Thomson Reuters. Santiago de Chile, 2012; y, muy recientemente, VERGARA BLANCO, Alejandro: *La disolución del dominio estatal de las minas y la actual publicación de la riqueza mineral in rerum natura*. El derrumbe de las tesis tradicionales. Análisis histórico-dogmático del artículo 19 núm. 24 inciso sexto de la Constitución. En: *Revista de Derecho Público*. N° 103. Año 2025. Páginas 23-56.

atributos conferidos al concesionario minero a partir del artículo 37 del TUOLGM, pero fundamentalmente, el derecho a explorar y explotar los minerales concedidos en el yacimiento minero. Pero para realizar estas labores de exploración o explotación, el concesionario minero deberá tener un derecho de acceso al predio superficial: es que la concesión minera no da derecho real sobre el predio superficial, éste es un derecho real diferente. La importancia de los artículos 9 y 10 del TUOLGM es que ambas normas, de una manera clara, distinguen y precisan que el derecho real creado por la concesión minera es un “inmueble” distinto al predio superficial donde se ubica el yacimiento minero. Por tanto, si se quiere realizar exploración o explotación, será necesario tener un acuerdo contractual, o una servidumbre, o cualquier tipo de acuerdo con el titular del predio superficial, para poder desarrollar la actividad minera, siquiera la actividad exploratoria. Por ello también, no estamos de acuerdo con que la concesión minera sea un “título habilitante”, la concesión minera confiere un derecho real administrativo de aprovechamiento, pero el ejercicio de dicho aprovechamiento implica la realización de sendos estudios y obtención de autorizaciones, permisos y licencias que son los reales títulos habilitantes que permitirán al titular minero recién realizar la actividad minera de acuerdo a ley. Por ende, la concesión minera no configura un “título habilitante”, sino que es el título de derecho que el Estado confiere para crear un derecho real administrativo a favor del particular para que éste pueda oponer a los demás su derecho exclusivo de aprovechar el mineral ubicado en una cuadrícula de coordenadas UTM graficadas en el catastro minero administrado por el Estado.

Al menos dogmáticamente, el sistema concesional minero peruano, es un sistema concesional coherente, y que, sobre todo, ha sabido adecuarse a la modernización necesaria de haber pasado de un esquema de denuncios y visuales mineras, hacia la modernidad de un sistema de coordenadas UTM y de cuadrículas, el cual ha supuesto una mejora integral del sistema de tramitación de las concesiones mineras en nuestro país.

31. Pero más allá de correcciones dogmáticas, resulta importante alabar la sencillez, simplicidad y simplificación administrativa del sistema peruano de concesiones y catastro minero. Un ejemplo de régimen normativo minero incluso superior al chileno. Lamentablemente, en los últimos 25 años, este régimen jurídico del TUOLGM ha sufrido embates en su sistema unitario, gracias a la aparición de un sistema llamado originalmente de “pequeña

minería y minería artesanal” (regulado por la Ley 27651), y que ahora ha tomado fuerza en base a sucesivas leyes de “formalización minera”, particularmente a partir del Decreto Legislativo 1293, el cual creó un “proceso de formalización minera integral”. Pretendidamente, en sus orígenes, allá por el año 1999-2001, el régimen de “pequeños productores mineros / mineros artesanales” lo que buscaba era “apoyar” a mineros emprendedores que tenían una economía de subsistencia o de muy bajos recursos. Lamentablemente, gracias a los altísimos precios del oro, el cobre o la plata que vienen en ascenso a nivel mundial desde el año 2008 en adelante, estos mineros ilegales actualmente están depredando los recursos minerales del Perú en varias zonas geográficas, sin tener concesiones, sin tener estudios ambientales, sin pagar impuestos, generando crímenes por doquier, creando “zonas liberadas” sin intervención estatal, generando una gigantesca “economía criminal” que incluso ya hasta tiene representantes en el Congreso y en el gobierno. Incluso, se acaban de dar una enésima ley de “formalización”, que es la Ley 32537 (publicada el 26 de diciembre de 2025), que amplía el tristemente célebre Reglamento del Registro Integral de Formalización Minera (REINFO) hasta el 31 de diciembre de 2026. Precisamente, este sistema de registro administrativo llamado REINFO (que permitía que los mineros ilegales operen en impunidad, sin títulos habilitantes, mientras supuestamente, se estaban “formalizando”) fue cuestionado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 102/2025 del Pleno, de fecha 08 de abril de 2025, la cual, lamentablemente, declaró improcedente la demanda por substracción de materia, ya que a la fecha de pronunciamiento del Tribunal Constitucional, la norma impugnada (que extendía la vigencia del REINFO hasta el 31 de diciembre de 2024) ya había dejado de estar vigente. Sin embargo, en dicha sentencia, el Tribunal Constitucional lanza algunas exhortaciones respecto a la exoneración de responsabilidad penal de imputados por los delitos de minería ilegal, así como a la necesidad de emitir un nuevo marco jurídico de formalización minera. Con todo, se trata de una sentencia algo tibia, y que no es contundente respecto a la condena frente a esta modalidad de economía criminal.

32. Entonces, consideramos que más allá de la corrección dogmática, el sistema de concesiones mineras en el Perú actualmente se encuentra en crisis, una crisis de eficacia jurídica. Puesto que, mientras una parte del país es formal, obtiene la concesión de exploración/explotación, paga derecho de

vigencia, obtiene todas las autorizaciones y licencias ambientales, de aguas y forestales, paga tributos, tiene personal en planilla, cumple obligaciones laborales, cumple con políticas sociales, paga el royalty minero, entre otros; la otra parte del país, sólo ubica la veta del mineral, y la hace volar por los aires, para sacar de las entrañas de la tierra el mineral. Para esta parte del país, no existen las normas mineras, ambientales, laborales, tributarias, de seguridad, la regulación, etc. En ese sentido, resulta bastante contradictorio hablar de un derecho administrativo de la regulación minera cuando sólo aplica a una parte del país, mientras la otra no la aplica, o simplemente la desconoce, de forma radical.

VI. Reflexiones finales extrapolables al caso de las concesiones de infraestructura bajo el régimen de Asociaciones Público-Privadas

33. Finalmente, queríamos extrapolar algunas cuestiones que nos surgen al comparar el régimen de los derechos reales administrativos en los recursos naturales y en particular en minería, con respecto a las concesiones de infraestructura. En el Perú, desde la primera ley de concesiones de servicios públicos y obras públicas de infraestructura (Decreto Legislativo 758), se estableció que “La concesión sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos”. Se han sucedido varias normas sobre la materia hasta llega a la novísima y recién entrada en vigencia Ley 32441, denominada Ley que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, la cual establece en su artículo 24 que en el caso de proyectos de APP que se realicen sobre bienes públicos, no se otorga al particular un derecho real sobre los mismos. Como en Perú las APP se instrumentan básicamente vía contratos de concesión, el régimen es, básicamente el mismo que hace más de 30 años: las concesiones de infraestructura no otorgan derechos reales sobre los bienes públicos.

34. La pregunta que cae de madura es, ¿por qué? Si la infraestructura que soporta obras públicas (carreteras, aeropuertos, puertos, líneas de metro, gasoductos, etc.) es básicamente infraestructura que constituye dominio público artificial, que es construida, operada y “manejada como propietario” por un concesionario que transferirá la posesión y gestión de dicha infraestructura recién al término del Contrato de Concesión. Lo más curioso es que las mismas normas de APP señalan que el contrato de concesión es

“título suficiente” para hacer valer el derecho de concesión frente a terceros (artículo 24 Ley 32441), y hasta permiten hipotecar el derecho (¿real?) de concesión (en base a lo que dispone el numeral 7 del artículo 885 del Código Civil, norma que dispone que son bienes inmuebles, las “concesiones para explotar servicios públicos”, en una nueva expresión de la “propietarización de los derechos”, concordado con el artículo 30 de la citada Ley 32441).

35. Considero que estamos frente a malas ficciones que en base a un entendimiento anquilosado de la inalienabilidad del dominio público³³, impiden reconocer que, en realidad, nada obsta para otorgar derechos reales temporales como la superficie o un derecho real de explotación económica de los bienes públicos conferidos en concesión, particularmente, sobre la infraestructura construida sobre el dominio público estatal. Estamos entonces en la línea de PIMIENTO, cuando señala que un escenario de reforma debe reconocer también la existencia de derechos reales administrativos como producto de las concesiones de infraestructura, y no sólo limitarlos a las concesiones demaniales. Por ende nuestra Ley de APP debería ser reformada para salir de escenarios de ficciones e inventos piadosos para asumir una realidad: pueden y deben haber derechos reales administrativos sobre la infraestructura como fruto de contratos de concesión bajo el régimen de APP.

VII. Bibliografía citada:

HUAPAYA TAPIA, Ramón: El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano. En: Revista de Derecho Administrativo N° 14. Año 2014. Páginas 327-339.

HERNANDEZ MARTINEZ, Eduardo: Los recursos naturales y el patrimonio de la Nación, Revista Ius et Praxis, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. N° 42. Año 2011. Páginas 185-221.

VIGNOLO CUEVA, Orlando: La construcción jurídica de los recursos naturales en Perú. En: Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública ISSN 1133-4797, XVII, Zaragoza, 2018, pp. 351-383.

MENDOZA FLORES, Santos Ernesto: Los recursos naturales y su relación con el Estado: nuevas perspectivas. En: Revista de Derecho Administrativo. N° 19. Año 2020. Páginas 435-466.

³³ Esto, en línea con CANO TELLO, Celestino: La hipoteca de concesiones administrativas. Editorial Montecorvo. Madrid, 1973.

VERGARA BLANCO, Alejandro: El dominio eminente y su aplicación en materia de minas. En: Revista Chilena de Derecho. Vol. N° 15. No. 1. Enero-abril 1988. Páginas 87-110.

CASTAÑEDA, Jorge Eugenio: Instituciones de Derecho Civil. Los Derechos Reales. Tomo I. Segunda edición, corregida y aumentada. Talleres Gráficos Villanueva. Lima, 1958. Página 400.

AVENDAÑO ARANA, Francisco: “Comentario a los artículos 885 y 886”. En: AA.VV. Código Civil Comentado. Tomo V. Derechos Reales. 4ª edición. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 2020. Páginas 26-34.

RAMIREZ CRUZ, Eugenio María: Tratado de Derechos Reales. Tomo I. Teoría general de los Derechos Reales. Bienes – Posesión. 4ª edición actualizada y revisada. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 2017. Página 297-298.

LASTRES BERNINZON, Enrique: Derecho de Minería y Energía. Asociación Civil Primera Fuente – Enrique Lastres Abogados. Lima, 2007.

BELAUNDE MOREYRA, Martín: Derecho Minero y Concesión. Análisis de la legislación vigente, incluyendo la minería ilegal e informal y las últimas reformas. Editorial San Marcos. Segunda reimpresión de la sexta edición. Lima, 2019.

TEJADA GURMENDI, Jaime: En: Régimen Legal de la Titulación Minera en el Perú. En: Revista Derecho & Sociedad. N° 42. Lima, 2014.

MARTINEZ APONTE, Humberto: La Concesión Minera, derecho a la explotación de los recursos de la Nación. En: Revista Advocatus. N° 21. Lima, 2009.

CARRUITERO LECCA, Francisco y Freddy CASTILLO LUQUE: Comentarios al T.U.O. de la Ley General de Minería. San Bernardo. Lima, 2025.

GUERRA PEÑALOZA, José y Ana María GUERRA SAITO: Elementos del Derecho Minero. Editorial Rodhas. Lima, 1996.

GARCIA MONTUFAR, Guillermo: Apuntes de Derecho Minero Común. Cultural Cuzco. Lima, 1989.

GARCIA MONTUFAR, Guillermo y Militza FRANCISCOVIC: Derecho Minero. Doctrina – jurisprudencia y legislación actualizada. 2ª edición. Gráfica Horizonte. Lima, 2001.

FRANCISCOVIC, Militza y César IPENZA: Derecho Minero y Ambiente. 2ª edición. Editorial Grijley. Lima, 2018.

BASADRE AYULO, Jorge: Derecho Minero Peruano. 6ª edición. Editorial Grijley. Lima, 1996.

BASADRE AYULO, Jorge: Derecho de la Minería y del Petróleo. 1ª edición. Editorial San Marcos. Lima, 2001.

SOTOMAYOR, J. Moisés: Derecho de Minería Peruano. Imprenta La Popular. Lima, 1977.

FORNO, Xennia: El Título Minero como acto administrativo habilitante. En: Revista de Derecho Administrativo. N° 8. Año 2009.

GUTIERREZ GUARDIA, Carlos Amado: Lecciones de Derecho Minero. Iustitia. Lima, 2018.

BALDEON, Juan Francisco: Tratado de Derecho Minero Peruano. Jurista Editores. Lima, 2016.

VERGARA BLANCO, Alejandro: La propietarización de los derechos. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. XIV. (1991-1992). Páginas 281-291.

VERGARA BLANCO, Alejandro: Principios y sistema de Derecho Minero. Estudio histórico-dogmático. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1992. Páginas 330-331.

GUZMAN BRITO, Alejandro: Las cosas incorporeales en la doctrina y el derecho positivo. Reimpresión de la segunda edición. Prólogo de Alejandro VERGARA BLANCO. Ediciones Jurídicas de Santiago. Santiago de Chile, 2019.

GONZALEZ PÉREZ, Jesús: Los derechos reales administrativos. 1ª edición. Cuadernos Civitas. Madrid, 1975.

CANO TELLO, Celestino: La hipoteca de concesiones administrativas. Editorial Montecorvo. Madrid, 1973.

VERGARA BLANCO, Alejandro: Los derechos mineros como derechos reales administrativos. En: Revista de Derecho Público. Vol. II. Número 115. Mayo-agosto. Madrid, 1989. Páginas 473-493.

DE REINA TARTIERE, Gabriel: Los derechos reales administrativos: fundamentos para una categoría. En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. N° 714. Madrid, 2009. Páginas 1669-1714.

SALAZAR NIÑO, Elvis: La concesión minera y el derecho de aprovechamiento. Buscando un equilibrio entre lo público y lo privado. En: Revista Derecho & Sociedad N° 42. Lima, 2014. Páginas 363-371.

VERGARA BLANCO, Alejandro: Instituciones de Derecho Minero. Abeledo-Perrot. Legal Publishing. Santiago de Chile, 2010.

VERGARA BLANCO, Alejandro: Sistema de Derecho Minero. Legal Publishing – Thomson Reuters. Santiago de Chile, 2012.

VERGARA BLANCO, Alejandro: La disolución del dominio estatal de las minas y la actual publicación de la riqueza mineral in rerum natura. El derrumbe de las tesis tradicionales. Análisis histórico-dogmático del artículo 19 núm. 24 inciso sexto de la Constitución. En: Revista de Derecho Público. N° 103. Año 2025. Páginas 23-56.

PIMIENTO, Julián: Derecho Administrativo de Bienes. Los Bienes Públicos: Historia, clasificación, régimen jurídico. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015.

INFRAESTRUCTURA Y PROPIEDAD FERROVIARIA

Álvaro Bautista Flores

Abogado, Procurador y Escribano por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata. Distinguido con el Premio “Joaquín V. Gonzalez” al mejor promedio de su promoción (Año 2009). Magister en Contrataciones Públicas por Universidad de Castilla-La Mancha (España). Especialista en Derecho Administrativo (UNLP). Especialista en Contratos Administrativos por la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Docente de grado y posgrado en la Universidad de Buenos Aires, La Plata, Austral, Mar del Plata, Belgrano, Abierta Interamericana, ECAE, Oficina Nacional de Contrataciones, y en la Procuración General de CABA. Director de la Revista de Contrataciones Públicas de la Editorial IJ Editores. Asesor en materia de contrataciones, y derecho público en general, en el ámbito nacional, provincial y municipal.

Sumario: I.- Introito II.- Los modelos de organización del sistema ferroviario 1) Aclaraciones terminológicas 2) Sistemas verticalmente integrados estatales 3) Sistemas de empresas verticalmente integradas 4) Sistemas verticalmente integrados a través de contratos de concesión 5) Sistema de separación vertical III.- La naturaleza jurídica de la infraestructura ferroviaria 1) Consideraciones previas 2) Los alcances de la infraestructura ferroviaria 3) La cuestión en la República Argentina. Su evolución III.- El acceso a la infraestructura ferroviaria 1) Las características de la infraestructura ferroviaria 2) Algunas reflexiones en torno a los títulos habilitantes para el uso de la infraestructura i) La situación en los modelos de desintegración vertical ii) Concesión e infraestructura ferroviaria a) Apreciaciones previas b) La situación en los sistemas de prestación estatal. La incipiente apertura c) Los modelos concesionales clásicos d) Las concesiones en los sistemas con acceso abierto IV.- Las limitaciones al dominio por razones de interés público en el ámbito ferroviario V.- El material rodante

I.- Introito

El estudio de los elementos que conforman la infraestructura, y en términos amplios, la “propiedad” ferroviaria, se erige como una de las principales cuestiones para comprender los diversos ribetes del sistema ferroviario. Sin ellos, el transporte ferroviario no podría ni siquiera pensarse.

En estos términos, la propia esencia de los servicios ferroviarios hace necesaria la disposición grandes espacios para que su funcionamiento sea

acorde a las medidas de seguridad que le son exigidas. Es aquí donde puede comenzar a explicarse la relevancia que tiene la infraestructura en el sector, y por añadidura, la intensidad regulatoria que reposa sobre ella.

Por tales motivos, la presencia de limitaciones al dominio por razones de interés público, la utilización de títulos habilitantes y de derechos reales administrativos, ha sido consustancial al desarrollo de la infraestructura ferroviaria

Por su parte, los elementos que circulan sobre la infraestructura, es decir, el material rodante –en cualquiera de sus manifestaciones- detenta aristas sumamente particulares que han merecido el interés del derecho público.

Es por ello que, a través de estas breves líneas, se pregonará desentrañar las implicancias jurídicas que se derivan de los institutos por los cuales se manifiesta la propiedad ferroviaria, poniendo énfasis en su naturaleza y modalidades de explotación. A tales efectos, hemos decidido denominar como “propiedad ferroviaria” al conjunto de bienes, tanto inmuebles como muebles, del sector ferroviario, afectados directa o indirectamente a la prestación del servicio de transporte ferroviario de cargas y pasajeros en condiciones de eficiencia y seguridad.

Si bien se pondrá foco en la situación de la República Argentina, se irán formulando los aportes de rigor en derecho comparado, lo cual coadyuvará a dotar de mayor claridad al tema que intentamos abordar.

II.- Los modelos de organización del sistema ferroviario

1) Aclaraciones terminológicas

La prestación del servicio de transporte ferroviario supone la armonización y ejecución de diversas actividades y prestaciones, las cuales se conjugan con el rol a desplegar por las autoridades gubernamentales, sean de índole técnico o político.

Así las cosas, el sistema ferroviario se encuentra integrado por la infraestructura por la cual se realiza la operación de los servicios, a través del material rodante¹ (locomotoras, coches, vagones, unidades múltiples, entre

¹ Sobre esta temática, ampliar PUETZ, Achim “Derecho de Vagones”, Marcial Pons, año 2012.

otros). A su vez, las prestaciones principales del sector no podrían llevarse a cabo sin la existencia de los servicios conexos o complementarios (Ej.: playas de maniobra, talleres, centros de transbordo, acarreos, servicios comerciales y de atención al cliente en terminales y estaciones, entre otros).

La operación de los servicios constituye la razón de ser del sistema, ya sea en el segmento de cargas² como de pasajeros³, en sus distintas facetas o manifestaciones.

En este contexto, la experiencia actual e histórica indica que las actividades salientes del sistema (ref. administración de infraestructura y operación) pueden ser ejecutadas de manera centralizada o discriminadas entre sí. Tomando como premisa las enseñanzas de las ciencias económicas, cuando las actividades se encuentran concentradas, estaremos en presencia de un sistema verticalmente integrado; por el contrario, si la administración de la infraestructura y la operación se encuentran separadas, ya sea en términos funcionales (Ej.: con dos empresas distintas) o contables, estaremos en presencia de un esquema de separación vertical⁴.

En lo que atañe a la infraestructura, la penetración de las directrices del derecho público resulta, cuanto menos en términos generales, muy acentuada. Así las cosas, como se irá examinando, se verifican distintas alternativas para la organización de la infraestructura, las cuales tendrán diversas consecuencias jurídicas al momento de examinar la naturaleza y principios que la rigen.

2) Sistemas verticalmente integrados estatales

Es la situación que se corrobora en Rusia, China e India, donde el servicio de transporte ferroviario es administrado y operado por el Estado, ya sea través de la Administración Central o por conducto de una empresa

² Vid., FLORES, Álvaro B. “La operación del servicio de transporte ferroviario de pasajeros”, publicado en la Revista de Derecho Administrativo N° 135 Editorial Thompson Reuters, págs. 155 y ss.

³ Vid., FLORES, Álvaro B. “El transporte ferroviario de cargas en Argentina”, publicado en el Suplemento de Derecho Administrativo de La Ley de Octubre de 2021, pág. 5 y ss.

⁴ Ampliar, entre otros, CIARA, Vicente Manuel “Liberalización y competencia en el sector ferroviario”, Marcial Pons, año 2022; FLORES, Álvaro B. “El modelo de separación vertical en el sistema ferroviario argentino”, Revista de Derecho Administrativo N° 134 Editorial Thompson Reuters.

pública. En estos supuestos, con algunos matices, la administración de la infraestructura y la operación de los servicios se encuentra concentrada, o mejor dicho, verticalmente integrada.

3) Sistemas de empresas verticalmente integradas

Esta modalidad, desarrollada en Estados Unidos y Canadá, implica que los operadores privados se erijan como los dueños de la infraestructura, y que la regulación estatal se enderece exclusivamente hacia cuestiones de seguridad operativa.

En Estados Unidos, por conducto de la llamada “*Staggers Act*” del año 1980, se introdujo el sistema aquí examinado, el cual tiene los siguientes puntos salientes: i) le confiere a los operadores la posibilidad de negociar las condiciones comerciales con otros privados de manera confidencial, estableciendo la tarifa por medio de un acuerdo bilateral, lo cual genera que las mismas no sean “públicas”; ii) se les otorgó a los operadores una mayor flexibilidad en la aprobación de fusiones y cierre o venta de líneas deficitarias, aboliendo la previa obligación de mantenerlas; iii) Se establecieron derechos de paso entre las líneas de los diversos operadores.

El mercado se encuentra dividido en operadores de diversas clases (Clase I, Clase II y Clase III), las cuales son establecidas por la Junta de Transporte de Superficie, de conformidad a la magnitud de las empresas y a los volúmenes de carga y extensión de las vías férreas. En tal sentido, se configura un esquema de regulación divergente para cada tipo de clase.

4) Sistemas verticalmente integrados a través de contratos de concesión

Este sistema, adoptado por Argentina a principios de la década de 1990, también fue seguido en países como Brasil y México. A través de esta modalidad, se le otorgan derechos de exclusividad al concesionario en un tramo de la red ferroviaria, la cual pertenece a los Estados Nacionales. Los concesionarios tendrán a su cargo el mantenimiento y las inversiones en la infraestructura que compone el objeto del contrato, y asimismo, también tendrán a su cargo la operación y la explotación de los servicios, incluyendo la tenencia del material rodante.

De este modelo, se desprenden al menos dos variantes:

- i)** Aquellos sistemas que confieren exclusividad al concesionario para la operación y el mantenimiento (Ej.: Argentina, Brasil, Camerún)
- ii)** Aquellos sistemas que obligan o instan al concesionario a otorgar derechos de paso a otros operadores ferroviarios.

5) Sistema de separación vertical

Es la modalidad imperante en Europa, en cual implica discriminar la prestación de las dos principales actividades del sector, como lo son la administración de la infraestructura y la operación de los servicios. Asimismo, en el segmento de cargas, este sistema se ha instaurado en Australia. En este último país, el dueño de la infraestructura es el Estado Federal, con la peculiaridad de que coexisten administradores de infraestructura públicos (Australian Rail Track Corporation (ARTC), y privados (Aurizon y Queensland Rail).

En estos casos, la inversión y mantenimiento de la infraestructura ferroviaria le corresponde al Estado, el cual obtiene financiamiento a través del canon abonado por los operadores y de los recursos que giran los Estado Nacionales.

III.- La naturaleza jurídica de la infraestructura ferroviaria

1) Consideraciones previas

Como ha podido colegirse, a excepción del sistema que impera en Norteamérica –cuanto menos en el sector cargas- la infraestructura ferroviaria forma parte del patrimonio estatal, sea cual fuera el sistema adoptado por los Estados.

Encontrándose despejado este interrogante, resulta menester indagar acerca de los caracteres que rodean a este tipo de propiedad estatal, y más precisamente, si representa o no un bien público, con las consecuencias que ello acarrea.

2) Los alcances de la infraestructura ferroviaria

Si bien la normativa vernácula no formula una definición sobre los alcances del término, un repaso por el régimen español puede brindar un acercamiento en torno a la extensión del concepto de “infraestructura ferroviaria”. De tal manera, la Ley N° 39/2015 (Cfr. Art. 3.1) prevé: *“se entenderá por infraestructura ferroviaria las estaciones de transporte de viajeros y terminales de transporte de mercancías y la totalidad de los elementos que formen parte de las vías principales y de las de servicio y los ramales de desviación para particulares, con excepción de las vías situadas dentro de los talleres de reparación de material rodante y de los depósitos o garajes de máquinas de tracción”*.

En sintonía con esta definición, el Anexo IV de la Ley N° 39/2015 incluye dentro del concepto de infraestructura ferroviaria a las estaciones y terminales, las cuales estarán constituidas por:

- a) Las vías principales y de servicio, con los terrenos sobre los que se asientan y todos sus elementos e instalaciones auxiliares precisas para su funcionamiento;
- b) Los andenes;
- c) Las calzadas de los patios de viajeros y mercancías, comprendidos los accesos por carretera y para pasajeros que lleguen o partan a pie;
- d) Los edificios utilizados por el servicio de infraestructuras;
- e) Las instalaciones destinadas a la recaudación de las tarifas de transporte, así como las destinadas a atender las necesidades de los viajeros.

Del mismo modo, la normativa señala que tendrán la consideración de “infraestructuras ferroviaria”, por hallarse vinculados a la prestación de un servicio ferroviario, los elementos que se enumeran a continuación:

- a) Terrenos: Obras de explotación y plataformas de la vía, especialmente terraplenes, trincheras, drenajes, reservas, alcantarillas de albañilería, acueductos, muros de revestimiento, plantaciones de protección de taludes, etc.; paseos y viales; muros de cierre, setos y vallas; bandas protectoras contra el fuego; dispositivos para el calentamiento de los aparatos de vía; paranieves;

- b) Obras civiles: puentes, tajeas y otros pasos superiores, túneles, trincheras cubiertas y demás pasos inferiores; muros de sostenimiento y obras de protección contra avalanchas y desprendimientos, etc; Pasos a nivel, incluidas las instalaciones destinadas a garantizar la seguridad de la circulación por carretera;
- c) Superestructuras, especialmente: carriles, carriles de garganta y contracarriles; traviesas y longrinas, material diverso de sujeción, balasto, incluida la gravilla y la arena; aparatos de vía; placas giratorias y carros transbordadores (con excepción de los exclusivamente reservados a las máquinas de tracción);
- d) Instalaciones de seguridad, de señalización y de telecomunicación de la vía, de estación y de estación de maniobras, incluidas las instalaciones de producción, de transformación y distribución de corriente eléctrica para el servicio de la señalización y las telecomunicaciones; edificios asignados a dichas instalaciones; frenos de vía;
- e) Instalaciones de alumbrado destinadas a asegurar la circulación de los vehículos y la seguridad de dicha circulación;
- f) Instalaciones de transformación y conducción de corriente eléctrica para la tracción de los trenes: estaciones, líneas de suministro entre las estaciones y tomas de contacto, catenarias y soportes; tercer carril y soportes.

3) La cuestión en la República Argentina. Su evolución⁵

La evolución de la naturaleza de la propiedad ferroviaria, y de la infraestructura en particular, puede ser comprendida teniendo en consideración los momentos histórico-políticos de la República Argentina, los cuales acarrearón profundas consecuencias en cuanto al régimen jurídico de los bienes que participaban en la actividad ferroviaria.

En este contexto, el ferrocarril ha sido una cuestión que ha ocupado un lugar importante en los intereses del país, lo cual queda reflejado en las apreciaciones que realizó la Constitución de 1853 en la famosa “cláusula de

⁵ Ampliar en FLORES, Álvaro B. “Reflexiones en torno a la infraestructura y propiedad ferroviaria”, publicado en la Revista “Temas de Derecho Administrativo” de ERREIUS, septiembre 2020.

prosperidad”⁶ (por ese entonces, Art. 67 inc. 16, actual Art. 75 inc. 18)⁷. Su inspirador, Juan Bautista Alberdi, afirmaba que los ferrocarriles constituían un instrumento de cohesión política y transformación socioeconómica⁸.

Si bien una de las primeras manifestaciones del “estado empresario” se dio en el rubro ferroviario⁹, en los albores de la organización institucional Argentina, fue el sector privado el principal protagonista del sector. Es por ello que, en esta etapa, la técnica concesional fue la que permitió el desarrollo y la expansión del ferrocarril, no obstante el desorden y deficiente control por parte de las autoridades estatales. Las empresas ferroviarias tenían a su cargo la construcción de las estaciones, de las terminales, del tendido de las vías férreas, y a su vez, de la prestación de los servicios, ya sea de cargas o de pasajeros.

⁶ Para un análisis de los alcances de esta cláusula, ver BIANCHI, Alberto “La cláusula del progreso. Con especial referencia a los ferrocarriles”, Revista de Derecho Constitucional, IJ editores, 22-11-2012, Cita: IJ-LXVI-604. Asimismo, ver FLORES, Álvaro B. “La cláusula del progreso en la reforma constitucional”, publicado en Revista de Derecho Público de Rubinzal Culzoni, Año 2019 Tomo II. Pág. 437.

⁷ “Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”. Si bien esta cláusula tiene como antecedentes próximos a las disposiciones contenidas en las Constitución de México de 1824 y al proyecto de Constitución de Chile de 1819, la amplitud con la que ha sido receptada en la Carta Magna Nacional ha sido *sui generis* para su época.

⁸ ALBERDI, Juan Bautista “Bases y puntos de partida para la organización política de la República de Argentina”. Ed. Ciudad Argentina. Pág. 98 y ss.

⁹ Fue el Estado de Buenos Aires el pionero en materia de construcción de vías y explotación de servicios ferroviarios. A principios de 1854, la Sala de Representantes autorizó al Poder Ejecutivo a realizar una concesión a una Sociedad Anónima a fin de construir y explotar el Ferrocarril al Oeste. El hito histórico estuvo dado con el viaje inaugural el día 29 de agosto de 1857, en donde se comunicó el tramo que partía desde la Estación Parque (actual Teatro Colón de la Ciudad de Buenos Aires) hasta la terminal Estación de Floresta. El denominado “Ferrocarril Oeste” fue el primer emprendimiento ferroviario del país. Sobre esta cuestión, ampliar en SALOMONI, Jorge L. “El Concepto Actual de Servicio Público en la República Argentina”, en “Documentación administrativa” N° 267-268, 2003-2004. España. Págs. 367-394. ISSN 0012-4494.

La expansión de la actividad ferroviaria en los primeros años de la República Argentina propició indefectiblemente a la creación de un espectro institucional bajo el cual se profundizaron los estímulos para la consolidación de la actividad. Sin un marco institucional adecuado, que asegurara previsibilidad y seguridad a la radicación de inversiones, el fomento que se predicaba desde el texto constitucional no podría cumplirse.

En tal sentido, la entrada en vigencia del Código Civil en 1871 (Ley Nº 340) constituyó un instrumento valioso a tales efectos. En particular, este cuerpo normativo ubicó a los “ferrocarriles” dentro de los bienes que integran el dominio privado del Estado¹⁰. Así las cosas, el Artículo 2342 contemplaba lo siguiente: *“Son bienes privados del Estado general o de los Estados particulares: 1º Todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales de la República, carecen de otro dueño; 2º Las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas y sustancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones o particulares sobre la superficie de la tierra; 3º Los bienes vacantes o mostrencos, y los de las personas que mueren sin tener herederos, según las disposiciones de este código; 4º Los muros, plazas de guerra, puentes, **ferrocarriles** y toda construcción hecha por el Estado o por los Estados, y todos los bienes adquiridos por el Estado o por los Estados por cualquier título; 5º Las embarcaciones que diesen en las costas de los mares o ríos de la República, sus fragmentos y los objetos de su cargamento, siendo de enemigos o de corsarios”* (el resaltado me pertenece).

La ubicación dentro de la categoría de bienes del dominio privado no era caprichosa: sin perjuicio de que los ferrocarriles también podrían quedar englobados dentro de las *“obras públicas construida para utilidad o comodidad común”* que citaba el Artículo 2340 inciso 7 del Código¹¹, según nuestra opinión, el Codificador optó por colocarlos en la categoría de bienes de dominio privado a los efectos de sustraerlos de los caracteres de inalienabilidad, inembargabilidad, imprescriptibilidad que tiñen a los bienes

¹⁰ Con relación a esta temática, ver UGOLINI, Daniela *“Bienes Privados del Estado”*. Editorial Astrea. Año 2017.

¹¹ “Art. 2.340. Quedan comprendidos entre los bienes públicos: (...) 7º Las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común.”

públicos. La ausencia de tales condicionantes contribuía a dar un mayor dinamismo a la actividad¹².

Por lo tanto, si los ferrocarriles se consideraban una “construcción hecha por el Estado” como bienes de dominio privado, correspondía atribuirle el mismo carácter a aquellos que fueren contruidos por el sector privado.

En este contexto, la tendencia a generar incentivos a las inversiones privadas -principalmente de capitales extranjeros- justificó la exclusión del régimen dominical a los bienes ferroviarios. Sin embargo, se vislumbraba el interrogante respecto de los ramales –minoritarios en esta época- que eran explotados por el Estado Nacional o las Provincias¹³.

A raíz de ello, la naturaleza jurídica de la propiedad ferroviaria fue una cuestión sumamente compleja. Como bien lo afirma Canosa¹⁴, es digno de resaltar que mucho se discutió acerca sus características, habiéndose llegado a la conclusión de que no se trataba del derecho real de dominio al que se refiere (o refería) el Código Civil de la Nación, sino que constituye un derecho “sui generis”, regulado por el derecho administrativo¹⁵ y por el Código Civil en cuanto a su adquisición, uso, goce y disposición.

Esta postura fue adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual consideró que se trataba de una propiedad “sui generis”, dado que no podía ser regida íntegramente por el Código Civil, ni tampoco ser

¹² Sobre este punto, ver WILMART, R. “La propiedad ferroviaria en la Argentina”, publicado en “Revista Argentina de Ciencias Políticas”. Buenos Aires. 1924/1925. Tº XXIX; CANOSA, Armando “Régimen Administrativo del Transporte Terrestre”. Editorial Abaco. Año 2003.

¹³ Ej.: La Ley Nº 493 autorizó al Poder Ejecutivo la construcción y explotación del ferrocarril que habría de comunicar a la ciudad de Córdoba con la ciudad de Tucumán. El nuevo ramal fue bautizado como Ferrocarril Central Norte, el cual fue administrado íntegramente por el Estado Nacional a partir del año 1876. Otro ejemplo puede el Estado Nacional encaró la construcción del ramal que comunica Villa Nueva (Estación del Ferrocarril Central Argentino) con la ciudad de Río Tercero, con la posibilidad de llegar a San Luis y alcanzar a la ciudad de Mendoza. El emprendimiento tuvo lugar con la sanción de la Ley Nº 280, que tenía como aspecto a destacar que su financiación se realizó a través de un arancel adicional sobre los derechos de exportación e importación. Dicha Línea Ferroviaria, sería posteriormente denominada como Ferrocarril Andino.

¹⁴ CANOSA, Armando *op., cit.*, pág. 322. Asimismo, ver NAZAR ANCHORENA, Benito “Los ferrocarriles en el Código Civil, naturaleza jurídica de la propiedad ferroviaria”. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata. Año 1927.

¹⁵ A modo de ejemplo, podrían citarse las Leyes generales en materia ferroviaria, como lo fueron las Leyes Nros. 530 y 5315 (la famosa Ley “Mitre”), o el régimen vigente de la Ley Nº 2873, como así también, las leyes que conferían concesiones particulares.

considerada como dominio público, indicando que su duración temporal se extendía hasta la finalización o extinción del ferrocarril¹⁶. En especial, siguiendo la postura de Laurent, el Máximo Tribunal afirmó que siendo los ferrocarriles una creación nueva, los derechos no pueden estar regidos de manera completa por los principios del Código Civil¹⁷.

Es conveniente mencionar que esta propiedad, que en su época fundacional era de los privados, fue la causa por la que el Estado en la etapa de la denominada “nacionalización de los ferrocarriles”¹⁸, adquiriese los bienes que comprendían las concesiones y explotaciones ferroviarias. En este entendimiento, la adquisición por parte de la República Argentina de los ferrocarriles de origen británico, la cual comenzó a terminar de delinearse a partir del llamado “Acuerdo Andes”¹⁹ celebrado el 12-2-1948. En virtud del Decreto N° 5789/48²⁰, se dispuso la toma de posesión de las empresas ferroviarias británicas y los demás bienes adquiridos; esto condujo a que el día 1° de marzo de 1948 se lleve a cabo el acto público mediante el cual perfecciona la toma de posesión dispuesta. Para esa época, la red ferroviaria en Argentina ascendía aproximadamente a los 48 mil kilómetros.

Por su parte, Ley N° 13.490²¹ fue el instrumento que especificó el modo en el cual operarían las transferencias del dominio, derechos y/o acciones de bienes inmuebles de las empresas de capital privado que explotaban los servicios de transporte ferroviario al Estado Nacional, en aras de completar el proceso iniciado a partir del acuerdo celebrado en febrero de 1947. La norma citada, se complementaba con el Decreto N° 10.533 de fecha 4 de mayo de 1949.

Al ser transferidos los bienes al Estado Nacional, y por hallarse afectados al régimen de servicio público (en virtud de las previsiones de la Ley N° 2873), comenzó a replantearse la naturaleza que revestían estos bienes, que como ya se mencionase, estaban calificados como bienes de dominio

¹⁶ Fallos 111:390; 139:235; 140:344.

¹⁷ CSJN, “Empresa del Ferrocarril Central Argentino c/ Dirección General de Ferrocarriles s/ Repetición de multa”, de fecha 10 de diciembre de 1923.

¹⁸ Esto obedece a que, en rigor, para aquella época concluían las concesiones que habían sido otrora otorgadas por el Gobierno Nacional, en los términos de la Ley N° 5315.

¹⁹ El mismo puede ser consultado en BIANCHI, Alberto “La cláusula de progreso (con especial referencia a los ferrocarriles)”. RAP N° 398 (2011). Pag. 65 y ss.

²⁰ B.O. 28/2/1948. ADLA 1948-T VIII, pág. 458.

²¹ B.O. 23/10/1948.

privado, y a su vez, con una condición “sui generis” por la jurisprudencia de la CSJN. Debido a ello, Canosa -con cierto tino- formuló la siguiente pregunta: ¿estamos contestes a la calificación de bienes del dominio privado?²²

La doctrina señera del Derecho Administrativo, como lo fueron los maestros Marienhoff²³ y Villegas Basavilbaso²⁴, sostuvieron que en los casos en que los servicios fueran explotados por el Estado, en caso de concurrir los elementos fundantes del dominio público (subjetivo, objetivo, normativo y teleológico), los bienes integrarían el dominio público del Estado, en virtud de la extensión que se le confiere al concepto de “utilidad común” consagrado en el extinto Art. 2340 inc. 7 del Código Civil, el cual representaba la puerta de ingreso para los bienes dominicales de carácter artificial. En el ámbito del derecho civil²⁵ también se arribó a criterios similares, es decir, se consideró que cuando los ferrocarriles se hallaban afectados al servicio público, los mismos ingresaban al dominio público del Estado.

En paralelo, durante los años de la explotación directa de los servicios ferroviarios (hasta las privatizaciones propiciadas por la ley N° 23.696 y el Decreto N° 666/1989), al prescindirse de una aclaración normativa sobre este punto, la CSJN reiteró –a grandes rasgos- la posición que había adoptado con antelación a la “nacionalización” de los servicios. En tal entendimiento, en la sentencia recaída en “Empresa Ferrocarriles Argentinos -E.F.E.A.- c/ Rossi, Pedro Albino”²⁶ la Corte (adhiriendo al Dictamen del Procurador General) destacó que *“Es verdad que el inciso 4° del art. 2342 del Código Civil incluye a los ferrocarriles entre los bienes privados del Estado juntamente con los muros, plazas de guerra, puentes y toda construcción hecha por el Estado por cualquier título. Esto significa, fundamentalmente, que dichos bienes están excluidos del uso público, común y directo, pero la calificación que les asigna la ley no basta para afirmar que los actos jurídicos realizados por el Estado en relación con ellos hayan de caer necesariamente y en todo caso bajo los preceptos del derecho privado”*. Pareciera que esta concepción daría lugar a

²² CANOSA, Armando *op. cit.*, pág. 323.

²³ MARIENHOFF, Miguel S. *“Derecho Administrativo”*. Editorial Abeledo Perrot. Año 1998. Pág. 121 y ss.

²⁴ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín *“Derecho Administrativo”*. Editorial Tea. Año 1952. Tomo IV. Pág. 181 y ss.

²⁵ BUERES, Alberto (Director) -HIGHTON DE NOLASCO, Elena (Coordinadora) *“Código Civil Anotado”*. Editorial Hammurabi. Año 2005. Tomo 5A. Página 116 y ss.

²⁶ Fallos 271:229.

una nueva especie de bienes, es decir, aquellos que se encontrasen afectados a la prestación de un servicio público.

El período de concesiones tampoco arroja claridad sobre esta cuestión, sin perjuicio de que, en los Pliegos de las diversas contrataciones, se haya reconocido la propiedad del concedente de los bienes que componen las llamadas “concesiones integrales”²⁷ descriptas en el Decreto N° 666/1989, en las cuales se englobaba a los inmuebles, vías, material rodante, zonas complementarias del sector ferroviario.

En este entendimiento, el modelo de concesiones integrales no implicó una transferencia de los bienes a los concesionarios, los cuales -como se mencionó- tienen a su cargo la conservación, explotación y mantenimiento de aquellos. No obstante, teniendo en consideración el prisma político de las privatizaciones, a los bienes que no se hallaban bajo la esfera de las concesiones, se les intentó establecer un régimen diferenciado. Todo lo expuesto, claro está, sin precisar la naturaleza de los bienes.

Así las cosas, por conducto del Decreto N° 1383/1996²⁸, además de crear el ENTE NACIONAL DE ADMINISTRACION DE BIENES FERROVIARIOS (ENABIEF), estableció la siguiente caracterización²⁹:

i) Bienes concesionados: Definidos como el conjunto de bienes muebles e inmuebles, pertenecientes al ESTADO NACIONAL, en poder de las empresas concesionarias, o que en tal carácter se otorgue en el futuro en virtud de los contratos de concesión de servicios de transportes de pasajeros y cargas en todo el ámbito de la REPUBLICA ARGENTINA, incluido el servicio metropolitano. Los futuros contratos de concesión establecerán las facultades que el ESTADO NACIONAL se reservará sobre dicho patrimonio;

ii) Bienes no concesionados: Definidos como el conjunto de bienes que no se hubieren otorgado contractualmente en virtud de la concesión del sistema ferroviario de transporte de personas y cargas, que se encuentren en poder de FERROCARRILES ARGENTINOS (e.l.) o FERROCARRILES

²⁷ FANELLI EVANS, Guillermo “La Concesión Ferroviaria”, en DROMI, José Roberto “Reforma del Estado y Privatizaciones”. Tomo 3. Pág. 161 y ss.

²⁸ B.O. 9/12/1996.

²⁹ Vale mencionar que la distinción que realiza el Decreto se encontraría vigente, debido a que, el Decreto N° 443/2000 (por el cual se creó la ex ONABE) exclusivamente disolvió en ENABIEF, sin derogar al Decreto N° 1383/1996.

METROPOLITANOS SOCIEDAD ANONIMA, más aquellos que, habiendo sido concesionados, se hayan resuelto desafectar de la explotación o se decida hacerlo en el futuro, menos aquellos que se haya resuelto, o se resuelva en el futuro, incorporar a las concesiones de servicios ferroviarios de transporte de personas y carga.

En este sentido, el Decreto N° 1383/1996 dispuso que los bienes concesionados serían afectados a la jurisdicción de la CNRT (Art. 3°), y que los no concesionados quedarían en la esfera del ENABIEF (Art. 1°), organismo que, a su vez, se encargaría de delimitar los límites definitivos de los concesionarios privados (Art. 9 inc. g), atento a que, en los contratos la delimitación era de carácter “provisorio”. Sin mencionarlo, teniendo en consideración que los bienes no concesionados eran susceptibles de ser enajenados, al ser considerados como “innecesarios”³⁰ en los términos de la Ley N° 24.146, aquellos podrían haber sido considerados como bienes privados del Estado.

Posteriormente, ni las Leyes ferroviarias Nros. 26.352 y 27.132 (cuyos alcances analizaremos seguidamente) ni el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1382/2012 (creación de la Agencia de Administración de Bienes del Estado) abordaron la problemática que se examina. Sin embargo, vale mencionar que a partir del año 2004 (con el comienzo de la rescisión de las concesiones ferroviarias) comenzó a gestar un paulatino regreso de la participación estatal activa en el negocio ferroviario.

A la impronta que venimos haciendo alusión, se le añade un aspecto que no puede ser en modo alguno soslayado, el cual –desde nuestra óptica– aclararía, aunque sea parcialmente, la cuestión. En tal inteligencia, el nuevo texto del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.944 y sus modificaciones) no incluye en la nómina de los bienes pertenecientes al dominio privado del Estado³¹ a los ferrocarriles, como si lo hacía el Código

³⁰ Cfr. Art. 5° del Decreto N° 1383/1996.

³¹ ARTICULO 236.- Bienes del dominio privado del Estado. Pertenecen al Estado nacional, provincial o municipal, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales: a) los inmuebles que carecen de dueño; b) las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería; c) los lagos no navegables que carecen de dueño; d) las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros; e) los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título.

velezano. Por tal motivo, pareciera que los bienes ferroviarios podrían quedar englobados en el marco del concepto que se vierte en el Art. 235 inc. f in fine del nuevo Código³², erigiéndose como bienes del dominio público. Vale recordar, que dado la vigencia de la Ley N° 2873, la actividad ferroviaria asume la calidad de servicio público³³ (Conf. Arts. 5, 7, 46 inc. 4 de la Ley) lo cual reforzaría la presencia del elemento teleológico en este tipo de bienes.

Este razonamiento, bajo aristas diversas (principalmente en lo que atañe al régimen legal aplicable), pareciera haber encontrado recepción en la jurisprudencia reciente de la CSJN. Conteste a ello, en la causa “Carranza” emitida en fecha 30 de octubre de 2018³⁴, el Máximo Tribunal de la Nación replicó los criterios que había sostenido en las causas “Vila”³⁵ y “Brondello”³⁶, ratificando la necesidad de que exista una evidencia absoluta en cuanto a la desafectación de los bienes ferroviarios, los cuales –siguiendo el criterio del Tribunal- se encuentran, por regla, sujetos al régimen de los bienes de dominio público. En otras palabras, existiría una presunción -iuris tantum- del carácter de dominio público de los bienes ferroviarios.

Por lo tanto, pareciera que, en los casos donde suele discutirse la naturaleza de estos bienes (principalmente en los juicios de usucapión o prescripción adquisitiva) no alcanzará con la demostración de la posesión en los términos del CCCN, sino que será necesaria comprobar que el bien ha sido desafectado del régimen de dominio público. En estos términos, vale decir que la Corte no efectúa distinción alguna acerca de si el o los bienes se encuentran afectados directa o indirectamente a los servicios, sino que pareciera que engloba a la totalidad de los bienes.

El criterio sentido tiene importantes efectos prácticos, atento a que, la naturaleza de bienes dominicales permite hacer uso de las previsiones del

³² ARTICULO 235.- Bienes pertenecientes al dominio público. Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales: (...) f) las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común.

³³ Ampliar en FLORES, Álvaro B. “Servicio público y sector ferroviario”, publicado en el Suplemento de Derecho Administrativo de “El Derecho”. Febrero 2021 (Cita Digital: ED-MXIV-85)

³⁴ Fallos 341:1408, “Carranza, Amanda Marta c/ Ferrocarriles Argentinos - Estado Nacional - ADIF S.E. s/ acciones reales reivindicatoria - confesoria - posesoria”.

³⁵ Fallos 335:1822 (2012)

³⁶ CSJ 614/2012 (48-BI/CS1) “Brondello, Luis s/ usucapión – ordinario”, del 14 de julio de 2015.

Decreto-Ley N° 17.091/67, el cual permite -regulando de alguna forma el principio de la autotutela del dominio público- realizar desocupaciones o lanzamientos en un proceso más expeditivo³⁷. Sin embargo, en la práctica esta cuestión ha tenido sus inconvenientes, atento a que, a los concesionarios no se les permitió expresamente hacer uso de esta herramienta en el marco normativo³⁸. Cabe reparar que este mecanismo es el que permitiría repeler las usurpaciones que se registran -lamentablemente- en terrenos ferroviarios³⁹.

Las apreciaciones formuladas, si bien contribuyen a aclarar la problemática, aún resultan insuficientes para dirimir definitivamente los alcances y la naturaleza de la “propiedad ferroviaria”. En relación a los bienes inmuebles ferroviarios, sobre todo con el precedente “Carranza” la regla indica que pertenecerían al dominio público del Estado Nacional, salvo que se configure la llamada evidencia absoluta de desafectación. Al referirnos a los bienes muebles del sector (conf. material rodante y demás maquinaria operativa), se examinarán las cuestiones que suscitan mayores dudas en la actualidad.

III.- El acceso a la infraestructura ferroviaria

1) Las características de la infraestructura ferroviaria

Al examinar esta temática desde el plano de las ciencias económicas, la infraestructura ferroviaria aparece como un típico ejemplo de monopolio natural. La presencia de costos fijos e irrecuperables que son propios de la red (vías, estaciones, señalamiento) y la ineficiencia que supondría su duplicación ha servido históricamente como barrera de entrada para la competencia

³⁷ El criterio sentado por la CSJN en los autos “Agencia de Administración de Bienes del Estado c/ Club de Planeadores La Plata s/ lanzamiento ley 17.091” (Fallos 339:1530, del 25/10/2016), indicaría que el régimen del Decreto-Ley N° 17.091/67 no resulta de aplicación cuando se trata de bienes de dominio privado del Estado.

³⁸ OLMOS, José María “Los Ferrocarriles Metropolitanos”. Ediciones RAP. Año 2015. Pág. 151.

³⁹ Una gran parte de los asentamientos irregulares en Argentina se encuentran en terrenos que se encontraban afectados a la operación de servicios ferroviarios.

efectiva⁴⁰. La "red" es la clave del mercado, debido a que se erige como la vía física a través de la cual éste se materializa, y que en el tema que nos convoca, permite la prestación de los servicios.

El monopolio, en su condición de tal, suprime la concurrencia respecto a una actividad libre cuyo ejercicio queda entonces circunscripto a una persona pública o privada. Cuando aquel reviste la condición de "natural" obedece a sus características inherentes, las cuales impiden o dificultan entornos proclives a la competencia. Esas características inmanentes o propias son las que determinan la conveniencia y existencia del monopolio⁴¹.

Como bien lo ha destacado Bianchi, el monopolio natural está dado por la necesidad de que la prestación se lleve a cabo a través de redes fijas de distribución, lo que impide toda regla normal de competencia⁴². Es un fenómeno que representa una falla del mercado, y al mismo tiempo, se erige como un "costo hundido", lo cual -máxime en el ordenamiento jurídico argentino- desalienta de alguna manera el interés del sector privado, y por añadidura, obliga a una intervención más activa del Estado.

2) Algunas reflexiones en torno a los títulos habilitantes para el uso de la infraestructura

i) La situación en los modelos de desintegración vertical

En los países donde sus marcos legales han instaurado -o pretenden hacerlo- el sistema de acceso abierto, la regulación referida a la utilización de la infraestructura representará uno de los aspectos neurálgicos del sistema ferroviario. Más allá de erigirse de una cuestión inherente a la separación vertical de las actividades, lo cierto es que este aspecto también ha comenzado a exteriorizarse en sistemas verticalmente integrados, ya sea explotados por el Estado o a través de concesiones, tal como se abordará en el próximo acápite.

⁴⁰ BARBOSA MOREIRA, Marcio "La nueva configuración: El modelo organizacional de la Ley de Reordenamiento Ferroviario", en "Ferrocarriles Argentinos: casi dos siglos de historia". Año 2014. Pág. 45.

⁴¹ En este entendimiento, el monopolio natural permite explicar la inconveniencia de la "duplicación de infraestructuras", por ejemplo, en la prestación del servicio de agua potable.

⁴² BIANCHI, Alberto "La noción de servicio público vigente en la época de la reforma de 1994 y su compatibilidad con la Constitución", en SJA 20/08/2014, 20/08/2014. Pág.67 (Cita Online: AP/DOC/994/2014)

En prieta síntesis, el acceso abierto importa la posibilidad de servirse del uso de la infraestructura ferroviaria (en particular las vías férreas, también llamada como “red ferroviaria”) a aquellos que contaren con un título habilitante conferido por una Autoridad Pública.

Esta idea, la cual tiene su germen en la separación vertical de las actividades del sector (conf. infraestructura y operación, respectivamente), comenzó a acuñarse en las reformas impulsadas en el derecho de la Unión Europea. La Directiva 91/440 del 29 de julio de 1991 de la por ese entonces Comunidad Económico Europea⁴³ se erige como el punto de partida para la comprensión de la estructura de la política ferroviaria europea, la cual posteriormente tuviera tanta influencia en la normativa argentina desde el año 2008. Los objetivos de la Directiva se concentraron en la “liberalización” y armonización del transporte ferroviario, en aras de propender a que las empresas del sector actúen con criterios comerciales de acuerdo a las necesidades del mercado.

En este sentido, los principales principios que emergen de la Directiva fueron los siguientes (Art. 1):

- Garantizar la independencia de la gestión de las empresas ferroviarias;
- Separar la gestión de la infraestructura ferroviaria de la explotación del transporte⁴⁴, resultando obligatoria la separación contable, y voluntaria la separación orgánica o funcional;

⁴³ La Directiva 91/440, fue complementada por las Directivas 95/18 y 95/19, referida a la concesión de licencias y adjudicación de capacidades de la infraestructura. Posteriormente, la Directiva 91/440 y sus complementarias, fueron sucesivamente modificadas por las normas englobadas en los llamados “paquetes ferroviarios”, que a continuación mencionamos: a) “Primer paquete ferroviario” (Directivas 2001/12, 2001/13 2001/14, y 2001/16); b) “Segundo paquete ferroviario” (Directivas 2004/49, 2001/50 2001/51, y Reglamento 881/2004); c) “Tercer paquete ferroviario” (Directivas 2007/58, 2007/59 y Reglamento 1371/2007); d) “Cuarto paquete ferroviario” (“Pilar Técnico”: Directivas 2016/797, 2016/798 y Reglamento 2016/796; “Pilar de Gobernanza”: Directiva 2016/2370 y Reglamento 2016/2338).

⁴⁴ Es menester señalar que este paradigma, ya contaba con antecedentes en el continente europeo. El “modelo sueco”, se erigió como la primera experiencia en la cual se ensayó la separación funcional de la infraestructura ferroviaria y de la operación de los servicios. Este episodio ocurrió en 1988, cuando la compañía Ferrocarriles Nacionales Suecos se escindió en dos entidades distintas: se conservó la denominación “Ferrocarriles Nacionales Suecos” para la explotación y comercialización de los servicios ferroviarios, y por el otro, se creó la empresa “Administración Nacional del Ferrocarril” la cual tiene a su cargo la conservación de la

- Sanear la estructura financiera de las empresas ferroviarias;
- Garantizar el derecho de acceso a las redes ferroviarias de los Estados Miembros, a las agrupaciones internacionales de empresas ferroviarias⁴⁵, así como a las empresas ferroviarias que realicen transportes combinados de mercancías.

En los hechos, este sistema posibilitó la percepción de un “canon” (a cobrar por el administrador de la Infraestructura) a aquellos que requieran la utilización de la infraestructura ferroviaria. Este canon no deberá ser discriminatorio⁴⁶, y deberá contar con la intervención del Estado miembro que corresponda para su fijación. En otras palabras, mediante esta técnica, se permite dar cumplimiento al “derecho al acceso a la infraestructura ferroviaria” (Art. 10), el cual pasa a ser un “servicio público comunitario”⁴⁷.

El derecho comparado muestra que la administración de la infraestructura es un servicio de interés general⁴⁸ y esencial para la comunidad⁴⁹, lo cual supone un grado inferior de intensidad regulatoria con relación a lo que se denominan como “obligaciones de servicio público”⁵⁰.

En Argentina, la Ley N° 27.132 ha creado el denominado “Acceso Abierto” u “Open Access”, mediante el cual, a modo de complemento del Art.

infraestructura. A partir de esta política, se permitió la incorporación de nuevas empresas privadas operadoras de transporte ferroviario.

⁴⁵ Esta agrupación es definida por la Directiva como la asociación de al menos dos empresas ferroviarias establecidas en los Estado Miembros distintos, con el fin de prestar servicios de transporte internacional entre los Estados Miembros.

⁴⁶ Para su fijación, podrán tener en consideración los kilómetros recorridos, la composición del tren y “todo tipo de condicionante especial debido a factores tales como la velocidad, la carga de eje y el nivel o período de uso de la infraestructura” (Conf. Art. 8 párrafo segundo de la Directiva).

⁴⁷ Es decir, un servicio público cuya regulación trasciende al Estado Miembro.

⁴⁸ Sobre esta temática, ampliar en FERNÁNDEZ, Tomás R. “Servicios económicos de interés general versus servicio público”. RDA 2012-83, 01/10/2012, pág. 1347 (Cita Online: AR/DOC/8769/2012).

⁴⁹ Cfr. Art. 19.2 de la Ley N° 38/2015 de España.

⁵⁰ El Reglamento 1370/2007 define como “obligación de servicio público” a aquella exigencia definida o determinada por una autoridad competente a fin de garantizar los servicios públicos de transporte de viajeros de interés general que un operador, si considerase exclusivamente su propio interés comercial, no asumiría o no asumiría en la misma medida o en las mismas condiciones sin retribución.

2 inc. h) de la Ley citada⁵¹, promueve el libre acceso a la infraestructura ferroviaria para la operación de servicios de transporte ferroviario, tanto de cargas como de pasajeros. El Decreto N° 1027/2018 y su Anexo se encargan de reglamentar la modalidad de acceso abierto, amén de que la misma aún no ha comenzado, quedando diferida su entrada en vigor cuando tengan vencimiento los contratos de concesión suscriptos en la década de 1990 (conf. año 2033).

En estos términos, quien detente la administración de la infraestructura, deberá otorgar las ventanas de paso en condiciones de equidad, igualdad y transparencia. Es aquí donde, en principio, se impondrá la celebración de procedimientos de selección que aseguren estos principios, los cuales deberán ser encauzados –en principio– por el Administrador de la Infraestructura (ADIF SA). Cabe añadir que, en los supuestos donde el administrador no sea una persona pública estatal, el sujeto privado que oficie dicha función, deberá cumplir con las directrices antes señaladas. Este ejemplo puede darse cuando se otorguen concesiones⁵² en tramos específicos de la Red Ferroviaria, en los cuales, si bien el concesionario no gozará de exclusividad, si tendrá para sí el control del tráfico.

Corresponde destacar que el otorgamiento de las ventanas de paso se encuentra condicionado a que la persona interesada adquiera previamente la condición o el carácter de “operador”. En efecto, una vez que las Agencias Técnicas (Ej.: tal como sucede en Europa), o en el caso argentino, la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT) confieren dicha calidad⁵³, se encontrarán en condiciones de participar en la asignación de ventanas de paso.

Otra cuestión relevante, se encuentra dada por la fijación del canon a abonar por los operadores por el uso de la infraestructura. En el derecho español, este aspecto se halla minuciosamente regulado, estando en cabeza del administrador de la infraestructura su determinación y establecimiento (conf.

⁵¹ Art. 2 inc. g) La promoción de condiciones de libre accesibilidad a la red nacional ferroviaria de cargas y de pasajeros, basada en los principios de objetividad, transparencia y no discriminación.

⁵² Con diversos matices, se han configurado ejemplos en Francia y Armenia. Asimismo, el régimen español vigente admite la posibilidad de que el administrador de la infraestructura sea un sujeto privado (Art. 19.4, Ley N° 38/2015).

⁵³ En Argentina, el Registro Nacional de Operadores Ferroviarios (Decreto N° 1924/2015 y Disposición N° 219/2021) funciona en la órbita de la CNRT, la cual tiene la competencia de extender los títulos habilitantes.

Art. 23 inc. k). Inclusive, se alude a que los mismos serán fijados en de acuerdo con los principios generales de viabilidad económica de las infraestructuras, explotación eficaz de las mismas, situación del mercado y equilibrio financiero en la prestación de los servicios, y con arreglo a criterios de igualdad, transparencia y no discriminación entre prestadores de servicios de transporte ferroviario (conf. Art. 96.3).

Esta coyuntura no se corrobora en el derecho argentino, en la cual no se ha estipulado el órgano competente para la determinación del canon, suscitándose posiciones antagónicas en cuanto si dicha atribución corresponde al administrador de la infraestructura (ref. ADIF SA) o a la autoridad política. Por ende, cuando acontezca el inicio del acceso abierto estas dicotomías necesariamente deberán hallarse dirimidas.

ii) Concesión e infraestructura ferroviaria

a) Apreciaciones previas

Tradicionalmente, y sobre todo, hasta la etapa de nacionalización de los sistemas ferroviarios (no solamente en Argentina, sino a nivel global), la técnica concesional fue la que permitió el desarrollo y expansión del ferrocarril. Conforme se examinase anteriormente, el Estado otorgaba la tierra, cediendo en muchos casos la titularidad de los inmuebles, y al mismo tiempo, confería el título habilitante para la prestación de los servicios.

Posteriormente, una vez que el ferrocarril revirtió a manos del Estado, y al darse el fenómeno de la integración vertical, el modelo de las concesiones volvió a resurgir, aunque aristas divergentes a las que marcaron el origen de este medio de transporte.

b) La situación en los sistemas de prestación estatal. La incipiente apertura

Se ha señalado que la mayoría de los ferrocarriles del mundo son integrados verticalmente, y muchos no tienen obligaciones automáticas de

suministrar el acceso a terceros⁵⁴ (Rusia, China, India, y Estados Unidos, aunque no se trate de un sistema estatal)

Sin embargo, progresivamente, se han ensayado algunas soluciones que permiten la participación del sector privado en el sistema ferroviario, la cual se materializa mediante concesiones. Bajo estos términos, tanto en Rusia como en la India, existen experiencias relativas a la participación del sector privado en el segmento de cargas. En el caso de Rusia, la empresa verticalmente integrada estatal (RZD) centraliza el servicio de locomotoras, brindando la posibilidad para que operadores ferroviarios puedan officiar como agentes de carga. Al mismo tiempo, por la densidad de la carga que existe en dicho país, también emergieron compañías privadas de arrendamiento de material rodante emergieron como empresas privadas.

En la India, en el año 2006 se utilizó la técnica concesional para abrir la operación de trenes de contenedores al sector privado, a fin de introducir competencia en los servicios de transporte de mercancías por ferrocarril en la India. En dicha concesión, el Estado conserva su monopolio como administrador de infraestructuras y operador de trenes, pero al mismo tiempo, promueve la inversión privada en el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril⁵⁵.

⁵⁴ TIC y Transporte. 2017. “La Reforma de los Ferrocarriles: Manual para Mejorar el Rendimiento del Sector Ferroviario”. Washington, DC: Banco Mundial, Licencia: Creative Commons Attribution CC by 3.0. Pág. 184.

⁵⁵ En este modelo, se otorga al concesionario el derecho no exclusivo de exigir a la Autoridad Ferroviaria que transporte sus vagones (con o sin contenedores) en una de las cuatro categorías de ruta especificadas por la Autoridad de Aplicación local. Esta Autoridad conserva la plena responsabilidad de la operación y el mantenimiento de la red ferroviaria, así como de la planificación, coordinación y operación de los trenes en la red. El concesionario tiene derecho a cobrar a los clientes el flete sin interferencia del Estado.

c) Los modelos concesionales clásicos

Se ha sostenido que, en la mayoría de los casos, “...las concesiones incluyen un contrato por servicios ferroviarios integrados verticalmente”⁵⁶, siendo las concesiones de infraestructuras son generalmente exclusivas”⁵⁷.

Conteste a ello, han sido utilizado esquemas concesionales con carácter preponderantemente exclusivo en nuestro país, Brasil, y la mayoría de los países de África subsahariana (Ej.: Camerún).

Amén de no insertarse en regímenes en los cuales se haya establecido normativamente el acceso abierto (como se ha dado en Argentina), se han dado algunos supuestos en los cuales fueron otorgadas concesiones en las que se obligue a los concesionarios a garantizar el libre acceso a las vías.

Como ejemplos, se pueden mencionar a los siguientes casos:

i) México:

Las concesiones se otorgaron por medio de un proceso de licitación pública y cada una contaba con un plazo de 50 años de la explotación y la gestión de la infraestructura, con 30 años de derechos exclusivos de uso. Después del año 30 de la concesión, que será en 2027, los derechos de exclusividad se abrirán a negociación y puede que los concesionarios pierdan el acceso exclusivo⁵⁸.

Es importante destacar la evaluación del Banco Mundial sobre este modelo⁵⁹: “...los derechos de utilización de vía han sido un reto constante en la reforma mexicana y, hasta la fecha, muchas de las disputas siguen sin

⁵⁶ TIC y Transporte. 2017. “La Reforma de los Ferrocarriles: Manual para Mejorar el Rendimiento del Sector Ferroviario”. Washington, DC: Banco Mundial, Licencia: Creative Commons Attribution CC by 3.0. Pág. 231.

⁵⁷ TIC y Transporte. 2017. “La Reforma de los Ferrocarriles: Manual para Mejorar el Rendimiento del Sector Ferroviario”. Washington, DC: Banco Mundial, Licencia: Creative Commons Attribution CC by 3.0. Pág. 233

⁵⁸ TIC y Transporte. 2017. “La Reforma de los Ferrocarriles: Manual para Mejorar el Rendimiento del Sector Ferroviario”. Washington, DC: Banco Mundial, Licencia: Creative Commons Attribution CC by 3.0. Pág. 531

⁵⁹ TIC y Transporte. 2017. “La Reforma de los Ferrocarriles: Manual para Mejorar el Rendimiento del Sector Ferroviario”. Washington, DC: Banco Mundial, Licencia: Creative Commons Attribution CC by 3.0. Pág. 531

resolverse (...) Las concesiones podrían haber proporcionado más beneficios si los términos, las condiciones y el plazo de los acuerdos para los derechos de utilización de vía se hubieran especificado durante el proceso de concesión (...) Unas directrices más claras en este tema podrían haber ayudado a los diferentes concesionarios y al gobierno a alcanzar un acuerdo sobre los derechos de utilización de vía, lo que, a su vez, habría facilitado la inversión para mejorar el servicio ferroviario (...) A pesar de que las concesiones delimitaban de manera específica qué líneas serían objeto de los derechos de utilización de vía, la ley no garantiza los términos del acuerdo (...) Los problemas de los derechos de utilización de vía se han dejado al criterio de los concesionarios, que tendrán que negociar entre ellos (...) En los casos en los que los concesionarios no sean capaces de alcanzar un acuerdo voluntario sobre los derechos de utilización de vía o donde no haya una competencia efectiva, la Autoridad competente tendrá que intervenir... ”.

ii) Perú:

En 1999, el Estado Peruano (representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC) suscribió los Contratos de Concesión de las concesiones del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente con la empresa Ferrocarril Transandino S.A. (en adelante, FETRANSA) y de la concesión del Ferrocarril del Centro con la empresa Ferrovías Central Andina S.A. (en adelante, FVCA). La vigencia de los Contratos de Concesión de FETRANSA y FVCA es de 30 años (prorrogable cada 5 años, hasta un plazo máximo de 60 años de Concesión). Así, a la fecha, el plazo de vigencia de la Concesión de FETRANSA es de 35 años, mientras que el de FVCA es de 40 años contados desde la fecha de cierre de los respectivos contratos.

Las concesiones abarcan el mantenimiento, rehabilitación y la explotación de la infraestructura ferroviaria correspondiente, así como para la construcción de obras de infraestructura vial ferroviaria y para la prestación de servicios de transporte ferroviario. El transporte de pasajeros y carga podrá ser prestado por cualquier operador de transporte ferroviario, inclusive por una empresa vinculada a los Concesionarios. Adicionalmente, los Concesionarios tiene el derecho de alquilar el material tractivo y rodante, cuyo precio de arrendamiento no se encuentra regulado.

Los ingresos de los concesionarios provienen del acceso al uso de la vía férrea y el alquiler del material rodante y otros bienes de la concesión. Los servicios de transporte ferroviario, tanto de carga como de pasajeros, son brindados por empresas vinculadas a cada concesionario, mostrando una relación vertical.

iii) Armenia⁶⁰:

En el año 2008 fue licitada la gestión y operación de un ferrocarril, junto con los derechos de uso de la tierra o infraestructura por un plazo de TREINTA (30) años. En esta concesión, el Estado conserva el derecho de otorgar licencias a transportistas distintos del Concesionario para operar en la infraestructura ferroviaria mediante el pago de una tarifa. Asimismo, el Concesionario deberá preparar y presentar una Declaración de Red anual que establezca los términos de acceso y la lista propuesta de cargos de acceso.

El Concesionario asume todas las facultades de administración y los derechos y obligaciones del propietario, excluyendo el derecho de vender o utilizar como garantía la propiedad de la concesión.

d) Las concesiones en los sistemas con acceso abierto

Tal como se refiriese *ut supra*, inclusive en los Estados donde se contempla una desintegración vertical con acceso abierto, paulatinamente se ha comenzado a admitir la compatibilización del mismo con la técnica concesional.

Además de las soluciones proporcionadas en el régimen español, puede citarse el caso de Francia (después de las reformas del año 2014), en el cual se han utilizado APP o Concesiones para construcción, financiamiento y explotación de proyectos ferroviarios. Al respecto, el Banco Mundial precisó: “...En el modelo de concesión, el inversor del sector privado cobra los costos de acceso a los operadores ferroviarios que usan el activo de la infraestructura. Estos cargos de acceso pagan los costos de explotación de la línea, además de generar rendimiento de la inversión privada. Dado que las

⁶⁰ Vid. <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/concession-agreement-transfer-armenian-railway-system-south-caucasian-railway-closed-joint-stock-company-created-russian-railways-closed-open-joint-stock-company>.

tarifas de acceso no suelen ser suficientes para generar rendimiento de toda la inversión, RFF (ahora SNCF Réseau), las autoridades regionales y el gobierno nacional debe financiar parte de la inversión. El concesionario asume los riesgos de la construcción, financiamiento y explotación del proyecto”⁶¹.

Bajo este modelo se ha ejecutado la construcción y operación del TGV de Europa del Sur-Atlántico (SEA). Este ferrocarril es una línea de alta velocidad de 303 km que conecta Tours y Burdeos. El monto de la inversión ha rondado los 7800 millones de euros. El proyecto de SEA se ha estructurado en un modelo de concesión de 50 años, contratado con el consorcio Vinci-LISEA en 2011. Todos los riesgos de operación, construcción y diseño, así como el de tráfico, los asume el concesionario. En particular, el concesionario cobrará tarifas de acceso a la vía a los trenes que usen el corredor, incluyendo aquellos operados por SNCF Mobilités y otros operadores.

No obstante, cabe señalar que “...La financiación general de este proyecto incluye una mezcla de contribuciones de deudas y patrimonio, con alrededor del 13 % de los costos totales financiados por RFF (ahora SNCF Réseau) y un 39 % financiado por el gobierno nacional, las autoridades locales y la Unión Europea. Dada la aceptación del riesgo de tráfico del concesionario, el consorcio Vinci-LISEA contribuyó directamente con un 10 % de patrimonio, además de haber recaudado el 39 % restante de deuda (es decir, el porcentaje financiado de forma privada es mayor bajo una concesión que bajo una asociación, ya que el sector privado acepta el riesgo de tráfico)”⁶².

Por otra parte, en el modelo de APP de Francia, el Estado –a través de la SNCF- realiza los pagos por conducto de subvenciones⁶³

En el caso argentino, la privatización de la empresa estatal Belgrano Cargas y Logística S.A. (iniciada a través del Decreto N° 67/2025), sin aludir

⁶¹ TIC y Transporte. 2017. “La Reforma de los Ferrocarriles: Manual para Mejorar el Rendimiento del Sector Ferroviario”. Washington, DC: Banco Mundial, Licencia: Creative Commons Attribution CC by 3.0. Pág. 600

⁶² TIC y Transporte. 2017. “La Reforma de los Ferrocarriles: Manual para Mejorar el Rendimiento del Sector Ferroviario”. Washington, DC: Banco Mundial, Licencia: Creative Commons Attribution CC by 3.0. Pág. 601

⁶³ TIC y Transporte. 2017. “La Reforma de los Ferrocarriles: Manual para Mejorar el Rendimiento del Sector Ferroviario”. Washington, DC: Banco Mundial, Licencia: Creative Commons Attribution CC by 3.0. Pág. 598

específicamente a la temática, tendrá entre sus variantes la concesión de la red ferroviaria (con exclusión de los talleres), en la cual el concesionario carecería de exclusividad en el tramo, quedando obligado a garantizar el acceso a otros operadores. Desde luego, será el concesionario quien detente el control de gestión y seguridad del tráfico junto con el mantenimiento de la infraestructura.

IV.- Las limitaciones al dominio por razones de interés público en el ámbito ferroviario

Otra de las dimensiones que ofrece la propiedad ferroviaria, en aras de satisfacer los cometidos inherentes a la prestación de los servicios ferroviarios, se encuentra dada por la necesidad de imponer limitaciones al dominio. A diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos del derecho comparado⁶⁴, en Argentina, las Leyes Nros. 26.352 y 27.132 no se establece previsión alguna en torno a las limitaciones al dominio que puedan surgir o sean necesarias para el desarrollo de la infraestructura ferroviaria. No obstante, la Ley N° 2873 (ref. Ley General de Ferrocarriles, L.G.F-) las regula en forma expresa, lo cual implica que, aún sin que estuviera mencionado expresamente. ADIF SA o el Estado Nacional cuentan con la potestad de imponer las limitaciones al dominio contempladas en la LGF para garantizar la eficiencia en la administración de la infraestructura ferroviaria.

La “servidumbre ferroviaria”⁶⁵ (denominada así por su propio marco normativo) se encuentra contemplada por los artículos 54 y ss. de la LGF, y tiene su razón de ser en garantizar la seguridad y conservación del servicio de pasajeros y de cargas ferroviario. Como bien se ha afirmado⁶⁶, las limitaciones aquí previstas constituyen verdaderas restricciones, conteste a las

⁶⁴ Ej. Ley N° 38/2015 de España, Arts. 12 a 18.

⁶⁵ Ampliar en FLORES, Álvaro B. “Panorama Actual sobre Servidumbres Administrativas”, publicado en la Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata. Editorial La Ley. Año 2016.

⁶⁶ MARIENHOFF, Miguel S. “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo IV. Año 1998. parágrafo 1264. En sentido análogo, también se manifiesta DIEZ, Manuel M. “Derecho Administrativo” Bibliográfica Ameba. Año 1980, pág. 208, y VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín “Derecho Administrativo”. Editorial Tipográfica editora Argentina. Año 1956. T° 6°pág. 272/273

prohibiciones que se fijan en las zonas lindantes a las vías⁶⁷. Asimismo, tampoco generan -en principio- derecho a indemnización alguna⁶⁸.

⁶⁷ Art. 54.- Los propietarios, de terrenos linderos a las vías férreas, no podrán arrojar basuras, ni obstruir en manera alguna las cunetas laterales, ni servirse de ellas como desagüeros, con excepción de aquellos cuyas propiedades, por su inclinación natural, tuviesen su desagüe en la vía; Art. 55.- Está prohibido a toda persona extraña al servicio del camino introducirse o estacionarse en él a no ser empleados públicos en el desempeño de sus funciones. Se prohíbe igualmente conducir a lo largo del camino cualquier clase de animales, y sólo podrá atravesarlo en los puntos destinados a este objeto, debiendo en este caso el conductor hacerlos salir al aproximarse el tren. Es extensiva esta medida a los conductores de carros u otra clase de vehículos; Art. 56.- Sin la previa autorización de la Secretaría de Estado de Transporte, es prohibido a menor distancia de veinte metros de la vía: 1) Abrir zanjas, hacer excavaciones, explotar canteras o minas, y en general, ejecutar cualquier obra análoga que pueda perjudicar la solidez de la vía; 2) Construir edificios de paja o de otra materia combustible; 3) Hacer cercos, sementeras, depósitos o acopios de materias inflamables o combustibles; Art. 57.- Queda también prohibido, a menor distancia de cinco metros de la vía: 1. Dar a los muros o cierres que se construyan, salida sobre la vía, con excepción de aquellos fundos que el ferrocarril dividiere, en los cuales podrá darse esas salidas con permiso de la autoridad administrativa. 2. Hacer depósitos o acopio de frutos, materiales de construcción y cualesquiera otros objetos; Art. 58.- Está prohibido igualmente: 1. Construir muros o cierres, a menor distancia de dos metros de la vía. 2. Hacer plantaciones de árboles a menos de doce metros de la vía. Art. 59.- Las disposiciones de los artículos anteriores no son aplicables a los propietarios de terrenos linderos con las calles públicas por las que pase un ferrocarril dentro del recinto de los pueblos o ciudades; Art. 60.- Si alguna de las obras especificadas en los artículos anteriores, existiese al tiempo de construirse un ferrocarril, a menor distancia de la expresada en dichos artículos, podrá ser expropiada, a solicitud de la empresa constructora. Si la expropiación no se verifica, no podrán ejecutarse en las obras otros trabajos que los necesarios para conservarlas en el mismo estado, siendo prohibida su reconstrucción cuando llegare a destruirse; pero en este caso la empresa estará obligada a indemnizar al propietario el daño resultante de la servidumbre impuesta; Art. 61.- La disposición contenida en el inc. 2 del art. 57: 1. Al depósito de materias no inflamables, siempre que su altura no excediere a la de los terraplenes por donde pasare el ferrocarril. 2. Al depósito o acopio momentáneo de materiales de construcción o de objetos destinados al cultivo. 3. Al depósito o acopio de frutos de la cosecha, mientras ésta se practica. En estos casos, la empresa no será responsable por la pérdida o deterioro que sufriesen los objetos, sin culpa suya, o de sus agentes, a consecuencia del servicio del ferrocarril; Art. 62.- Las distancias marcadas en los artículos anteriores se contarán horizontalmente desde la línea inferior de los taludes del terraplén de los ferrocarriles, desde la superior de los desmontes y desde el borde exterior de las cunetas, y a falta de éstas se medirán desde una línea trazada a metro y medio del carril exterior de la vía; Art. 63.- Sin perjuicio de la pena respectiva, los contraventores a los artículos precedentes estarán obligados a restablecer las cosas al estado anterior, y a responder por todos los perjuicios ocasionados. Si en el término señalado por el Juez ante quien se entablare la queja,

En el texto de la L.G.F. también se contempla otra limitación al dominio, la cual parecería asemejarse con la figura de la requisa o la ocupación temporánea. Así las cosas, el Art. 21 indica que “...*En caso de conmoción interior o invasión extranjera, el Poder Ejecutivo podrá tomar de su cuenta el uso de los ferrocarriles, abonando a la empresa una compensación, cuya base de avalúo será el término medio de lo que hubiese producido el camino en el último semestre*”.

Por su parte, la expropiación ha sido un instrumento trascendental para el desarrollo del ferrocarril⁶⁹, atento a que, la finalidad que el mismo detenta queda indisolublemente vinculado al presupuesto de legitimidad de cualquier expropiación, como lo es la utilidad pública.

En la actualidad, teniendo en consideración la dispersión del marco normativo ferroviario en Argentina, que como puede verse podría generar dudas y vicisitudes en los operadores del sistema, en futuras reformas, deberá establecerse si ADIF SA se erige como sujeto expropiante a los efectos de llevar adelante procesos expropiatorios, teniendo en consideración la declaración de utilidad pública genérica prevista en el Artículo 7º de la Ley N° 5315.

V.- El material rodante

Finalmente, el abordaje de la temática elegida nos obliga a formular algunas reflexiones sobre los bienes muebles que protagonizan la operación de los servicios. Estamos haciendo referencia, principalmente, el material rodante y la maquinaria pesada que coadyuva a la eficiencia y seguridad en la prestación de los servicios⁷⁰.

no hubiera el infractor restablecido las cosas a su estado anterior, podrá hacerlo la empresa a costa de aquél, previa autorización del Juez.

⁶⁸ La CSJN sostuvo que si se reconoce que la línea férrea recorre una calle pública, el colindante no tiene derecho para pedir indemnización contra la empresa de ferrocarril, aunque la calle haya sido formada con parte de los terrenos linderos, y las escrituras de estos anuncien una superficie comprensiva del perteneciente a dicha calle (Fallos 73:332).

⁶⁹ Ampliar en FLORES, Álvaro B. – MOCOROA, Juan “El Régimen Jurídico Expropiatorio en la República Argentina”, “Anuario de Derecho Administrativo Iberoamericano”, España, mayo de 2024.

⁷⁰ Ej.: Maquinaria para el mantenimiento de catenarias en los servicios eléctricos; distribuidoras de piedra balasto; bateadoras de trocha métrica; puente grúas; etc.

El material rodante se erige como uno de los principales protagonistas en la prestación de los servicios de transporte ferroviario. Con una finalidad exclusivamente propedéutica, podemos considerar como “material rodante” a las locomotoras y locotractores; coches remolcados; coches motor diésel; unidades automotrices eléctricas (EMU); trenes de auxilio; guinches; vagones y coches de servicio interno.

Según el tipo de sistema en el cual funcionen, y sobre todo, de la clase de intervención y participación que se le pretende reconocer al sector privado, la determinación de su naturaleza ofrece interesantes ribetes jurídicos.

Cuanto menos en Argentina, el esquema normativo vigente estipula entre sus principios la participación pública y privada en la prestación y operación de los servicios de transporte público ferroviario (Art. 2 inc. b de la Ley N° 27.132), lo cual supone la necesidad de dotar de un mayor dinamismo y flexibilidad a este tipo de bienes, lo cual no se adaptaría a las características de los bienes dominicales⁷¹.

En este entendimiento, la condición de dominio público no es la que más se adaptaría a la naturaleza de estos bienes. Sin embargo, esta situación no los convierte en un bien privado tradicional, debido a las funciones que ellos cumplen y a su finalidad. De conformidad a lo expresado, estos bienes quedan -a nuestro juicio- englobados en el Artículo 243 del CCCN, el cual dispone lo siguiente: *“Bienes afectados directamente a un servicio público. Si se trata de los bienes de los particulares afectados directamente a la prestación de un servicio público, el poder de agresión de los acreedores no puede perjudicar la prestación del servicio”*.

Más allá de que esta norma refiera a bienes de los particulares, correspondería extender –*mutatis mutandi*– sus efectos a los bienes muebles que conforman el sector ferroviario. De tal manera, los bienes muebles a los que hemos hecho referencia, teniendo en consideración el carácter de servicio

⁷¹ ARTICULO 237.- Determinación y caracteres de las cosas del Estado. Uso y goce. Los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles. Las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales. La Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos artículos 235 y 236.

público del transporte ferroviario -sea de cargas o pasajeros- quedarían englobados en la categoría anteriormente señalada⁷².

No se trata de una protección especial brindada a los bienes de los particulares, sino que lo es en función de su afectación a la prestación de servicios necesarios para la sociedad, aludiendo al supuesto de los servicios públicos privatizados⁷³. No obstante, la norma no resulta del todo clara con relación al alcance de la protección, entonces sobreviene la inquietud acerca de si la previsión de ciernes representa un supuesto de inembargabilidad. Es dable destacar que, durante la vigencia del Código Civil, y a pesar de las vicisitudes que generaba el ya mencionado Art. 242, la doctrina había señalado que los bienes afectados a la prestación de servicios públicos eran inembargables⁷⁴.

En este orden de ideas, *a priori*, son las empresas que operan servicios ferroviarios quienes detentan la titularidad sobre el material rodante. De conformidad con ello, puede observarse que dentro de las competencias de SOFSA (la operadora de servicios de transporte de pasajeros estatal) se encuentra la referida a “*Administrar y disponer del material tractivo y remolcado que tenga asignado para su operación ferroviaria y los que adquiera o incorpore en el futuro por cualquier título*” (Art. 8 inc. c).

Una lectura simple indicaría que SOFSA podría celebrar cualquier especie de negocio jurídico cuyo objeto recaiga sobre el material rodante, incluyendo la posibilidad de realizar actos de disposición, como, por ejemplo, gravarlos con algún derecho real o determinar su venta. En este contexto, si bien se infiere del inciso, la norma establece que al asignarse el material rodante -a través del Ministerio de Economía actualmente- se le atribuye la titularidad del mismo a la SOFSA.

El mecanismo de la asignación del material rodante ha sido utilizado frecuentemente en los últimos tiempos, fundamentalmente, con relación a los

⁷² Sobre este tema, ampliar en DE LA RIVA, Ignacio “El dominio público y los bienes afectados a la prestación del servicio público”, en COMADIRA, Julio P – IVANEGA, Miriam (coordinadores) “Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira”. Editorial AdHoc. Pág. 891 y ss.

⁷³ ALTERINI, Jorge Horacio (Director General) “Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético”. 2da. Edición ampliada y actualizada. Editorial La Ley. Tomo II. Pág. 73 y ss.

⁷⁴ LLAMBIAS, Jorge J “Tratado de Derecho Civil. Parte General”. Ed. Abeledo Perrot. Año 2005. Tomo II. Pág. 216

coches, formaciones y locomotoras de origen chino⁷⁵. A modo de ejemplo, pueden mencionarse las Resoluciones Nros. 835/2014 y 848/2014 del ex Ministerio del Interior y Transporte.

Asimismo, la última parte del inciso -agregada por la Ley N° 27.132- despeja las inquietudes en torno a las atribuciones de SOFSE sobre el material rodante proveniente de las concesiones de servicios de pasajeros, que como ya se hiciera alusión, nunca dejaron de pertenecer al Estado Nacional.

Sin embargo, las facultades de disposición -las cuales también recaen en BCyL S.A. respecto de su material rodante- tienen algún signo de interrogación, en virtud de las competencias del Ministerio de Transporte con relación a la “desafectación al uso ferroviario de bienes muebles” contempladas en el Reglamento de Gestión de Bienes Muebles del Estado⁷⁶. Específicamente, el Art. 16 de su Anexo establece que la desafectación de bienes muebles del uso operativo ferroviario deberá ser realizada por el titular del Ministerio de Transporte, o en el funcionario en quien éste delegue, conforme a las competencias asignadas por Ley 22.520 y sus modificatorias, y que los mismos pasarán a ser administrados por la ADIF SE, conforme el Artículo 3° de la Ley 26.352 y sus modificatorias.

Cabe señalar que mediante la Resolución N° 146/2019 del ex Ministerio de Transporte⁷⁷ fue aprobado el procedimiento de desafectación del uso operativo del material rodante.

En este sentido, consideramos que las atribuciones del Ministerio (las cuales solamente se extienden sobre bienes ferroviarios estatales) no entran en contradicción con las facultades de disposición de las empresas públicas ferroviarias, respecto de su material rodante. Conteste a ello, no existiría óbice alguno para que aquellas, puedan celebrar un contrato de venta de material

⁷⁵ Las unidades materiales adquiridas mediante “contratos país-país” (regidos por el Derecho Internacional Público) pueden analizarse en las siguientes normas: Decreto N° 91/2008, Decreto N° 119/2010; Decreto N° 2154/2010; Decreto N° 9/2013; Decisión Administrativa N° 584/2013; Decisión Administrativa N° 16/2014; Decisión Administrativa N° 279/2014; Decreto N° 1090/2014; Decreto N° 860/2014; Decisión Administrativa N° 137/2015; Decreto N° 868/2016; Decreto N° 987/2017.

⁷⁶ Resolución N° 3/2024 de la Agencia de Administración de Bienes del Estado.

⁷⁷ La norma no se encuentra publicada en el B.O.

rodante con una entidad pública⁷⁸ o privada, siempre que aquel, se encontrare afectado a la prestación de servicios.

Por lo tanto, la única limitación que se advierte para SOFSE y BCyL S.A., es la referida a la posibilidad de desafectar del uso operativo ferroviario, atento a que, dicha competencia reposa en cabeza del Ministerio de Transporte. En estos supuestos, aunque los bienes hayan pertenecido a las empresas ferroviarias estatales, los bienes desafectados (los cuales podrían adquirir la condición de rezagos) pasarían a la órbita de ADIF SE.

Vale también destacar que ADIF SE asumirá la titularidad del material rodante (propiedad del Estado Nacional) que se encuentra actualmente concesionado, una vez que se produzca la extinción de los contratos respectivos.

En términos estrictamente regulatorios, el Ministerio de Transporte tendría a su cargo las competencias que emanan de la L.G.F. y de su normativa complementaria (en especial, el Decreto-Ley N° 8302/1957). De tal manera, el Ministerio será competente para aprobar los tipos de tracción y tren rodante, asegurando que los mismos tengan la uniformidad técnica indispensable para el intercambio del tren rodante en toda la red de la respectiva trocha y procurando la normalización de los materiales a adquirir.

La L.G.F. expresamente señala (conf. Art. 7°) que ningún material rodante podrá ser librado al servicio público sin el previo reconocimiento y certificado habilitante, el cual deberá ser otorgado por el concesionario del servicio público por medio de un representante técnico designado conforme a los procedimientos derivados de la Ley de Ejercicio Profesional de la Ingeniería⁷⁹. Estas atribuciones reposan en la CNRT⁸⁰, de acuerdo a las previsiones que emergen expresamente de su Estatuto⁸¹

Finalmente, en una cuestión que aparece como evidente, la L.G.F. (conf. Art. 5 inc. b) destaca que los operadores y concesionarios tendrán la

⁷⁸ Ej.: Podría ser el supuesto de una Provincia (o empresa provincial) que desee realizar la operación de servicios ferroviarios locales.

⁷⁹ Asimismo, cuando por la reparación general o deterioro grave, se retirase del servicio público algún material rodante, no podrá restituirse al servicio sin nuevo reconocimiento y autorización.

⁸⁰ Tal como se verá más adelante (ref. Capítulo 14) la CNRT tendrá a su cargo la aprobación de los aspectos de seguridad del diseño y la fabricación del nuevo material rodante de origen nacional, y la fiscalización de la ejecución de los programas de mantenimiento.

⁸¹ Conf. Art. 9 inc. l) del Estatuto.

obligación de conservar en buen estado el tren rodante, que será de calidad y cantidad suficiente para suplir a las necesidades del ferrocarril, en relación con la actividad ordinaria de las comunicaciones entre los diversos pueblos que ligare, debiendo sujetarse en cuanto a la construcción de la vía y tren volante a los tipos establecidos en los respectivos reglamentos por el Poder Ejecutivo Nacional o el organismo en que el mismo delegue esta facultad.

DE LA INFRAESTRUCTURA AL PROYECTO URBANO: DESARROLLO ORIENTADO AL TRANSPORTE (DOT), BIENES PÚBLICOS Y CAPTURA DE VALOR EN LOS PROYECTO DE RENOVACIÓN URBANA PARA LA MOVILIDAD SOSTENIBLE (PRUMS) EN BOGOTÁ D.C

Helena Alejandra Romero Espinel

Abogada, magister en Urbanismo de la Universidad Nacional de Colombia.
Especialista en Mercados y Políticas de Suelo en América Latina y Derecho
Tributario de la Universidad del Rosario. Correo electrónico:
haromeroes@unal.edu.co

Sumario: Introducción; 1. Aproximación teórica al modelo de Desarrollo Orientado al Transporte Sostenible (DOT); 2. Experiencias de aplicación del modelo de Desarrollo Orientado al Transporte: el caso de Curitiba (Brasil); 3. Los bienes públicos como generadores de valor en el modelo DOT; 4. Los PRUMS como instrumentos del DOT en Colombia; 5. Conclusiones; BIBLIOGRAFÍA

Introducción

El 24 de noviembre de 2025, la Alcaldía Mayor de Bogotá anunció la puesta en marcha de un modelo de desarrollo urbano en el cual la Empresa de Transporte del Tercer Milenio “Transmilenio S.A”, encargada de la provisión de servicio de transporte público masivo BRT de la capital colombiana, asumía el papel de operador.

La noticia llamó la atención, principalmente, porque los titulares mencionaban que, a través de la figura de **Proyecto de Renovación Urbana para la Movilidad Sostenible – PRUMS** dicha empresa impulsaría iniciativas para la construcción de vivienda, teniendo para ese momento dos previstas: (i) La Estación intermedia Primera de Mayo, en la cual utilizará predios propios para edificar 25 mil metros cuadrados de vivienda sobre la carrera 10 con la Av. Primero de Mayo, alrededor de la estación del nuevo TransMiCable de San Cristóbal¹ y (ii) el conjunto Residencial Metrópolis, una tradicional agrupación de vivienda en la ciudad, para el cual se prevé la intervención de un bloque de apartamentos, de propiedad privada, el cual alberga cerca de 400 familias. Se planea la demolición de las torres actuales para construir unas nuevas, de 20 pisos de altura, con la finalidad de “dar una mejor calidad de vida a las familias que ya habitan en este lugar y generar nueva oferta de viviendas, comercio y accesibilidad al transporte público”².

El papel de Transmilenio S.A como desarrollador resulta llamativa, ya que su tarea, hasta ahora, ha sido la provisión de servicios de transporte público masivo. Si bien, la aplicación de los PRUMS es novedosa, resulta pertinente efectuar una revisión de su soporte normativo y a su vez, la forma en la que se prevé la gestión de los bienes de propiedad pública asociados a la infraestructura de transporte. Para ello, es preciso señalar que los PRUMS se enmarcan en el **modelo de Desarrollo Orientado al Transporte Sostenible (en adelante, DOT)**, una “metodología de planificación urbana que promueve la concentración del desarrollo de usos habitacionales, comercio y servicios y con altas densidades en torno a las estaciones de la red de transporte público”³.

Este modelo, cuya construcción teórica data de finales de los años 80 y principios de la década del 90, ha orientado la planeación y el desarrollo de proyectos en ciudades tales como Malmö (Suecia), Ámsterdam (Holanda), Guangzhou (China), Londres (Inglaterra), Curitiba (Brasil) y Bogotá (Colombia), entre otras. No obstante, en el transcurso del tiempo, el modelo se ha transformado, abarcando nuevas dimensiones, tales como las prácticas fiscales en relación con la captación de valor derivada de la valorización del

¹ <https://laud.udistrital.edu.co/bogotaentrevista/transmilenio-impulsara-proyectos-de-vivienda-en-bogota>

² Ibid.

³ Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio de Colombia. Aula de Financiamiento Urbano. En: <https://www.minvivienda.gov.co/viceministerio-de-vivienda/espacio-urbano-y-territorial/aula-de-financiamiento/desarrollo-orientado-al-transporte-dot>

suelo impactado con el proyecto, la sostenibilidad en materia ambiental y la gobernanza.

A la luz de los principios que orientan el DOT, es pertinente revisar el papel de los bienes públicos en la infraestructura; a manera de ejemplo, como se concreta ese papel, para el caso de Bogotá D.C en los PRUMS y cómo, de cara a modelos como el DOT, se hace necesario plantear una comprensión más amplia de los bienes públicos como elementos activos en la configuración de la ciudad.

Por lo anterior, este texto se ocupará en (i) exponer una aproximación teórica del DOT; (ii) y la experiencia de aplicación del modelo de Desarrollo Orientado al Transporte, como es el caso de Curitiba (Brasil); (iii) explicar los bienes públicos como generadores de valor en el modelo DOT; (iv) así como los PRUMS en tanto instrumentos del DOT en Bogotá y los mecanismos de captación de valor de suelo.

1. Aproximación teórica al modelo de Desarrollo Orientado al Transporte Sostenible (DOT)

La relación entre el desarrollo de las ciudades y el transporte y su infraestructura es inescindible, como da cuenta la historia. Un ejemplo de ello es la exposición que realiza Peter Hall en su obra “Ciudades del Mañana: historia del urbanismo en el Siglo XX”, en la cual explora las visiones y los procesos de transformación de ciudades anglosajonas desde finales del siglo XIX hasta la década de 1980, respecto de la influencia del transporte en la configuración de la ciudad. En el capítulo “La Ciudad de las vías de circunvalación abarrotadas”, Hall explica cómo la expansión de los nuevos sistemas de transporte público, tales como el ferrocarril, el tranvía y el metro, facilitó la ampliación del tejido urbano. No obstante, estas infraestructuras no solo conectaron zonas periféricas con el centro, sino que abrieron la posibilidad de habilitar terrenos que, lejos de destinarse a vivienda asequible, se convirtieron en escenarios propicios para la especulación inmobiliaria. Los nuevos medios de transporte permitieron la creación de barrios habitados principalmente por trabajadores cualificados, lo que incrementó la oferta de vivienda, pero no necesariamente su accesibilidad, por ejemplo, mediante la disposición de vivienda social. Además, según refiere el autor, los promotores inmobiliarios aprovecharon la construcción de líneas de tranvía para impulsar

sus propias operaciones urbanísticas, lo que contribuyó al reemplazo del modelo de “ciudad jardín” por el de “ciudades satélite”, subordinadas funcionalmente a la metrópoli.

Como ejemplo de esta situación, en un caso más cercano, tenemos a la ciudad de Bogotá a finales del siglo XIX, con la puesta en marcha del sistema de tranvía. Al respecto, José Alvear Sanín, al presentar la historia de este sistema de transporte en la ciudad, recoge un texto de la publicación periódica “Papel Periódico Ilustrado”, correspondiente al 1 de mayo de 1885, señalando que:

“La primera línea fue la de Bogotá a Chapinero, que mereció el siguiente comentario:

‘Se puede decir que va mayor número de personas a Chapinero en los carros del tranvía en una semana, que iba antes en seis meses’.

La línea a Chapinero empezó a estirar a Bogotá hacia el norte y la Compañía del Tranvía adquirió terrenos en esa localidad para la:

‘(...) edificación de casas y quintas modernas, bajo un plan por el cual personas de rentas módicas pueden hacerse dueñas de una finca y de proporcionar a los paseantes y vecinos de Chapinero algunas diversiones agradables, pues que una de las grandes faltas de que adolece la sociedad de Bogotá es la de diversiones populares decentes’.”⁴.

Igualmente, en Colombia resulta emblemático el caso de la ciudad de Honda, en el departamento del Tolima, que tuvo un floreciente desarrollo urbano por su cercanía al río Magdalena y su vocación como vía de transporte fluvial, que conllevó a que se convirtiera en el principal puerto fluvial del país

⁴ Sanín, José Alvear. 2008. Historia del transporte y la infraestructura en Colombia (1492-2007). Bogotá D.C: Ministerio del Transporte. Pág. 499.

y uno de los más importantes centros de intercambio comercial desde el siglo XVII hasta finales del siglo XIX con la llegada del Ferrocarril de la Sabana y, posteriormente, el Ferrocarril de Antioquia.

Estos casos se enuncian de manera somera para ilustrar como el transporte ha influido en la configuración de las ciudades, pero también, escenarios en los cuales el transporte y su infraestructura obedecen a las dinámicas económicas y sociales de tales territorios. Por ello, esa relación universal, que en este texto se ha calificado como inescindible, ha sido objeto de estudio, de teorización, de formulación de modelos y de intentos de concreción en políticas públicas, normas e instrumentos de planeación a lo largo del tiempo.

Uno de estos modelos, el que nos ocupa en el presente artículo, es el modelo DOT⁵, que propende por la articulación de la planeación de las ciudades con la planificación del transporte público masivo. Para ello, se busca la interacción de componentes urbanos, tales como el uso y ocupación de suelo, la distribución de espacios públicos y la promoción de actividades económicas con los sistemas de movilidad para lograr una morfología compacta en la cual se localice vivienda, comercio y servicios alrededor de la infraestructura de transporte público masivo⁶.

La problemática que busca atender es la originada en la distancia que existe entre los lugares de vivienda y los centros que concentran la infraestructura de servicios (transporte, educación, salud), lo que conlleva dificultad para que los habitantes de una ciudad puedan hacer uso efectivo de los mismos y con ello, una falta de acceso a oportunidades y desarrollo.

En ese sentido, una de las primeras nociones de DOT se remonta a 1993, con el trabajo del arquitecto urbanista Peter Calthorpe, en su obra “The Next American Metropolis: Ecology, Community, and the American Dream” quien lo asimiló a un barrio o comunidad que fomenta usos mixtos del suelo dentro de una distancia promedio que debe ser caminable desde un nodo o parada de transporte público y con áreas de comercio y empleo cerca de una estación. Es preciso resaltar que, bajo esta perspectiva, tal carácter mixto no

⁵ “Transit Oriented Development” o TOD, por sus siglas en inglés.

⁶ IDOM Consulting, Jason Hobbs, Carolina Baima, and Renata Seabra 2021. Desarrollo Orientado al Transporte: cómo crear ciudades más compactas, conectadas y coordinadas. Alves, Dalve Alexandre Soria, Karisa Ribeiro, and Mario R. Durán Ortiz, eds. <https://doi.org/10.18235/0003079>, Pág. 14.

se limita a los usos residenciales, comerciales y administrativos, sino que también abarca el uso de espacios públicos. Esta perspectiva se inscribe en el movimiento del “Nuevo Urbanismo”, crítico del modelo suburbial estadounidense y su dependencia del uso del automóvil.

El Nuevo Urbanismo es un movimiento de planificación y diseño urbano surgido como crítica al modelo funcionalista del urbanismo moderno, particularmente al promovido por la Carta de Atenas. Está orientado por la búsqueda de una reorganización de las ciudades basada en el diseño compacto, la mezcla de usos del suelo, la movilidad sostenible y la recuperación del espacio público como eje de la vida comunitaria. En contraste con la expansión suburbana propia de muchas ciudades del siglo XX, defiende una ciudad más densa, diversa y cohesionada, en la que las personas puedan habitar, trabajar, estudiar y recrearse en un entorno accesible y humano. Su propuesta está orientada a la reconstrucción del tejido urbano a partir de valores como la proximidad, la integración social y la sostenibilidad ambiental.

Este enfoque busca resolver las problemáticas asociadas al crecimiento urbano disperso, tales como la dependencia del automóvil, la segregación socioespacial y la pérdida de identidad de los entornos urbanos. La “Carta del Nuevo Urbanismo”, emitida en 1997 por el Congreso para el Nuevo Urbanismo, creado por Peter Katz en 1993, promulga esta pretensión y establece unos principios aplicables en tres escalas: (i) a nivel regional, se busca proteger los límites urbanos, preservar la naturaleza y favorecer el desarrollo hacia adentro; (ii) en los barrios y distritos, se promueve la mezcla de usos, la accesibilidad peatonal y la inclusión social; y (iii) en la escala de la manzana y el edificio, se valora el diseño urbano que crea espacios seguros, agradables y coherentes con el entorno local. En conjunto, estos principios buscan recuperar el sentido de comunidad, reforzar la cohesión social y construir ciudades más equitativas, sostenibles y humanas⁷.

⁷ La Carta del Nuevo Urbanismo señala, en su original en inglés, lo siguiente: “*The Congress for the New Urbanism views disinvestment in central cities, the spread of placeless sprawl, increasing separation by race and income, environmental deterioration, loss of agricultural lands and wilderness, and the erosion of society’s built heritage as one interrelated community-building challenge/ We stand for the restoration of existing urban centers and towns within coherent metropolitan regions, the reconfiguration of sprawling suburbs into communities of real neighborhoods and diverse districts, the conservation of natural environments, and the preservation of our built legacy/ We advocate the restructuring of*

A nivel metodológico, el Instituto de Políticas para el Transporte y el Desarrollo (ITDP), propuso ocho principios relacionados con el transporte y el desarrollo urbano en pro de ciudades más sustentables y con mayor calidad de vida, que son los siguientes y que, a su vez, funcionan como criterios de evaluación de la gestión realizada por estas: caminar, pedalear, conectar, transportar, mezclar usos de suelo, densificar, compactar o localizar el desarrollo en o alrededor de un centro urbano existente y por último, cambiar, esto es, minimizar el espacio ocupado por automóviles y promover alternativas de transporte⁸.

Sin embargo, su implementación ha evidenciado tensiones entre su ser y su deber ser: algunos desarrollos han reproducido lógicas excluyentes, careciendo de accesibilidad real para distintos grupos sociales o siendo ejecutados en territorios previamente no urbanizados, lo que contradice su vocación de renovación urbana. Así, la tensión de antaño existente entre un modelo de producción de espacio urbano compacto y el disperso, sigue a la orden del día⁹.

De manera más reciente, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo han ampliado el alcance de la noción de DOT al relacionarlo con la sostenibilidad y la gobernanza de las ciudades. Desde esa lectura, el DOT rebasa su idea fundacional de diseño y planeación alrededor de la infraestructura de transporte, para extenderla a una visión estratégica de ciudad que combina instrumentos de planificación, gestión del suelo y

public policy and development practices to support the following principles: neighborhoods should be diverse in use and population; communities should be designed for the pedestrian and transit as well as the car; cities and towns should be shaped by physically defined and universally accessible public spaces and community institutions; urban places should be framed by architecture and landscape design that celebrate local history, climate, ecology, and building practice”.

⁸ Instituto de Políticas para el Transporte y el Desarrollo (ITDP). 2017. DOT Estándar. En: <https://itdp.org/wp-content/uploads/2017/06/DOT-Estandar-V3.0.pdf>

⁹ Un ejemplo de estos efectos se expone en la investigación de Rodríguez y Vergel, “Desarrollo urbano orientado a los sistemas de transporte público masivo tipo BRT (Bus Rapid Transit) en Quito y Bogotá”, en relación con la incidencia de los proyectos de transporte masivo en el precio del suelo y la vivienda social: “Los costos en transporte van a la par con los costos en vivienda. Una consecuencia que es de esperar como resultado de las fuerzas del mercado del suelo y la mejor accesibilidad es un aumento en los precios del suelo. Los precios del suelo suelen ser una barrera para el desarrollo de viviendas de interés social cerca de los corredores del sistema tipo BRT”.

coordinación intersectorial para orientar inversión pública y obtener beneficios urbanos que devienen de la accesibilidad. Aunado a ello, a la luz de criterios de sostenibilidad, prioriza los desplazamientos no motorizados como el caminar y la bicicleta con fines ambientales, económicos y de equidad social, para lo cual precisa de conectividad a través del espacio público. La definición de DOT presentada por Susuki, Cervero e Iuchi, recoge de manera más precisa estas ideas: “[d]esarrollo compacto, de uso mixto y amigable para los peatones, que se organiza alrededor de una estación de transporte público. El DOT abraza la idea de que encontrar servicios, empleo, tiendas y vivienda alrededor de las centrales de transporte y promueve el uso del transporte público y no motorizado”¹⁰.

En esa línea, la Nueva Agenda Urbana, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Vivienda y Desarrollo Urbano Sostenible (Hábitat III) en Quito, Ecuador, el 20 de octubre de 2016, manifiesta, entre otros compromisos que, para su aplicación efectiva:

114. Promoveremos el acceso de todos a unos sistemas de transporte terrestre y marítimo y de movilidad urbana que sean seguros, asequibles, accesibles y sostenibles y tengan en cuenta las cuestiones de edad y género, que hagan posible una participación significativa en las actividades sociales y económicas en las ciudades y los asentamientos humanos, mediante la integración de los planes de transporte y movilidad en las planificaciones urbanas y territoriales y la promoción de una amplia gama de opciones de transporte y movilidad, en particular mediante el apoyo a:

a) Un crecimiento significativo de las infraestructuras de transporte público accesibles, seguras, eficientes, asequibles y sostenibles, así

¹⁰ Hiroaki Suzuki, Robert Cervero y Kanako Iuchi. 2014. Transformando las ciudades con el transporte público: integración del transporte público y el uso del suelo para un desarrollo urbano sostenible. Bogotá: Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes: Findeter; Washington, D. C.: World Bank.

como opciones no motorizadas como la circulación peatonal y en bicicleta, a las que se dará prioridad frente al transporte motorizado privado;

b) Un “desarrollo orientado al tránsito” equitativo que reduzca al mínimo los desplazamientos, en particular los de los pobres, y prime la vivienda asequible para grupos de ingresos mixtos y una combinación de empleos y servicios;

c) Una planificación mejor y coordinada del transporte y el uso de la tierra, que permitiría reducir las necesidades de viaje y transporte y mejorar la conectividad entre las zonas urbanas, periurbanas y rurales, incluidos los cursos de agua, y una planificación del transporte y la movilidad, en particular para los pequeños Estados insulares en desarrollo y las ciudades costeras; (...) ¹¹
(Subrayado propio).

A su vez, frente a la captación de valor generado con los proyectos de infraestructura y las inversiones públicas precisó que:

137. Promoveremos las mejores prácticas para captar y compartir el aumento del valor de la tierra y los bienes resultante de los procesos de desarrollo urbano, los proyectos de infraestructura y las inversiones públicas. Quizá podrían ponerse en práctica medidas como políticas fiscales relativas a los beneficios, según proceda, a fin de impedir que estos reviertan exclusivamente en el sector privado y que se especule con tierras y bienes raíces. Reforzaremos el vínculo entre los sistemas fiscales y la planificación urbana, así como los instrumentos de gestión urbana, incluida la regulación del mercado de tierras. Trabajaremos para garantizar que los esfuerzos por generar finanzas basadas en la

¹¹ Ibid. Pág. 34

tierra no resulten en un uso y consumo insostenibles de la tierra. (Subrayado propio)

De lo anterior se desprende que el modelo de Desarrollo Orientado al Transporte Sostenible (DOT) se presenta como una respuesta integral a los desafíos que de antaño se han venido presentando en la relación entre la planeación territorial y la movilidad. Sus ideas de compacidad, mezcla de usos, accesibilidad y sostenibilidad fungen como respuesta a algunos efectos negativos de un modelo de ciudad dispersa.

A partir de la articulación entre el transporte público masivo y la planificación urbana, el DOT propone un enfoque que supera la dimensión del diseño físico, incorporando dimensiones de gobernanza, equidad territorial y gestión del suelo, como lo reconocen organismos multilaterales y marcos internacionales como la Nueva Agenda Urbana. En consecuencia, se consolida como un modelo estratégico que busca reconfigurar las ciudades mediante la integración efectiva entre infraestructura de transporte, políticas públicas e instrumentos de planificación, en aras de la equidad, la eficiencia y la sostenibilidad.

2. Experiencias de aplicación del modelo de Desarrollo Orientado al Transporte: el caso de Curitiba (Brasil)

Para efectos de revisar cómo se concretó este enfoque en proyectos de planeación, se presentarán las experiencias de la ciudad de Curitiba. Como punto de partida, es necesario advertir que la implementación del DOT en la ciudad de Curitiba es un caso emblemático, toda vez que se remonta a la década de 1960, mucho antes de que se acuñara conceptualmente el modelo DOT, cuando, a través del Plan Maestro de la ciudad (1965), se propendió por la densificación y el uso mixto del suelo en las áreas circundantes a los corredores del transporte público masivo tipo BRT, siendo la primera ciudad en acoger este sistema, en 1974¹². Para concretarlo, a nivel regulatorio se expidieron las Leyes N.º 4199/1972 y 5.234/1975 a través de las cuales se determinaron zonas de alta densidad a lo largo de los corredores de Bus de

¹²<https://www.c40.org/case-studies/c40-good-practice-guides-curitiba-bus-rapid-transit-modernisation/>

Tránsito Rápido (BRT, por sus siglas en inglés) para uso residencial y comercial, así como zonas de densidad media-alta sobre las áreas próximas a los corredores del sistema¹³.

Como señalan Susuki, Cervero e Iuchi:

“La construcción orientada al transporte de Curitiba se origina en una buena planeación urbana. Al principio del proceso de planeación, los líderes de Curitiba adoptaron un plan maestro que buscó canalizar el crecimiento a lo largo de corredores designados, combinar diferentes usos del suelo, intensificar la urbanización en las estaciones principales de BRT e introducir diseños urbanos de alta calidad que favorecían el acceso peatonal al corredor del BRT”¹⁴.

El éxito del DOT en Curitiba, representado en el BRT, no solo radicó en su diseño técnico, sino en el hecho de que fue contemplado en el plan maestro de la ciudad, contando además con el respaldo de múltiples actores. A nivel macro, la ciudad adoptó una estrategia de crecimiento urbano restringido a corredores de transporte, donde se propugnó por controlar la densificación y estimular a los constructores a que desarrollan edificaciones en altura cerca de los corredores. De otro lado, a nivel micro, se implementaron incentivos directos, como subsidios otorgados por algunos empleadores a sus trabajadores para el uso del BRT, fortaleciendo el vínculo entre movilidad sostenible y actividad económica.

Bajo esas acciones, la ciudad ha diseñado una forma urbana densa y lineal que aprovecha al máximo el transporte público y promueve usos mixtos del suelo. No obstante, el sistema ha comenzado a evidenciar limitaciones

¹³ JFP & Asociados- Derecho Urbano, Departamento Nacional de Planeación & Ministerio de Transporte (2024). Kit Fuentes Alternativas de Financiación Asociadas al Desarrollo Urbano para Sistemas de Transporte Público. Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH.

¹⁴ Hiroaki Suzuki, Robert Cervero y Kanako Iuchi. 2014. Transformando las ciudades con el transporte público: integración del transporte público y el uso del suelo para un desarrollo urbano sostenible. Bogotá: Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes: Findeter; Washington, D. C.: World Bank., Pág. 41.

operativas, como el hacinamiento en horas pico, que ha reducido su atractivo para los usuarios. A pesar de propuestas para introducir trenes ligeros, las dificultades financieras han retrasado su implementación. En respuesta, Curitiba ha desarrollado nuevas iniciativas como la Línea Verde, un corredor BRT sobre una antigua autopista federal, cuyo desarrollo urbanístico incorpora criterios DOT y transformación de suelos industriales en áreas mixtas habitables. Además, se han promovido leyes para preservar franjas verdes en estos corredores, ofreciendo beneficios a desarrolladores que contribuyan con parques lineales y espacios públicos, afianzando la visión integral de sostenibilidad urbana¹⁵.

Ahora bien, pese a que el modelo DOT en Curitiba ha generado, como se ha sostenido, beneficios en accesibilidad y movilidad, en su aplicación ha evidenciado contradicciones de cara a sus objetivos de equidad. La planificación articulada del uso del suelo y el sistema de transporte ha facilitado la acumulación de capital y la valorización del suelo urbano a lo largo de los ejes estructurales, siendo los propietarios y desarrolladores los más beneficiados. Esta dinámica ha contribuido al incremento de los costos del suelo aledaño a la infraestructura de transporte, lo que dificulta el acceso de ciudadanos de menores ingresos a estas zonas, lo que deviene en procesos de desplazamiento hacia asentamientos localizados en la periferia.

3. Los bienes públicos como generadores de valor en el modelo DOT

De las ideas y conceptos esbozados hasta este punto, es claro que existe una relación esencial entre la infraestructura y los bienes de propiedad pública, debido a la identidad existente entre ellos. Por ello, de cara al modelo DOT, no resulta exagerado afirmar que los bienes públicos adquieren el carácter de eje del desarrollo urbano, además de ser los elementos o la base en la que reposa su viabilidad jurídica, económica y social.

Atendiendo a la finalidad de concentrar usos mixtos de suelo en torno a la infraestructura de transporte, los bienes de naturaleza pública son el pilar del modelo: la infraestructura de transporte que se presenta como el nodo de atracción corresponde en principio a bienes públicos, como lo sería, a su vez, el espacio circundante y el suelo sobre el cual está edificada la infraestructura.

¹⁵ Ibid.

Así pues, resulta pertinente en este punto referir la financiación de la infraestructura, que es el centro del DOT. Para ello, se parte de la premisa de que es necesario ver más allá de los modelos tradicionales de financiación de la estructura pública, por ejemplo, los esquemas de contrato de obra pública y la concesión de obra pública en tanto recursos públicos y privados respectivamente, para extender la mirada a nuevos modelos de financiación que permitan una mayor participación del sector privado, tales como Asociación Público-Privada (APP), *Project Finance*, titulización y leasing público, entre otros¹⁶.

A su vez, en la revisión del modelo DOT, se advierte la vocación de los bienes públicos como generadores de valor y, de manera simultánea, la base para la implementación de instrumentos para su captura. La accesibilidad generada por el desarrollo alrededor del transporte masivo produce incrementos significativos del valor del suelo que, si bien resultan de provecho para los propietarios del suelo privado en la zona de influencia, a su vez, al amparo del principio de reparto de cargas y beneficios¹⁷, conllevan contraprestaciones a favor de la administración. Bajo esta perspectiva, los recursos que devienen de ese valor generado por los bienes públicos que conforman la infraestructura, está llamado a financiar su mejoramiento y la construcción de nueva estructura, además de la adquisición de suelo que puede destinarse a usos como la vivienda, el comercio y servicios o dotacional.

En suma, la captación de valor de suelo resulta primordial para la financiación de infraestructura, siendo importante para la administración de las ciudades desarrollar mecanismos o instrumentos de captura que atiendan a

¹⁶ De la Riva, Ignacio. Nuevos modelos de financiación de infraestructuras públicas. Revista Digital de derecho Administrativo. 17 (ene. 2017), 193–212. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n17.11>.

¹⁷ Con base en sus disposiciones constitucionales, la legislación colombiana, en particular la Ley n.º 388/1997, consagra tres principios del ordenamiento del territorio: (i) función social y ecológica de la propiedad; (ii) prevalencia del interés general sobre el particular y; (iii) reparto equitativo de cargas y beneficios. Este último, pretende lograr un desarrollo urbano y territorial equitativo, donde los costos y beneficios asociados con la transformación y uso del suelo sean distribuidos de manera justa entre la comunidad y los diferentes actores involucrados. En términos generales, este principio establece que cuando se toma una decisión que afecta el desarrollo territorial, como la aprobación de un proyecto urbanístico, las cargas derivadas de dicha decisión y los beneficios resultantes deben distribuirse de manera equitativa entre la entidad territorial, los particulares promotores del proyecto y la comunidad.

su propio contexto urbano, de manera paralela o complementaria a los de naturaleza tributaria:

“(…) aun cuando los mecanismos de captura de plusvalías no son intrínsecamente de naturaleza fiscal recaudatoria, es decir consistentes en su aplicación en el tiempo, con cobertura universal y destinados a financiar la gestión de la ciudad, como sí lo son otros impuestos locales, incluyendo el predial o impuestos a la actividad económica, estos mecanismos generan recursos suficientes o parcialmente satisfactorios para recuperar los costos de inversión en proyectos de infraestructura urbana. Asimismo, en la otra cara de la moneda, las estrategias de captura sirven para reducir la carga potencial que el desarrollo urbano pueda generar en el presupuesto de gastos de capital de la ciudad, y en los posibles incrementos de impuestos futuros para financiarlo”¹⁸.

En este punto, conviene evocar el concepto de recuperación de plusvalía, esto es, el aumento del valor del suelo que obedece a acciones públicas y la captura de ese valor para destinar tales recursos a la financiación de proyectos de desarrollo urbano y territorial. Furtado y Acosta lo precisan de la siguiente manera:

“La recuperación de plusvalías de suelo urbano se refiere al proceso por el cual el sector público obtiene la totalidad o una parte de los incrementos del valor del suelo atribuidos a los “esfuerzos de la comunidad” más que a la acción individual de los propietarios. La recuperación de estos incrementos

¹⁸ Blanco Blanco, Andrés; Carrión, Diego; Fretes Cibils, Vicente; Hurtado Tarazona, Adriana; Mendive, Carlos; Muñoz Miranda, Andrés; Ortiz, Juan Pablo; Pérez, Carlos A., Reese, Eduardo y Sandroni, Paulo . 2016. Expandiendo el uso de la valorización del suelo: La captura de plusvalías en América Latina y el Caribe. <https://doi.org/10.18235/0012751>

“inmerecidos” puede realizarse mediante su conversión en recursos públicos bajo la forma de impuestos, contribuciones, gravámenes y otros mecanismos fiscales o mediante su inversión en mejoras locales para el beneficio de la comunidad. (...)

Esta noción debe ser entendida de forma más amplia que la simple utilización de instrumentos para la recuperación de plusvalías urbanas, incluyendo un universo superior al que puede abarcar el término “recuperación”. Conceptualmente, se está considerando tanto la actuación urbanística propositiva por parte del poder público como la actividad reguladora permanente de distribución de las plusvalías urbanas generadas”¹⁹.

De lo anterior se colige que la financiación de la infraestructura no recae ya exclusivamente de esquemas tradicionales, sino que se articula con instrumentos de captura de plusvalías que permiten reinvertir en la ciudad el valor generado por acciones públicas, dando aplicación al principio de reparto de cargas y beneficios. Así, la recuperación del valor del suelo se consolida como un componente estructural del DOT, que resulta indispensable para asegurar su sostenibilidad financiera, jurídica y social. Ahora bien, para efectos de revisar cómo el modelo DOT y su tratamiento de los bienes públicos se ha concretado en la normativa colombiana, se acudirá a la figura de los PRUMS, de reglamentación reciente en la ciudad de Bogotá D.C.

4. Los PRUMS como instrumentos del DOT en Colombia

El fundamento normativo de la figura se halla en los artículos 209, 287 y 311 de la Constitución Política colombiana relativos, respectivamente, a la función administrativa, la autonomía de las entidades territoriales para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la Carta Política y la ley, así

¹⁹ Furtado, Fernanda y Acosta, Claudia. 2017. Recuperación de plusvalías urbanas en Brasil, Colombia y otros países de América Latina: Legislación, instrumentos e implementación. Lincoln Institute of Land Policy.

como la función de los municipios para prestar servicios públicos, construir obras que demande el desarrollo local, ordenar su territorio y promover el mejoramiento social y cultural de sus habitantes, entre otras.

Estas disposiciones fueron recogidas en la Ley n.º 388/1997²⁰, que consigna en su artículo 3 la finalidad de la función pública del urbanismo, siendo uno de sus fines:

(...) [P]osibilitar a los habitantes el acceso a las vías públicas, infraestructuras de transporte y demás espacios públicos, y su destinación al uso común, y hacer efectivos los derechos constitucionales de la vivienda y los servicios públicos domiciliarios, propender por el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación del patrimonio cultural y natural (...)

En su artículo 8, la ley en cita establece que la acción urbanística “entendida como las decisiones administrativas relacionadas con el ordenamiento del territorio y la intervención en los usos del suelo” el medio por el cual las entidades ejercen el ordenamiento del territorio. Ahora bien, para concretar la planeación inherente al ordenamiento, la ley prevé el Plan de Ordenamiento Territorial (POT) como el instrumento básico que contiene los objetivos, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas que orientan el desarrollo físico del territorio y la utilización o usos del suelo.

Frente al tema que nos ocupa, es preciso mencionar que la figura del Proyecto de Renovación Urbana para la Movilidad Sostenible (PRUMS) está contemplado en el POT de Bogotá, adoptado en el Decreto 555 de 2021²¹.

En su artículo 163, el POT lo define de la siguiente manera:

Artículo 163. Proyectos de renovación urbana para la movilidad sostenible. Son aquellos que se desarrollan en torno a los componentes del espacio

²⁰ Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989, y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones.

²¹ Por el cual se adopta la revisión general del Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá, D.C.

público para la movilidad y las redes de transporte dentro de las cuales se encuentra la infraestructura vial y de transporte del Distrito, con el objetivo de mejorar las condiciones urbanísticas y aprovechar las oportunidades generadas por la construcción y entrada en operación de los sistemas de transporte urbano. En el desarrollo de estos proyectos se debe aplicar criterios de desarrollo orientados al transporte sostenible -DOT- para mejorar las condiciones urbanísticas en la escala de proximidad (...).

De otro lado, el artículo 164 relativo a la delimitación del Proyecto de renovación urbana para la movilidad sostenible, dicta que será el decreto que adopte el instrumento el llamado a definir el modelo de gestión y financiación del proyecto, el operador urbano y las entidades vinculadas a su ejecución de conformidad con las disposiciones del POT. Señala que en estos proyectos se podrán utilizar mecanismos que permitan la captura de valor y esquemas de recuperación del valor residual de las concesiones y los demás que se implementen en el marco del POT.

Como se colige de los artículos 165 y 166 del POT, el régimen normativo de los PRUMS se estructura a partir de una clasificación de las actividades que pueden desarrollarse en las infraestructuras y en sus ámbitos de influencia: (i) En primer lugar, se reconocen los servicios inherentes, estrictamente necesarios para la administración, operación y mantenimiento de la infraestructura, cuya edificabilidad y volumetría se limitan a los requerimientos funcionales y no generan obligaciones urbanísticas; (ii) de otro lado, se encuentran los servicios conexos, orientados a dotar de multifuncionalidad a la infraestructura y a complementar la prestación de servicios de movilidad con servicios sociales, de cuidado y otros servicios urbanos, los cuales pueden alcanzar índices de construcción relevantes sin exigencia de cargas urbanísticas adicionales. Finalmente, (iii) se admiten usos del suelo para la inserción urbana de las infraestructuras, correspondientes a los usos permitidos en las áreas de actividad donde estas se localizan, que pueden desarrollarse tanto en los predios de la infraestructura como en áreas

adicionales del proyecto, con edificabilidades básicas diferenciadas según su localización.

Este esquema habilita un aprovechamiento edificatorio significativo sobre suelo público, particularmente en entornos de movilidad sostenible, sin tratarlo como una excepción al régimen urbanístico general, sino como una pieza estructural del modelo de ciudad. No obstante, dicho aprovechamiento se encuentra condicionado por exigencias de calidad urbana, en especial lo atinente al espacio público.

Los PRUMS imponen la generación de áreas libres de acceso y circulación ciudadana y de nuevo espacio público, con porcentajes variables según la escala de la actuación, asegurando siempre una proporción mínima de superficies blandas. A su vez, se exige la recualificación de áreas preexistentes con acceso público y la intervención de los andenes y franjas colindantes, garantizando la integración efectiva de la infraestructura con su entorno urbano, sin que en ningún caso se permita la disminución de la cantidad o calidad del espacio público existente.

Llama la atención que el régimen de los PRUMS incorpora una dimensión social explícita, al establecer que una parte de las áreas construidas destinadas a servicios conexos y usos debe orientarse a la prestación de servicios sociales y del cuidado, ya sea dentro del mismo proyecto o mediante la cesión o transferencia de otros predios públicos adquiridos para infraestructura. Esta obligación vincula directamente los proyectos de movilidad con la Estructura Funcional y del Cuidado²², ampliando su alcance más allá de la mera eficiencia del transporte y reforzando su carácter redistributivo.

En ese sentido, la Alcaldía Mayor de Bogotá expidió el Decreto 558 de 2023²³, en el cual precisó los requisitos y condiciones para la delimitación,

²² El POT de Bogotá D.C, en su artículo 88 define la Estructura Funcional y del cuidado como “soporte del territorio y garante del derecho a la ciudad para todas las personas, ya que de esta depende la accesibilidad a sus servicios, la conectividad entre los diversos territorios de Bogotá y fuera de Bogotá, la prestación de todos los servicios de inclusión y cuidado, y el goce y disfrute del espacio público (...)”.

²³ Por medio del cual se precisan los requisitos y condiciones para la delimitación, formulación, adopción y ejecución de las Actuaciones Estratégicas y los Proyectos de Renovación Urbana para la Movilidad Sostenible -PRUMS de que trata el Decreto Distrital 555 de 2021, así como definir las funciones de los operadores urbanos públicos en las labores de coordinación de dichas actividades, ejecución y operación y se dictan otras disposiciones.

formulación, adopción y ejecución de las Actuaciones Estratégicas y PRUMS. No obstante, esta norma fue derogada por el Decreto 670 de 27 de diciembre de 2025²⁴.

Este último, consagró la figura de los PRUMS como instrumentos complejos de gestión urbana, en los que confluyen, de manera articulada, el uso estratégico de bienes públicos y la aplicación de mecanismos de captura de valor del suelo, en línea con los postulados del DOT.

En relación con el uso de los bienes públicos, el decreto introduce una habilitación normativa expresa para que los predios de propiedad pública adquiridos por su uso, destino o afectación para la operación del sistema de transporte puedan ser delimitados directamente como PRUMS mediante acto administrativo del operador urbano competente²⁵. Esta previsión supone un desplazamiento del entendimiento tradicional del bien público como soporte exclusivo de una función sectorial, y lo integra en una visión más amplia de gestión del suelo, en la que dichos bienes pueden incorporarse a proyectos de renovación urbana sin perder su carácter público, ni su finalidad colectiva.

Cuando se trata de predios públicos que no cumplen estrictamente la condición de haber sido adquiridos para la operación del sistema de transporte, o de predios privados localizados en el ámbito del proyecto, el decreto mantiene un mayor nivel de control institucional, exigiendo que la delimitación del PRUMS sea adoptada mediante decreto del Alcalde Mayor, previa propuesta del operador urbano y trámite ante la Secretaría Distrital de Planeación²⁶. De esta distinción normativa se observa que el decreto en comento no desnaturaliza el régimen jurídico de los bienes públicos, sino que establece distintos niveles de habilitación según la relación funcional del predio con la infraestructura de transporte, preservando la competencia decisoria del nivel central del Distrito en los casos que revisten una mayor complejidad.

Respecto de los instrumentos de captura de valor del suelo, el Decreto 670 refuerza la idea de que los PRUMS fungen como dispositivos de financiación urbana²⁷. La norma dispone que los aprovechamientos

²⁴ Por medio del cual se expide el Decreto único Distrital del Ordenamiento Territorial de Bogotá D.C.

²⁵ Num 1, art. 591 del Decreto Distrital 670/2025.

²⁶ Num.2, art. 591 del Decreto Distrital 670/2025.

²⁷ Art. 652 del Decreto Distrital 670/2025.

urbanísticos definidos en el marco de estos proyectos constituyen la base para la aplicación de una batería de instrumentos de captura de valor, orientados a garantizar el cierre financiero de las actuaciones, habilitar su ejecución y asegurar la generación efectiva de bienes y servicios públicos.

El decreto refiere expresamente a los instrumentos previstos en el componente de financiación y gestión del POT, entre los cuales se encuentran las obligaciones urbanísticas en suelo o en dinero, los pagos compensatorios, el reparto equitativo de cargas y beneficios, y el uso de derechos de construcción y desarrollo como formas de remuneración del suelo. Un ejemplo concreto de esta lógica es la regulación del pago compensatorio en dinero, cuyo cálculo se estructura a partir del área del terreno, el valor de referencia catastral y el índice de construcción efectivo, lo que evidencia una relación directa entre mayor aprovechamiento urbanístico y mayor contribución al financiamiento de lo público.

Así pues, los PRUM, previstos en el Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá, parten de una concepción amplia de la infraestructura de movilidad y de servicios públicos, entendida no como un elemento exclusivamente técnico u operativo, sino como un soporte urbano sobre el cual recaen varias funciones y que es capaz de articular transporte, espacio público, usos urbanos, servicios sociales y sistemas de cuidado. En esta lógica, los predios públicos adquiridos para la operación de los sistemas de transporte, así como las áreas adicionales que se delimiten como parte de estos proyectos, pueden ser objeto de intervenciones urbanas integrales, desarrolladas mediante proyectos públicos o esquemas público privados, en los que el Estado asume un rol activo como gestor del suelo y del aprovechamiento urbanístico.

Se anota que los PRUMS presentan una alta flexibilidad instrumental, que permite el uso de mecanismos como el derecho real de superficie sobre bienes fiscales, el cumplimiento de obligaciones urbanísticas y la reconfiguración del espacio público a través de licencias de reurbanización. Los instrumentos previstos para los PRUMS, esto es, la participación en plusvalías, la contribución por valorización, derecho real de superficie y obligaciones urbanísticas, no cumplen una función solo habilitante o financiera, sino que ordenan la forma en que el valor urbano generado por bienes públicos es apropiado, redistribuido y reinvertido. Así las cosas, se observa que el análisis de estos instrumentos no puede abordarse de manera aislada, sino a partir de su articulación con una concepción activa del

patrimonio público urbano, en la que la gestión del dominio público se convierte en un componente estructural del modelo de ciudad orientado a la movilidad sostenible.

5. Conclusiones

De lo antes expuesto, resulta viable afirmar que el Desarrollo Orientado al Transporte Sostenible (DOT) no es únicamente una metodología de diseño urbano alrededor de estaciones o corredores de transporte, sino un **modelo integral de estructuración de la ciudad** que articula movilidad, mezcla de usos, compacidad, espacio público, sostenibilidad y, de manera cada vez más relevante, **gobernanza y gestión del suelo**. No obstante, si bien la integración entre planeación urbana y transporte puede producir beneficios importantes en accesibilidad y eficiencia territorial, puede que, ante la ausencia de mecanismos de redistribución efectivos, se incurra en la intensificación de procesos de valorización del suelo que terminen concentrando los beneficios en propietarios y desarrolladores, con riesgos de exclusión y desplazamiento de población de menores ingresos hacia la periferia.

Es, por este efecto indeseado, que el DOT exige instrumentos que aseguren que el valor generado por la infraestructura y la inversión pública revierta en el interés general.

Desde esta perspectiva, cobra sentido una comprensión ampliada de los bienes públicos: en el modelo DOT, la infraestructura de transporte y el espacio público no son solo soportes técnicos, sino **activos urbanos generadores de valor**, cuya existencia explica incrementos de precio del suelo y oportunidades de desarrollo inmobiliario y económico en su entorno. En consecuencia, la sostenibilidad financiera, jurídica y social del modelo requiere de la administración que disponga de **mecanismos de captura de valor** que permitan recuperar, total o parcialmente, los incrementos atribuibles a esfuerzos colectivos, y reinvertirlos en la propia ciudad: en nuevas infraestructuras, mejoras del sistema, adquisición de suelo, vivienda y dotaciones. Esta lógica se enmarca en el principio de reparto de cargas y beneficios, así como con el mandato de la función pública del urbanismo que propende por garantizar acceso efectivo a infraestructuras, espacio público y oportunidades.

En ese sentido, los PRUMS de Bogotá, previstos en el Plan de Ordenamiento Territorial (Decreto 555 de 2021) y reglamentados por el Decreto Distrital 670 de 2025, concretan esa evolución del DOT hacia una **herramienta de gestión urbana integral**. La figura habilita intervenciones en torno a la infraestructura de movilidad sostenible, distingue actividades inherentes, conexas y de inserción urbana, presenta estándares de espacio público y recualificación urbana e incorpora una dimensión social explícita al vincular parte de los aprovechamientos con servicios sociales y del cuidado. Así, el transporte deja de ser un elemento aislado para convertirse en el centro de la renovación urbana y de la redistribución de beneficios.

Finalmente, en el marco de lo dispuesto por el Decreto 670 de 2025, se distinguen dos temas para el análisis del modelo: (i) **el uso estratégico del suelo público** asociado a infraestructura de transporte, habilitando su incorporación a PRUMS bajo reglas diferenciadas según su afectación funcional, y (ii) la comprensión de los PRUMS como **dispositivos de financiación urbana**.

Dada la novedad de la figura, será dentro de un tiempo la oportunidad propicia para evaluar si el modelo ha avanzado, según lo pretendido, hacia una movilidad sostenible con equidad, en cumplimiento de los fines del ordenamiento territorial.

BIBLIOGRAFÍA

Banco Interamericano de Desarrollo (BID). s. f. *Transformando ciudades: desarrollo orientado al transporte en América Latina y el Caribe*.

<https://www.iadb.org/es/blog/desarrollo-urbano-y-vivienda/transformando-ciudades-desarrollo-orientado-al-transporte-en-america-latina-y-el-caribe>

Banco Interamericano de Desarrollo (BID). 2021. *Derecho real accesorio de superficie: instrumento de captura de valor del suelo para la financiación de sistemas de transporte público*. Guía de implementación. Bogotá:

Departamento Nacional de Planeación.
https://onl.dnp.gov.co/Recursos_compartidos/Guia-Derecho-Real-de-Superficie-20211214.pdf

Blanco Blanco, Andrés; Carrión, Diego; Fretes Cibils, Vicente; Hurtado Tarazona, Adriana; Mendive, Carlos; Muñoz Miranda, Andrés; Ortiz, Juan Pablo; Pérez, Carlos A., Reese, Eduardo y Sandroni, Paulo. 2016.

Expandiendo el uso de la valorización del suelo: la captura de plusvalías en América Latina y el Caribe. Washington, D. C.: Banco Interamericano de Desarrollo.

<https://doi.org/10.18235/0012751>

Daher, Ariadne. 2024. “Curitiba: 50 anos de lições do primeiro BRT do mundo.” *Caos* *Planejado*.

<https://caosplanejado.com/curitiba-50-anos-de-lico-es-do-primeiro-brt-do-mundo/>

de la Riva, Ignacio. 2017. “Nuevos modelos de financiación de infraestructuras públicas.” *Revista Digital de Derecho Administrativo* 17 (enero): 193–212.

<https://doi.org/10.18601/21452946.n17.11>

Furtado, Fernanda, y Claudia Acosta. 2017. Recuperación de plusvalías urbanas en Brasil, Colombia y otros países de América Latina: legislación, instrumentos e implementación. Cambridge, MA: Lincoln Institute of Land Policy.

Garcés Medrano, Alex. 2010. La informalidad urbana: aproximaciones teóricas. Cali: Editorial Bonaventuriana, Universidad de San Buenaventura. <https://bibliotecadigital.usb.edu.co/server/api/core/bitstreams/10b93920-9a12-4855-95d1-a6e935eac1ff/content>

Ghidini, Roberto. s. f. Aprendiendo una lección de Curitiba: efectos perversos de una política orientada al transporte público y al medio ambiente. *Boletín CF+S*.

<https://polired.upm.es/index.php/boletincfs/article/download/2817/2879/0>

Hall, Peter. 1996. Ciudades del mañana. Madrid: Ediciones del Serbal.

Henao González, Gloria. 2005. Instrumentos para la recuperación de plusvalías en Bogotá. *Café de las Ciudades*, año 4, n.º 35 (septiembre). https://cafedelasciudades.com.ar/archivo/economia_35_1.htm

Henao González, Gloria; Acosta, Claudia y Hoffman Quintero Juana, eds. 2019. Manual de derecho urbano. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Hernández Moreno, Silverio. 2008. Introducción al urbanismo sustentable o nuevo urbanismo. *Espacios Públicos* 11 (23): 298–307.

IDOM Consulting, Jason Hobbs, Carolina Baima y Renata Seabra. 2021. Desarrollo orientado al transporte: cómo crear ciudades más compactas, conectadas y coordinadas. Editado por Dalve Alexandre Soria Alves, Karisa Ribeiro y Mario R. Durán Ortiz. Washington, D. C.: Banco Interamericano de

Desarrollo.

<https://doi.org/10.18235/0003079>

Jaramillo, Samuel. 2001. La experiencia colombiana en la recuperación estatal de los incrementos del precio del suelo: la contribución de valorización y la participación en plusvalías. En *Recuperación de plusvalías en América Latina: alternativas para el desarrollo urbano*, editado por Martim Smolka y Fernanda Furtado, 71–98. Santiago de Chile: Eurelibros.
<https://www.lincolnst.edu/sites/default/files/pubfiles/recuperacion-de-plusvalias-en-america-latina-full.pdf>

Mayorga Murcia, Laura. 2022. Desarrollo orientado al transporte (DOT): un análisis de la renovación urbana ligada al sistema de transporte masivo en Bogotá (2000–2022). Tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia.
<https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/88831>

Ospina-Tascón, Juan José, Edwin Peñaloza Kairuz y Carlos A. Velandia Silva. 2019. El río Magdalena en el crecimiento histórico de Honda (Colombia): un caso atípico de morfología urbana en América Latina. En *Hábitat, paisaje y territorio del Tolima*, coordinado por Carlos A. Velandia Silva, 93–115. Ibagué: Ediciones Unibagué.
<https://doi.org/10.35707/978958754328504>

Pimiento Echeverri, Julián. 2019. El aprovechamiento económico de los bienes de uso público. *Revista Digital de Derecho Administrativo* 22 (junio): 35–59.
<https://doi.org/10.18601/21452946.n22.03>

Rincón Córdoba, Jorge Iván y Manosalva Cabezas, Nicolás. Eds. 2020. Ordenación del territorio, ciudad y derecho urbano: competencias, instrumentos de planificación y desafíos. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez, Daniel A., y Erik Tovar. 2019. “Sistemas de transporte público masivo tipo BRT y desarrollo urbano en América Latina.” *Lincoln Institute of Land Policy*.
<https://www.lincolnst.edu/publications/articles/sistemas-transporte-publico-masivo-tipo-brt-bus-rapid-transit-desarrollo>

Rodríguez, Daniel A., y Erik Vergel, con apoyo de William Fernando Camargo Triana. 2014. Desarrollo urbano orientado a los sistemas de transporte público masivo tipo BRT en Quito y Bogotá. Cambridge, MA: Lincoln Institute of Land Policy.

https://www.lincolninst.edu/app/uploads/2024/04/2456_1803_Rodriguez20WP14DR1SP.pdf

Salazar, José. 2010. Ordenamiento urbano y consolidación de políticas del suelo. En *Las ciudades del mañana: gestión del suelo urbano en Colombia*, editado por Torres, Patricia y García, María Cristina. Washington, D. C.: Banco Interamericano de Desarrollo. <https://publications.iadb.org/es/las-ciudades-del-manana-gestion-del-suelo-urbano-en-colombia>

Sanín, José Alvear. 2008. Historia del transporte y la infraestructura en Colombia (1492–2007). Bogotá, D. C.: Ministerio de Transporte. https://web.mintransporte.gov.co/jspui/bitstream/001/10409/1/Historia%20del%20transporte%20y%20la%20infraestructura%20en%20Colombia_compressed.pdf

Suzuki, Hiroaki, Cervero, Robert y Iuchi, Kanako. 2014. Transformando las ciudades con el transporte público: integración del transporte público y el uso del suelo para un desarrollo urbano sostenible. Bogotá: Ediciones Uniandes; Washington, D. C.: World Bank.

Normas y sentencias

Constitución Política de Colombia

Ley n.º 9/ 1989

Ley n.º 388/1997

Distrital Distrital n.º 555 / 2021(Bogotá D.C)

Decreto Distrital n.º 670/2025 (Bogotá D.C)

Corte Constitucional. Sentencia C-189/06

Corte Constitucional. Sentencia C-043 de 2001

Notas de prensa y sitios web

ArchDaily. 2021. ¿Qué es el nuevo urbanismo?

<https://www.archdaily.cl/cl/955929/que-es-el-nuevo-urbanismo>

TransMilenio impulsará proyectos de vivienda en Bogotá. En: <https://laud.udistrital.edu.co/bogotaentrevista/transmilenio-impulsara-proyectos-de-vivienda-en-bogota>

Concejo de Bogotá D.C. Concejo propone que el 95 % de la plusvalía urbana quede en manos del Distrito. Boletín No 022 del 31 de enero de 2026. En

<https://concejodebogota.gov.co/concejo-propone-que-el-95-de-la-plusvalia-urbana-quede-en-manos-del/cbogota/2026-01-31/143358.php>

UNA PROPUESTA PARA MEJORAR LA EFICACIA Y EFICIENCIA DE LAS INFRAESTRUCTURAS VIARIAS: COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN

Carmen de Guerrero Manso

Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza (España). Doctora en Derecho y Máster en Urbanismo. Directora de la Cátedra del Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud (IACS) de nuevas formas de gestión pública de investigación e innovación en salud a través de la contratación. Ha realizado estancias de investigación en Reino Unido (Sheffield), Francia (París) e Italia (Milán). Miembro de diversas redes de investigación y foros: Observatorio de Contratación Pública; Red europea de juristas expertos en compra pública de innovación EAFIP; Foro de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón; Red Internacional de Bienes Públicos; Observatorio de Políticas Ambientales; Asociación Española de Derecho Urbanístico (delegada en Aragón). Co-investigadora principal del grupo de investigación consolidado ADESTER (Administración, Economía, Sociedad y Territorio). Autora de dos monografías, más de 70 artículos y capítulos de libros y coordinadora de la monografía anual del Observatorio de los Contratos Públicos. Ponente habitual en congresos, cursos y jornadas de especialización

Sumario: I. Infraestructuras públicas: centralidad estratégica, desafíos estructurales y potencial transformador de la compra pública de innovación; II. Origen y evolución de la compra pública de innovación como política pública; III. El caso de la Autovía A-8: búsqueda de soluciones innovadoras frente a la niebla persistente mediante compra pública precomercial; 1. Localización y contexto; 2. Identificación del problema y necesidad de una solución innovadora; 3. Inicio del proceso: consulta al mercado y análisis de viabilidad; 4. Proceso de licitación: compra pública precomercial para desarrollar soluciones innovadoras; 5. Criterios de valoración de las ofertas; 6. Lecciones aprendidas; IV. El caso de PROVIAS: demarcación en el pavimento para incrementar durabilidad y visibilidad en vías sinuosas y climas adversos; 1. Contexto institucional y marco del proyecto; 2. Identificación de la necesidad y formulación del reto: de la pintura vial al rendimiento infraestructural; 3. Consulta Pública de Mercado: planificación estratégica y ajuste de funcionalidades; 4. Elección del procedimiento: Asociación para la Innovación; 5. Parámetros técnicos y mejora objetiva de la infraestructura; 6. Derechos de Propiedad Intelectual e Industrial y equilibrio contractual; 7. Lecciones jurídicas y estratégicas; V. Valoración final: la contratación pública de innovación como herramienta de mejora estructural de las infraestructuras; VI. Bibliografía

I. Infraestructuras públicas: centralidad estratégica, desafíos estructurales y potencial transformador de la compra pública de innovación

Las infraestructuras públicas constituyen uno de los pilares materiales del Estado contemporáneo. Carreteras, túneles, puentes, redes ferroviarias, infraestructuras hidráulicas y sistemas energéticos no son meros activos físicos, sino soportes imprescindibles para el ejercicio de derechos fundamentales, el desarrollo económico, la cohesión territorial y la prestación eficaz de servicios públicos esenciales.

En el ámbito del transporte, las infraestructuras viarias y ferroviarias garantizan la movilidad de personas y mercancías, condicionan la competitividad del tejido productivo y desempeñan un papel determinante en la vertebración territorial. En el caso español, la Red de Carreteras del Estado, por ejemplo, soporta un volumen de tráfico que la convierte en infraestructura crítica desde la perspectiva de la seguridad vial y de la continuidad del servicio público. De manera análoga, las redes viarias en contextos latinoamericanos cumplen funciones estructurales en territorios con alta dispersión geográfica y condiciones climáticas adversas, como pone de relieve el caso PROVIAS, que analizaré más adelante.

No obstante, son muchos los retos estructurales que en la actualidad abordan las infraestructuras públicas. Entre ellos podemos destacar cuatro. En primer lugar, el envejecimiento de las obras y el aumento del coste de mantenimiento, el cual conlleva una mayor presión presupuestaria. No puede olvidarse que además de considerar el importe de construir la infraestructura hay que considerar el coste de su futuro mantenimiento, valorando su ciclo de vida completo: construcción, conservación, reparación y eventual reposición, lo cual requiere la búsqueda de modelos de gestión más eficientes.

El segundo gran reto es la seguridad vial. En la siniestralidad de las vías influyen diversas variantes dinámicas, al margen de las condiciones de mantenimiento de las vías, como las condiciones meteorológicas adversas (especialmente la niebla densa y persistente que en determinadas épocas del año dificulta la visión de los conductores) o la concentración de accidentes causados por la fauna silvestre.

En tercer lugar la propia evolución político-normativa atribuye nuevos objetivos a las infraestructuras. Tal es el caso de la transición ecológica y la exigencia de reducción de emisiones y mayor sostenibilidad. Se pretende causar un menor impacto ambiental, con infraestructuras de menor consumo energético y mayor durabilidad de materiales.

En cuarto lugar, la digitalización y la implantación de tecnologías avanzadas, tales como pueden ser sensores, sistemas de monitorización o inteligencia artificial aplicada al tráfico, están transformando la utilización de las infraestructuras. Esta nueva realidad genera datos de usabilidad, detecta puntos conflictivos, sugiere actuaciones de mantenimiento o reforma, y plantea nuevas cuestiones relativas a seguridad digital y gestión de la información.

Estos retos no pueden abordarse únicamente mediante la contratación tradicional basada en contratos de obras diseñados conforme a especificaciones técnicas cerradas. Cuando el mercado no ofrece soluciones plenamente adaptadas a problemas específicos, como mejorar la visibilidad en condiciones extremas de niebla o incrementar la durabilidad de demarcaciones viarias en climas adversos, la mera adquisición de productos existentes resulta insuficiente. Esto es así porque el simple mantenimiento o la construcción de nuevos tramos de vías conforme a criterios tradicionales conlleva un beneficio parcial o temporal, y en ocasiones implica una nueva inversión que casi podría denominarse como simple gasto, abocado a perpetuar los problemas ya detectados.

En este contexto, la compra pública de innovación (en adelante CPI) adquiere una gran relevancia ya que permite transformar la demanda pública en un acicate para el desarrollo tecnológico¹. La CPI articula procedimientos contractuales orientados a desarrollar soluciones que actualmente no están disponibles en el mercado para responder a necesidades reales. Para saber si algo es “innovación” o no podemos recurrir a la definición contenida en artículo 2.1.22 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. Según dicho precepto, la innovación comprende productos, servicios o procesos nuevos o significativamente

¹ No existe una definición única de compra pública de innovación. Sobre este aspecto puede verse De Guerrero Manso (2024: 60-62).

mejorados, incluidos métodos de construcción². De esta manera vemos cómo esta definición resulta especialmente pertinente para el ámbito de las infraestructuras, donde puede materializarse en mejoras técnicas aplicadas a obras ya construidas, como la incorporación de sensores en puentes para monitorizar en tiempo real su comportamiento y planificar mejor su mantenimiento; cambios en los materiales utilizados, como la utilización de mezclas asfálticas modificadas o materiales reciclados de alto rendimiento que aumentan la durabilidad del firme y reducen costes de conservación; o la implantación de sistemas de iluminación LED adaptativa en túneles y tramos viarios, capaces de ajustar automáticamente la intensidad lumínica, optimizando la seguridad vial y la eficiencia energética.

Por su parte, y en el caso español, la Ley de Contratos del Sector Público³ (en adelante, LCSP) ofrece un marco normativo idóneo para canalizar esta estrategia. Así, el artículo 99, al permitir una definición funcional del objeto del contrato, da la posibilidad al órgano de contratación de definir el problema en términos de rendimiento o funcionalidad, abriendo espacio a propuestas innovadoras, en lugar de describir *ex ante* la solución técnica específica. Junto a este precepto existen muchos otros orientados a permitir y potenciar el recurso a la CPI. No es el momento de analizar cada uno de ellos⁴. Baste con la mención del artículo 1.3, que permite la compra pública estratégica, con la finalidad de lograr objetivos en diversas políticas públicas a la par que se adquiere la obra, servicio o suministro deseado. Asimismo es preciso destacar la incorporación por primera vez en la LCSP de un procedimiento de adjudicación, denominado asociación para la innovación (artículos 177-182 LCSP), que combina en un solo contrato una primera fase de investigación y desarrollo (I+D) y, si el contratista ha desarrollado la solución conforme a los requisitos establecidos en el pliego, una segunda fase de adquisición del resultado innovador.

En el presente trabajo analizaré dos supuestos prácticos, los cuales ponen de manifiesto cómo esta lógica se aplica ya en diversos contratos de

² Sobre la delimitación del objeto en la compra pública de innovación resulta de interés el trabajo de Valcárcel Fernández (2018A).

³ 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.

⁴ Puede verse un análisis de los mismos en De Guerrero Manso (2024: 65-71).

infraestructuras viarias. Por un lado, el proyecto antiniebla en la autovía A-8 llevado a cabo por el Ministerio de Transportes español, evidencia cómo la CPI puede orientarse a la mejora de la seguridad vial en condiciones extremas. Por otro lado, el caso PROVIAS realizado en el Perú, demuestra la aplicación de un modelo de asociación para la innovación en un contexto latinoamericano, aplicándolo a la mejora de la visibilidad y durabilidad de la demarcación viaria. La CPI no elimina los principios clásicos de la contratación pública, sino que los proyecta hacia escenarios de mayor complejidad tecnológica y de búsqueda activa de soluciones que respondan de forma más adecuada a la necesidad de satisfacer el interés general, inherente a todo contrato público. Exige planificación reforzada, consultas preliminares al mercado, estructuración en fases con hitos verificables, adecuada gestión de derechos de propiedad intelectual⁵ y profesionalización del órgano de contratación. Supone, en definitiva, una evolución del derecho de contratación pública adaptada a la naturaleza dinámica y tecnológicamente exigente de las infraestructuras contemporáneas.

Tal y como veremos en los apartados siguientes, las infraestructuras públicas, por su centralidad estratégica y por la magnitud de los retos que afrontan, constituyen un ámbito privilegiado para analizar el potencial transformador de la compra pública de innovación. La cuestión ya no es si la CPI puede aplicarse a las infraestructuras, sino cómo debe diseñarse jurídicamente para garantizar que la innovación se traduzca en mayor seguridad, sostenibilidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos.

II. Origen y evolución de la compra pública de innovación como política pública

La compra pública de innovación se inserta en el proceso de evolución de la contratación pública hacia un modelo estratégico⁶, en el que la función

⁵ Sobre los DPI en CPi véase Bueso Guilén 2021.

⁶ Sobre la posibilidad de utilizar la contratación pública como herramienta que incida en otras políticas públicas puede verse Gimeno Feliu (2006: 47 y 48) y las aportaciones del libro colectivo dirigido por Pernas García (2013), siendo especialmente relevantes las de Rodríguez-Arana Muñoz (2013) y Gimeno Feliu (2013), además de Medina Arnáiz (2011), Gimeno Feliu (2014) y González García (2015).

de aprovisionamiento se complementa con la persecución de objetivos públicos de carácter estructural. Este giro se aprecia con claridad en el ámbito de la Unión Europea, donde la contratación pública comienza a concebirse expresamente como un instrumento para promover la innovación, la sostenibilidad y la eficiencia del gasto público, superando una visión limitada y restringida a lograr el menor precio y a la satisfacción inmediata de necesidades previamente definidas.

Los documentos de la Comisión Europea han desempeñado un papel decisivo en esta evolución, al articular la innovación como uno de los posibles objetivos de la demanda pública. En particular, las orientaciones europeas sobre CPI subrayan que los poderes adjudicadores pueden y deben utilizar su capacidad de compra para estimular el desarrollo de soluciones innovadoras que no se encuentran disponibles en el mercado o que requieren adaptación a necesidades públicas específicas (Comisión Europea, 2021). Esta lógica resulta especialmente relevante en sectores caracterizados por una gran inversión y con elevados costes de entrada, como el de las infraestructuras, donde la Administración actúa con frecuencia como demandante principal.

En el contexto español, esta evolución ha sido asumida progresivamente por las instituciones públicas, que han incorporado la compra pública de innovación como parte de las políticas de modernización administrativa y de impulso del tejido productivo. Las diversas guías elaboradas a nivel estatal, autonómico y local coinciden en destacar que la CPI no constituye una categoría contractual autónoma, sino una forma de concebir y diseñar la contratación pública orientada a la obtención de soluciones nuevas o significativamente mejoradas que logren responder mejor a las necesidades del interés general. Al mismo tiempo es preciso considerar que el interés general puede plasmarse en cada ocasión de una forma distinta. Concretado en el ámbito de las infraestructuras viarias, podría fijarse como necesidad a satisfacer una mejor durabilidad de los materiales, minimizando la carga de mantenimiento, una mayor rapidez en la ejecución de las obras de construcción o reparación, una señalética viaria que facilite la seguridad vial, o la instalación de dispositivos adicionales en tramos con especiales dificultades derivadas de la meteorología, por citar algunos posibles ejemplos.

Esta transformación de la contratación pública implica un cambio sustancial en el diseño de los documentos de contratación, siendo imprescindible potenciar la fase de definición de las necesidades públicas no

satisfechas, recurriendo a herramientas tan útiles como las consultas preliminares del mercado⁷ o la realización de mapas de demanda temprana⁸, con participación de todos los actores implicados en el diseño de la posible solución, desde la administración competente hasta los operadores económicos que tendrán un papel clave en el desarrollo de las soluciones. También resultará imprescindible la participación de los usuarios finales, para manifestar si las propuestas planteadas responden de manera adecuada a las necesidades reales. Sólo de esta manera será posible identificar y priorizar las necesidades no satisfechas y, conforme a ello, formular de forma precisa los retos que permitan al mercado proponer soluciones innovadoras adaptadas a los requisitos técnicos, económicos, temporales y de otro tipo que concurren en cada caso. No obstante, este cambio de paradigma no supone una ruptura con el Derecho de la contratación pública previo a las directivas de contratación de 2014, sino una evolución funcional de sus categorías, que se proyecta con particular intensidad en ámbitos complejos como el de las infraestructuras públicas.

III. El caso de la Autovía A-8: búsqueda de soluciones innovadoras frente a la niebla persistente mediante compra pública precomercial⁹

1. Localización y contexto

La Autovía A-8, también denominada Autovía del Cantábrico, constituye uno de los principales ejes viarios del norte de España. El tramo objeto del proyecto de innovación es de unos 4 kilómetros (pk 545-549) y conecta las localidades de Mondoñedo y A Xesta, situadas en la provincia de Lugo (Galicia), en el entorno del Alto de O Fiuco, una zona caracterizada por la frecuente aparición de nieblas densas y persistentes.

⁷ Para conocer el diseño y la correcta implementación de las consultas preliminares del mercado son de gran utilidad los trabajos de Díez Sastre (2023), Allegue Requeijo (2023), Pernas García (2020), Gallego Córcoles (2019), Vázquez Matilla (2019), Valcárcel Fernández (2018B), De Guerrero Manso (2018B), Peiró Baquedano (2016).

⁸ Sobre la realización de los mapas de demanda temprana véase Fuertes Giné (2024).

⁹ Además de la lectura de los pliegos del contrato, resulta muy útil la información sobre el proyecto de la autovía A8 disponible en https://www.transportes.gob.es/carreteras/nuestro-trabajo/innovacion/sistemas_proteccion_antiniebla_autovia_a-8

Ese tramo de autovía está afectado de forma recurrente por niebla densa y persistente. Una niebla de elevación, origen orográfico, presente sobre todo en verano, que produce una reducción drástica de la visibilidad en la vía (llegando a visibilidades inferiores a 40 metros), con la consecuente peligrosidad derivada de ello.

Para intentar paliar los efectos negativos de la niebla y reducir el riesgo de siniestralidad, la Administración implementó la práctica totalidad de medidas convencionales disponibles. Entre ellas, paneles de mensajería variable, carteles y señales de refuerzo, visibilímetros y estaciones meteorológicas, protocolos de regulación del tráfico, incluyendo radar de tramo, y dispositivos de balizamiento específicos. Sin embargo, se demostraron insuficientes, por lo que la solución adoptada consistía en el corte temporal del tráfico de la autovía y el desvío de la circulación por la carretera nacional N-634 como itinerario alternativo. Esta medida, aunque necesaria desde la perspectiva de la seguridad vial, conllevaba importantes efectos negativos: congestión, incremento de tiempos de desplazamiento, afección al transporte de mercancías y costes económicos indirectos. La reiteración de estos episodios evidenció que las soluciones disponibles en el mercado no eran suficientes para resolver el problema estructural.

Estas circunstancias fueron el acicate para llevar a cabo una CPI orientada a investigar y desarrollar posibles soluciones nuevas y alternativas, con la seguridad vial en el punto de mira de la problemática a resolver.

2. Identificación del problema y necesidad de una solución innovadora

El punto de inflexión se produjo cuando la Administración pasó de contemplar esta situación como un incidente puntual, para entenderlo como un problema público estructural que requiere una respuesta tecnológica distinta. Conforme a este cambio de perspectiva se definió el reto de ese tramo de la autovía A-8 en términos funcionales: garantizar la seguridad vial en condiciones de niebla extrema sin necesidad de recurrir sistemáticamente al corte de tráfico.

Considero especialmente relevante este hecho, puesto que esta reformulación del problema conlleva la aplicación de una perspectiva diversa en la forma de afrontarlo, con consecuencias jurídicamente relevantes. No se trata de adquirir un producto existente, recordemos que ya se habían probado

en ese tramo casi todos los ofrecidos por el mercado, sino de promover el desarrollo de soluciones capaces de mejorar la percepción visual del trazado, incrementar la capacidad de guiado del conductor, y reducir la necesidad de interrupción total de la circulación.

Para poder llevar a cabo este proyecto de forma adecuada, en primer lugar fue preciso recopilar y analizar los datos atmosféricos y climatológicos de la zona. La información obtenida es esencial, puesto que antes de plantearse la forma de resolver un problema, en este caso la posibilidad de conducción segura en condiciones de niebla densa sin necesidad de utilizar una vía alternativa, resulta imprescindible contar con toda la información de dicho problema, para que tanto la Administración como los operadores económicos con la mayor precisión posible cuál es el reto al que se enfrentan y así puedan diseñar mejor las posibles soluciones.

Asimismo se realizó un análisis técnico previo el cual incluyó la evaluación del estado del arte en diversos ámbitos de aplicación (no sólo el viario, sino también, por ejemplo, el aeroportuario) y aplicando distintos enfoques de resolución (tales como la disipación de la niebla, su desviación fuera de la autovía o el desarrollo de guías o ayudas a la conducción). Un grupo de trabajo multidisciplinar analizó la viabilidad de las soluciones existentes en el mercado y se constató que ninguna era plenamente eficaz para las condiciones específicas del tramo afectado. Esta segunda actuación resulta también muy relevante, puesto que si existiera en el mercado o cercano al mercado una solución válida podría obtenerse e implantarse mediante modelos de compra tradicional, sin que sea necesario acudir a la CPI, con la dificultad e incertidumbre adicional que supone trabajar con actividad de I+D.

3. Inicio del proceso: consulta al mercado y análisis de viabilidad

Tras la delimitación del problema y la constatación de que no había soluciones disponibles en el mercado que sirvieran para solventarlo, aplicando las orientaciones europeas sobre compra pública de innovación se optó por realizar una consulta preliminar de mercado (en adelante CPM), regulada en el artículo 115 LCSP. La realización de la CPM permitió identificar el nivel de desarrollo tecnológico disponible en el mercado, recabar propuestas de operadores económicos y centros tecnológicos y evaluar la viabilidad técnica

de distintas aproximaciones. Así se logró, tal y como prevé la LCSP, información esencial para la posterior elaboración de los pliegos del contrato.

La consulta se diseñó en torno a dos posibles vías de solucionar el problema. Por un lado, mediante la implementación de sistemas de detección y ayuda a la conducción: detección de la posición de vehículos e información al conductor para mantener distancia de seguridad, y refuerzo de balizamiento y otros sistemas de comunicación con el conductor. Por otro lado, a través del diseño de sistemas de aislamiento, eliminación y desplazamiento de la niebla: cubrimiento de la calzada para aislarla de la niebla; eliminación de la niebla mediante calentamiento, utilización de productos químicos o captadores; y desplazamiento de la niebla, ya sea con barreras estáticas o dinámicas.

La respuesta del mercado a esta primera consulta realizada en el ámbito de las infraestructuras fue significativa: se recibieron 26 propuestas. Este dato evidencia la capacidad de la CPI para activar el ecosistema innovador cuando la Administración formula el problema en términos abiertos y funcionales, además de dar un plazo de tiempo suficiente para que se presenten las posibles soluciones. La posterior fase de análisis de las propuestas permitió seleccionar aquellas soluciones que, desde un punto de vista técnico y económico, podían evolucionar hacia desarrollos aplicables en entorno real.

4. Proceso de licitación: compra pública precomercial para desarrollar soluciones innovadoras¹⁰

Una vez concluida la consulta al mercado y, por lo tanto, tras haber obtenido una información adicional y más detallada sobre las diversas vías de abordar el problema, así como sobre la preparación del mercado para afrontar este reto conforme a los requisitos exigidos, se optó por llevar a cabo una compra pública precomercial (CPP), contrato de servicios de I+D excluido del ámbito de aplicación de la LCSP (art. 8). Esta CPP fue cofinanciada en un 80% a través del Programa Innocompra del Ministerio de Ciencia e Innovación, mediante el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (POPE) 2014-2020. La elección de este contrato de servicios de I+D, estructurado en

¹⁰ Para conocer mejor el procedimiento de Compra Pública Precomercial resultan de interés los trabajos de Bernal Blay (2014), Gordo Cano (2022) y Núñez Lozano (2016).

fases sucesivas competitivas, donde varios operadores desarrollan prototipos en paralelo y se comparten los riesgos y beneficios, resulta coherente con la naturaleza del problema, puesto que era necesario desarrollar tecnología inexistente y validar su eficacia antes de proceder a una eventual adquisición del producto resultante. Los objetivos pretendidos en la CPP fueron asegurar la eficacia del sistema, lograr una adecuada implantación en campo, cumplir con la normativa aplicable, garantizar la seguridad vial, mantener la funcionalidad y explotación de la vía y asegurar la viabilidad medioambiental y económica.

La licitación se estructuró en dos lotes, siguiendo la estructura conforme a la que se había desarrollado la consulta preliminar del mercado: sistemas de ayuda a la conducción en condiciones de niebla (1.500.000 €) y sistemas de aislamiento, eliminación o desplazamiento de niebla (4.500.000 €). Esta división en lotes permitió abordar distintas aproximaciones tecnológicas al problema de la visibilidad del conductor en condiciones de niebla densa. Asimismo, la división en lotes favoreció la especialización técnica, la competencia entre soluciones alternativas y la diversificación del riesgo tecnológico.

El proceso se organizó en fases sucesivas, con evaluación intermedia del cumplimiento de objetivos técnicos. En la primera fase se presentaron las ofertas y fueron evaluadas por un comité de expertos. Los criterios de adjudicación utilizados fueron similares a los contenidos en la consulta preliminar previamente realizada: eficacia, implantación en campo, cumplimiento de la normativa, seguridad vial, funcionalidad, costes de inversión y mantenimiento y repercusiones medioambientales de los proyectos.

Tras la valoración de las ofertas presentadas se procedió a formalizar los contratos individuales. En el caso del lote 1 se habían presentado 8 ofertas, de las cuales se seleccionaron 3¹¹: un sistema de balizamiento con luz láser, compuesto por un conjunto de elementos de balizamiento totalmente autónomos que permiten delimitar la vía de circulación en situaciones de muy baja visibilidad, junto a un módulo de detección de automóviles circulando a velocidades anormales; un sistema de señalización horizontal proyectada

¹¹ La información sobre las ofertas presentadas proviene del vídeo “Fase 1- Demostración de la viabilidad de las soluciones” disponible en la web del Ministerio de Transportes citada anteriormente.

sobre la calzada, la cual permite combinar los datos obtenidos en tiempo real e informar y guiar a los conductores mediante señales automáticas proyectadas en la vía con tecnología LED; y un sistema basado en el uso de balizas inteligentes laterales que permite la monitorización permanente de la ocupación en la vía y la transmite en tiempo real de forma personalizada al conductor, de forma que conoce el riesgo de impacto por alcance y de esta manera puede mantener la distancia de seguridad. En el caso del lote 2, de las 11 presentadas se seleccionaron 4: un sistema automático de aspersores de material higroscópico, fijado en una estructura metálica de soporte fija -a modo de pérgola-, que aglutina las gotas de agua en el aire y da lugar a otras de mayor tamaño que se precipitan en forma de lluvia; barreras aerodinámicas cortavientos de porosidad variable, las cuales apantallan la autovía y frenan el flujo de aire que arrastra la niebla, junto a una malla atrapaniebla que facilita la pérdida de humedad y aumenta la visibilidad en la calzada; estructuras de hormigón abovedadas en cada calzada con aberturas laterales en toda su longitud, con el objetivo de dificultar la entrada de niebla en la calzada y facilitar la eliminación de la que penetra en el interior gracias a la turbulencia generada por el tráfico y la mayor temperatura del interior; y una combinación de barreras estáticas y barreras dinámicas con dispositivos fluido-mecánicos, de forma que se desvía la niebla a una altura tal que no afecte al tráfico. Las barreras estáticas se proponen con perfiles de terreno favorables para desviar pasivamente la niebla, mientras que las dinámicas emplean ventiladores de eje vertical situados en una alineación transversal a la dirección del viento.

Esta gran variedad y diversidad de propuestas pone de manifiesto cómo la CPI abre nuevas vías de mejora de la eficacia y eficiencia de las infraestructuras y procedimientos como la CPP permiten trabajar en múltiples soluciones al mismo tiempo, para decidir a lo largo de la ejecución del contrato, cuál de ellas responde mejor a las necesidades y requisitos específicos de cada momento y lugar.

Las 7 propuestas mencionadas comenzaron la fase 1 del contrato (con una duración de 3 meses), destinada a demostrar la eficacia y viabilidad técnica, económica y medioambiental de la solución propuesta. Posteriormente, se llevó a cabo la segunda fase del proyecto, dedicada al desarrollo y construcción de los prototipos a escala real y la experimentación, validación y justificación en campo, en una ubicación cercana al tramo

controvertido de la autovía A-8. Esta fase tuvo 5 meses de duración, coincidiendo con la temporada de nieblas.

En esta segunda fase del contrato participaron 2 propuestas por cada lote del contrato¹². En el primer lote se validó el sistema de balizamiento con luz láser, que no produce contaminación lumínica. Este sistema permite a los conductores ver los límites de la calzada mucho más allá de lo que se ve en condiciones de niebla densa, de forma que limita el riesgo de accidente por salida de vía. Además, mediante un parpadeo rápido del láser, permite avisar a los usuarios de la existencia de un obstáculo en la vía, de forma que pueden reducir su velocidad. Todo el sistema, de bajo consumo, está alimentado con placas solares y baterías. También se validó el sistema de señalización proyectada inteligente, cuyo prototipo consiste en un conjunto de proyectores sustentados sobre pórticos ubicados cada 20 metros que proyectan información en la calzada con luces led: una flecha verde para indicar que puede continuar o una cruz roja si hay un automóvil circulando a una distancia inferior a la de seguridad (aunque podrían proyectarse otro tipo de señales), además de contar con un sistema de detección de vehículos. De esta manera se limitan los accidentes por alcance. Ambos prototipos funcionan de manera adecuada si no hay una elevada luminosidad ambiental.

En el segundo lote se probó el sistema de difusión automática por aspersores de materiales higroscópicos, testando la eficacia de diversas soluciones de agentes higroscópicos y de agentes tensoactivos en agua a distintas temperaturas y presiones. En las pruebas se constataron mejoras de visibilidad de hasta 30 metros ante eventos de niebla densa de menos de 40 metros de visibilidad, con disoluciones de cloruro sódico al treinta por ciento. La otra opción testada fueron las barreras estáticas y dinámicas con dispositivos fluido-mecánicos. Este prototipo está compuesto por 16 ventiladores de eje vertical situados cada 12 metros de acuerdo a una alineación transversal a la dirección del viento dominante en situaciones de niebla densa que succionan el aire por la parte inferior e impulsan hacia arriba un caudal de 250 metros cúbicos/segundo. Cada ventilador tiene 6 metros de diámetro y 3 metros de altura, y un peso total de 2500 kg. Se activan de forma remota según los registros de visibilidad de las estaciones meteorológicas

¹² La información sobre los prototipos testados proviene del vídeo “Fase 2- Desarrollo de los prototipos en campo” disponible en la web del Ministerio de Transportes citada anteriormente.

instaladas. Los resultados de las pruebas fueron positivos en situaciones de viento constante procedente el norte noreste con velocidades de hasta 15 km/h, convirtiendo visibilidades de menos de 40 metros en visibilidades en torno a 100 metros.

Tras la finalización de esta segunda fase de la CPP corresponde al Ministerio realizar la contratación del sistema o sistemas que consideren más adecuados para minimizar los riesgos adversos producidos sobre el tráfico por la niebla densa. Para esta elección se deberán tener en cuenta la eficacia de cada prototipo, su funcionalidad, la explotación de la vía con el sistema implantado y los costes de construcción y mantenimiento del sistema antiniebla en cuestión.

5. Criterios de valoración de las ofertas

Los criterios de valoración de las ofertas se distinguieron entre los evaluables mediante fórmulas y los que no, en ambos casos pudiendo llegar a un máximo de 100 puntos.

Los criterios no evaluables mediante fórmulas se articulan en torno a 4 aspectos. La adecuación a la necesidad detectada y calidad científico técnica de la propuesta (30 puntos) cuyos subcriterios, todos ellos valorados hasta 10 puntos, fueron el nivel de adecuación a la necesidad planteada, la calidad científico-técnica de la propuesta y el nivel de madurez de la tecnología propuesta (TRL) y evaluación por organismo acreditado. El segundo criterio fue la adecuación a los objetivos planteados para el tramo problemático de la A 8 (40 puntos), desglosado en la eficacia de la solución, la implantación en campo, el cumplimiento de la normativa, la seguridad vial, la funcionalidad y explotación y las repercusiones medioambientales. Todos estos subcriterios se valoraron hasta 5 puntos, salvo la eficacia, que tenía atribuidos 15 puntos. En tercer lugar se valoraba el plan de investigación y gestión de proyecto (25 puntos), con el nivel de definición y adecuación de objetivos, hitos y criterios de éxito, el nivel de definición y concreción de los trabajos a realizar, el equipo de trabajo: configuración e identificación y asignación de recursos necesarios, y la calidad metodológica de la documentación entregada. Los dos primeros subcriterios con una puntuación de hasta 7,5 puntos y los dos segundos con 5 puntos. Y finalmente el plan de comercialización, valorando el nivel de definición del modelo de negocio con un máximo de 5 puntos.

En cuanto a los criterios evaluables mediante fórmulas, se atribuyen 50 puntos a la oferta económica total; y 25 puntos en función del porcentaje del valor neto y de la cantidad del valor neto, respectivamente, de los ingresos obtenidos por la explotación del resultado de servicio de I+D objeto del contrato a percibir por el Ministerio.

En todo caso el pliego detalla que los puntos se asignarán teniendo en cuenta determinadas circunstancias: el buen conocimiento de la problemática a resolver y de cualquier otro condicionante externo; la adaptación de cada uno de los documentos al contenido del contrato; el grado de detalle y concreción de todos y cada uno de los trabajos a realizar; la justificación de la metodología indicada para la ejecución de los trabajos; la coherencia de todos los documentos; la adecuación de la oferta en las indicaciones del pliego así como las mejoras y compromisos técnicos adicionales a los impuestos en él; el organigrama del personal que desarrolle las funciones en las distintas actividades objeto del contrato; el mayor alcance de la calidad a obtener en materia de objeto del contrato; la precisión en la identificación de procesos que puedan generar impactos así como en las medidas correctoras o compensatorias planteadas; las tecnologías ofertadas que permitan un mejor seguimiento de los trabajos por parte de la Dirección General de carreteras y los medios ofertados para minimizar los errores materiales del trabajo.

6. Lecciones aprendidas

En todo proceso de CPI resulta esencial reflexionar sobre los aprendizajes obtenidos y el caso de la autovía A-8 nos permite extraer varias enseñanzas relevantes. En primer lugar, la correcta formulación del problema en términos funcionales es esencial. Si el objeto del contrato se describe de forma detallada y técnica no habrá espacio para la innovación. Por este motivo es preciso un cambio desde la lógica de compra tradicional: adquisición de productos existentes al mejor precio, hacia la lógica de desarrollo de nuevas soluciones adaptadas a las circunstancias concurrentes, lo cual permite activar el mercado innovador.

En segundo lugar, la consulta preliminar al mercado y la recepción de 26 propuestas demuestran que existe capacidad innovadora cuando la demanda pública es clara, está técnicamente bien definida, se transmite

confianza al sector empresarial y se dan plazos adecuados para presentar las posibles soluciones.

En tercer lugar, la estructuración en fases y la división en lotes permiten gestionar el riesgo tecnológico sin comprometer la competencia ni la transparencia. Así, si en el proceso de ejecución del contrato se comprueba que los resultados obtenidos en alguna de las fases no son los adecuados, por superar el coste preestablecido, no alcanzar los requisitos de calidad fijados o incumplir cualquier otra de las condiciones estipuladas, se puede terminar el contrato con ese contratista, lo que implica ahorrar dinero público y reorientar los esfuerzos hacia una mejor consecución de los objetivos.

En cuarto lugar, la CPP se revela como instrumento idóneo cuando la solución no existe en el mercado y es necesario llevar a cabo un proceso de I+D previo a la adquisición del producto o servicio final. Además permite desarrollar al mismo tiempo distintas soluciones, lo cual mantiene la tensión competitiva entre los contratistas y facilita el logro de soluciones que se adecúen mejor a las necesidades reales.

En quinto y último lugar, si nos centramos en las infraestructuras viarias, la CPI puede ayudar a diseñar soluciones para responder a los retos no resueltos. Son necesarias las medidas de seguridad tradicionales, pero al mismo tiempo la I+D puede mejorar la eficacia y eficiencia de las mismas y potenciar una gestión más eficiente de las infraestructuras.

IV. El caso de PROVIAS: demarcación en el pavimento para incrementar durabilidad y visibilidad en vías sinuosas y climas adversos¹³

1. Contexto institucional y marco del proyecto

PROVIAS nacional es el organismo encargado de la preparación, gestión, administración y ejecución de proyectos de infraestructura de transporte relacionados a la Red Vial Nacional (RVN), así como de la planificación, gestión y control de actividades y recursos económicos que se emplean para el mantenimiento y seguridad de las carreteras y puentes de la RVN del Perú. Nos encontramos, por tanto, ante una entidad cuya función no se limita a construir infraestructuras, sino a garantizar su adecuado nivel de servicio a lo largo del tiempo.

Esta iniciativa de CPI, lanzada en 2023 con un valor estimado de 1.323.000 dólares estadounidenses, forma parte del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional, del Ministerio de Transporte y Comunicaciones del Perú. Previamente el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), a través de su División de Competitividad e Innovación, realizó un análisis de capacidades organizacionales y de innovación. Fruto del mismo concluyó que PROVIAS Nacional era una entidad idónea para impulsar un proyecto piloto de CPI en el Perú. Este dato es muy relevante, porque demuestra que la decisión de utilizar un proceso de CPI fue el resultado de una evaluación estratégica de capacidades institucionales.

Este proyecto se concibió expresamente como parte de una política pública orientada a fomentar la innovación desde la demanda estatal a través de la contratación pública. El proyecto pretende impulsar el desarrollo de una solución innovadora para incrementar la durabilidad, visibilidad y resistencia al deslizamiento de las señales horizontales y/o demarcaciones en vías

¹³ La información sobre este caso se ha obtenido, fundamentalmente, del documento “PROVIAS: demarcación en el pavimento para incrementar la durabilidad y visibilidad en vías sinuosas y climas adversos” de Innovation Procurment Compass y BID (14 páginas) y del “Documento de licitación “Demarcación en el pavimento para incrementar la durabilidad, resistencia y visibilidad, en vías sinuosas y climas adversos”, SP N° 01-2023 PROVIAS Nacional/PBID, Contratación Pública de Innovación CPI - Asociación para la Innovación (AI), Contrato de préstamo BID N° 3881/OC-PE. Proyecto: Mejoramiento de la carretera Huánuco – Conococha, Sector Huánuco – La Unión – Huallanca Ruta PE-3N (Carretera Longitudinal de la Sierra)”

sinuosas con condiciones climáticas adversas, durante el día y la noche, de forma que se potencia la seguridad vial de la infraestructura.

2. Identificación de la necesidad y formulación del reto: de la pintura vial al rendimiento infraestructural

El reto definido por PROVIAS Nacional se denominó “Demarcación en el pavimento para incrementar la durabilidad, resistencia y visibilidad en vías sinuosas y climas adversos”. La necesidad afrontada se formuló en términos funcionales y no como adquisición de un producto predeterminado. En este sentido, tal y como se expone en el documento de licitación, las especificaciones técnicas de pinturas para obras viales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, aprobadas en enero de 2013 y vigentes en ese momento, estaban diseñadas para condiciones climáticas secas, mientras que las evaluaciones de campo realizadas por la Dirección de Gestión Vial evidenciaron la necesidad de garantizar visibilidad en condiciones adversas como lluvia, neblina y niebla. Es decir, las soluciones adquiridas hasta ese momento eran insuficientes para responder a las necesidades reales.

Con carácter general no se pretende simplemente compra pintura, sino que los objetivos perseguidos en este proyecto fueron buscar nuevos materiales y sistemas de aplicación que contribuyan a la mejora de los parámetros físico-ópticos de las marcas viales, incrementar su durabilidad, mejorar su visibilidad tanto de día como de noche, aumentar su resistencia al deslizamiento, optimizar la planificación del mantenimiento, todo ello de vital importancia para el aumento del nivel de servicio de la carretera y para reducir la siniestralidad en vías sinuosas sometidas a condiciones climáticas adversas.

El proyecto tiene además un importante enfoque basado en el ciclo de vida. Su aplicación permitirá planificar de forma más eficiente el mantenimiento de las carreteras, mejorando la seguridad vial y reduciendo los costes de mantenimiento y repintado, ya que estas actividades se llevarán a cabo en el momento más adecuado, no antes ni después de alcanzar su vida útil.

En ese sentido, resulta interesante la lista de funcionalidades establecidas para las diversas etapas del ciclo de vida de la solución, divididas entre aspectos requeridos (o imprescindibles) y deseables. Sirvan como ejemplo las funcionalidades establecidas para la producción en el Documento

de licitación. En todo caso se requiere: 1) Que la solución no contenga materiales y/o elementos contaminantes como, por ejemplo: plomo, mercurio, cadmio, cromo u otros metales pesados tóxicos, ni sustancias que puedan causar cáncer; 2) Que en caso tratarse de una solución a partir de pintura, ésta cumpla como mínimo las Especificaciones Técnicas de pinturas para Obras Viales, aprobado por el MTC y/o normativa internacional como ASTM debidamente sustentada; y 3) El desarrollo de alternativas de marcas en el pavimento haciendo uso tecnologías que mejoren la visibilidad, resistencia y durabilidad. Junto a estos se considera deseable que la solución sea de producción nacional o internacional con stock suficiente para abastecer al mercado nacional en cualquier momento.

3. Consulta Pública de Mercado: planificación estratégica y ajuste de funcionalidades

Con este punto de partida se decidió realizar una Consulta Pública de Mercado (CPM) estructurada en tres fases: planificación, gestión y cierre. En ella se recibieron veinte ideas innovadoras, que fueron analizadas conforme a criterios como grado de innovación, adecuación al reto, claridad, oportunidad de materialización y tiempo estimado de desarrollo.

El informe de cierre de la consulta llegó a cuatro conclusiones esenciales: la necesidad de ajustar funcionalidades conforme a la realidad del mercado; la existencia de un interés real en resolver el desafío planteado; la capacitación del mercado para resolver, al menos parcialmente, los requerimientos expuestos en la consulta; y la necesidad de realizar pruebas de campo orientadas a evaluar y ajustar las soluciones propuestas por los candidatos.

El aprendizaje que se extrae de esta CPM es fundamental: la CPI no parte de una certeza tecnológica, sino de una exploración estructurada del mercado. Como en este caso se constató la necesidad de experimentación real en campo de las soluciones obtenidas tras un proceso de I+D y la voluntad posterior de adquirir el producto innovador, se justifica la utilización del procedimiento de Asociación para la Innovación.

4. Elección del procedimiento: Asociación para la Innovación¹⁴

Como decía anteriormente, dentro de las opciones de CPI disponibles, PROVIAS optó por la Asociación para la Innovación (AI), estructurada como un Proceso de Adquisición en Múltiples Etapas (AME). El presupuesto máximo estimado para las etapas contractuales asciende a 314.255,31 USD, distribuido entre: hasta cinco estudios de prefactibilidad y hasta tres desarrollos de prototipo.

Este procedimiento de asociación para la innovación, tiene como fundamento normativo el Contrato de Préstamo celebrado entre el BID y el Gobierno del Perú, PROVIAS Nacional como Organismo Ejecutor del mismo. Conforme a ello, se rige por las reglas previstas en dicho Contrato y por las Normas de las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras Financiadas por el BID (GN-2349-15). Estas normas se adaptaron en el Pliego de la licitación con base en la naturaleza y objetivos de una CPI bajo la modalidad de Asociación para la Innovación (AI) en un procedimiento de Adquisición en Múltiples Etapas (AME). Así, la financiación y supervisión del BID introdujo exigencias adicionales en materia de prácticas prohibidas, transparencia y control, lo que reforzó la adecuación del procedimiento de contratación.

Este procedimiento de asociación para la innovación se articula en dos grandes etapas: una etapa precontractual de naturaleza competitiva y una etapa contractual. La primera de ellas, se inicia con una Solicitud de Propuestas (SPD), en la que los interesados deben presentar la documentación de habilitación legal y solvencia económica y técnica, además de la propuesta técnica, la cual debe incluir el plan de proyecto y elementos innovadores. La habilitación legal de solvencia se evalúa bajo un mecanismo de “check list”, conforme al criterio de cumple/no cumple, pasa/no pasa. Por su parte, las propuestas técnicas se valoran sobre 50 puntos. Tras esta valoración se seleccionará un máximo de 5 propuestas técnicas, las de mayor puntuación.

Por su parte, la etapa contractual se desarrolla en torno a dos fases consecutivas: la realización de estudios de viabilidad o prefactibilidad conforme a los objetivos descritos en el documento de licitación (de 5 meses

¹⁴ Sobre el procedimiento de asociación para la innovación puede verse De Guerrero Manso (2018A), Tardío Pato (2016) y Batet Jiménez (2014). Para el análisis de los 3 primeros casos de utilización de este procedimiento de adjudicación en España véase De Guerrero Manso (2019).

de duración) y el desarrollo del prototipo e implementación en campo, tanto en pavimento rígido como flexible (de 8 meses de duración). Cada socio seleccionado en la etapa precontractual firmará un acuerdo de asociación, el cual le permitirá participar en una o en las dos fases de la etapa contractual. En esta etapa contractual se va limitando el número de socios que pueden participar en cada fase, pasando a la siguiente exclusivamente los que hayan obtenido mayor puntuación en la fase anterior. En la primera pueden ser hasta 5, mientras que en la segunda pueden participar un máximo de 3 socios. Esta reducción progresiva del número de participantes permite mantener competencia y, al mismo tiempo, concentrar recursos en las soluciones más prometedoras. Con cada uno de ellos se firman acuerdos de asociación, gracias a los cuales pueden participar en una o más fases contractuales.

El documento de licitación detalla los objetivos que deben cumplir los estudios de viabilidad o prefactabilidad. Estos son: 1) Investigar acerca de los materiales y/o insumos, a usar considerando sus funcionalidades; 2) Definir los parámetros fundamentales y los rangos de variación a considerar en el programa experimental: i) Visibilidad diurna: factor de luminancia (β), coeficiente de luminancia en iluminación difusa (Q_d), color, coordenadas cromáticas (x,y), ii) visibilidad nocturna retrorreflexión RL en seco, retrorreflexión RL en húmedo, iii) resistencia al deslizamiento: Coeficiente de rozamiento SRT y iv) durabilidad; 3) Diseñar y proyectar pruebas experimentales en la RVN de tipologías distintas, en épocas, lugares y características diferentes, que permitan el desarrollo de la investigación en condiciones meteorológicas y de tráfico reales y por tanto, la obtención de resultados más fiables respecto a los que se consiguen con tráfico simulado; 4) Preparar nuevos sistemas de señalización vial horizontal mediante la combinación de diferentes materiales, con nuevas combinaciones de los mismos, variando sus proporciones, mezclados con material base, en las distintas situaciones reales que se puedan plantear (seco, húmedo, lluvia constante, diurno y nocturno); 5) Construir modelos matemáticos teóricos para analizar el desgaste y desempeño de las marcas viales para periodos superiores a 2 años y retroreflectividad final superior a lo indicado en la Tabla de funcionalidades; y 6) Cumplimiento de los principios de visibilidad de normativas internacionales como las ASTM.

En la segunda fase de la etapa contractual, la implementación de la solución en campo, en pavimento rígido y flexible, deberá cumplir los

siguientes objetivos: 1) Reconocimiento de la Red Vial a Intervenir; 2) Preparación de la superficie del tramo consignado para su implementación; 3) Requerimientos específicos (dosificación, equipo, aplicación, adherencia); 4) Implementación de la soluciones en campo; 5) Realización de los ensayos correspondientes en cumplimiento del ASTM; y 6) Cumplimiento de los principios de visibilidad de normativas como las ASTM.

Los objetivos establecidos para cada fase de la etapa contractual ponen de manifiesto la importancia y el grado de detalle de las prescripciones funcionales de la solución. De esta manera se asegura que la ejecución del contrato, y especialmente la realización de la actividad de I+D se oriente de forma adecuada a la consecución de los objetivos trazados desde el principio. Junto a ello, al tratarse de prescripciones funcionales trascienden las tradicionales descripciones técnicas, lo cual deja un amplio espacio a la innovación y permite obtener resultados más eficaces y eficientes.

Como se ha puesto de manifiesto, la estructura de un procedimiento de asociación para la innovación refleja con claridad la lógica interna de esta forma de contratar: competencia inicial de los diversos candidatos, selección limitada de las ofertas presentadas a la licitación y posterior desarrollo progresivo del contrato, con capacidad de embridar el proceso de I+D y orientarlo a una mejor consecución de los resultados esperados. De esta manera, la dinámica del procedimiento de asociación para la innovación permite reducir los riesgos vinculados al desarrollo de servicios de I+D, al tiempo que se validan técnicamente las soluciones antes de una eventual explotación a gran escala.

5. Parámetros técnicos y mejora objetiva de la infraestructura

El pliego fija parámetros concretos de retroreflectancia inicial y final en distintas condiciones (seca, húmeda, lluvia constante), así como requisitos de resistencia al deslizamiento y durabilidad. En él se exige un diseño experimental en condiciones reales, la construcción de modelos matemáticos para analizar desgaste superior a dos años, y el cumplimiento de estándares ASTM. De esta manera, la mejora de la infraestructura se concreta en datos objetivos medibles. No se trata de una mejora estética, sino de un incremento verificable del nivel de servicio.

Conforme a ello, el sistema de evaluación refleja un claro enfoque hacia la innovación. En la etapa precontractual, la propuesta técnica se valora sobre la base de cuatro criterios: la propuesta funcional (20 puntos); el plan de proyecto (10 puntos), los elementos innovadores (15 puntos) y la propuesta financiera para el total de servicios de I+D propuestos para las dos fases (5 puntos). De esta distribución de puntos resulta especialmente significativo que los elementos innovadores constituyan un criterio autónomo y relevante en la puntuación total, así como el poco valor asignado a la propuesta financiera: sólo un 10% de la puntuación total.

Cada uno de esos cuatro criterios se desglosan a su vez en subcriterios, los cuales permiten conocer los aspectos que serán objeto de puntuación específica. Así, en el caso de la propuesta funcional se valoran con hasta 5 puntos en cada caso, la precisión, completitud y coherencia con las funcionalidades; la integración funcional de los contenidos, metodologías y procedimientos; que la solución sea configurable y versátil frente a las características de la necesidad, y la descripción de flujos de trabajo y tiempos adecuados y aplicables para las funciones que se debe ejecutar en el proyecto. Dentro del plan de proyecto se pueden atribuir hasta dos puntos por desarrollar de forma detallada la metodología de la fase teórica (investigaciones relacionados con el tema, modelo de correlación y curvas de deterioro, normativa); describir de forma detallada la fase experimental (considera las pinturas, los materiales, los equipos, los procedimientos de implementación); describir el equipo de trabajo: relación de perfiles, responsabilidades, funciones y dedicación (sin valoración económica); describir la planificación, metodología de trabajo, medidas de control y aseguramiento de la calidad, seguridad y confidencialidad; o describir el plan de proyecto: fases del proyecto, hitos y entregables. En el caso de los elementos innovadores se desglosan 5 subcriterios y se atribuye hasta 3 puntos a cada uno de ellos: contenido de I+D+i en su desarrollo; volumen o porcentaje de los recursos económicos asignados al Acuerdo de Asociación que se destina al desarrollo del producto; capacidad de producir patentes; mayor probabilidad de desarrollos futuros o proyección a otros ámbitos científico/tecnológicos o sectores de producción; y mayor o menor capacidad de la innovación propuesta de rebajar costos de mantenimiento, repintado y eliminación, teniendo en cuenta el costo del ciclo de vida de la demarcación horizontal. En

la propuesta financiera, se otorgarán 5 puntos a la más baja, aplicando al resto los puntos de forma inversamente proporcional.

Como se ha visto, resulta muy relevante la forma de aplicar los 15 puntos referidos a los elementos innovadores.

Así, por ejemplo, la asignación de puntos a la capacidad de producir patentes implica la voluntad del poder adjudicador de que la solución no se quede en una mera implementación para este caso concreto, sino que potencia una utilización y explotación posterior por parte del contratista. En el mismo sentido puede valorarse la elección de fomentar, mediante la asignación de puntos, la proyección a otros ámbitos científico-tecnológicos, puesto que anima a los licitadores a buscar nuevas áreas donde desarrollar e implementar la solución a la que lleguen. Estos dos criterios, unidos a la valoración del contenido de I+D+i y el porcentaje de recursos económicos destinados al desarrollo, claramente suponen un incentivo para que los operadores económicos traten de lograr mejores resultados, potenciados por la posibilidad de explotarlos posteriormente, de forma que además de obtener el precio de esta licitación pueden obtener ingresos económicos en el futuro directamente derivados de este desarrollo innovador. Se evidencia, en suma, un enfoque estratégico de largo plazo.

En la fase contractual, los criterios de adjudicación se dividen entre aquellos no evaluables mediante fórmulas (con un máximo de 95 puntos) y un criterio que sí lo es: el costo estimado del prototipo finalmente desarrollado, al que se le atribuye un máximo de 5 puntos. Los criterios no evaluables mediante fórmulas son 5: propuesta funcional (10 puntos), propuesta técnica (50 puntos), propuesta de plan de trabajo y de gestión del proyecto (15 puntos), propuesta de elemento innovador (10 puntos) y propuesta de innovación con el equipo de aplicación (10 puntos). De la misma forma que ocurría en la etapa precontractual, algunas de estas propuestas se desglosan en subcriterios.

En la propuesta funcional se valora la precisión, completitud y coherencia con las funcionalidades descritas; la integración funcional de los contenidos, metodologías y procedimientos; que sea deseable la producción nacional o internacional y con suficiente stock para el abastecimiento nacional en cualquier momento; que la distribución se fácil, manejable, el empaque seguro y que su distribución se pueda asegurar a nivel nacional; que la propuesta de uso sea de aplicación o instalación cumpla los estándares

normativos nacionales e internacionales, que se aplique con metodologías acorde al uso de tecnologías actuales y en el menor tiempo posible y aseguren la visibilidad, resistencia y durabilidad exigidos en el presente pliego; y en cuanto a la disposición, se debe asegurar el fácil retiro y/o eliminación y/o repintado y/o reaplicación, sin disminuir sus propiedades y además todos los insumos en el proceso hasta su eliminación y/o repintado deben contener elementos no contaminantes al medio ambiente. Todos los subcriterios se valoran con un máximo de 2 puntos, salvo los dos primeros, que tiene un máximo de 1 punto.

La propuesta técnica valora la capacidad técnica de la solución propuesta para responder a las necesidades descritas en el objeto; el cumplimiento de estándares y protocolos a utilizar, presentar modelos de fichas de control, para la obtención y registro de datos desde el diseño, implementación y seguimiento; cumplir con requisitos de visibilidad diurna (Factor de luminancia β , Coeficiente de luminancia en iluminación difusa Qd, Color, coordenadas cromáticas (x,y); Visibilidad nocturna (Retroreflexión RL en seco, Retroreflexión RL en húmedo); Resistencia al deslizamiento (Coeficiente de rozamiento SRT) y Durabilidad; presentar dosificaciones estándar para los materiales que componen las marcas viales permanentes; brindar el grado de detalle y la coherencia en la descripción del ciclo de vida, en años, de la solución propuesta para el usuario final, así como en la propuesta de número de años de servicio antes de que el producto o servicio deba ser repintado o eliminado; presentar análisis de costo efectividad, y presentar beneficios para proyectos futuros; presentar los modelos de desgaste, con calificaciones de (muy buena, buena, regular y mala), en base al valor de la retroreflectividad; y existir pertinencia de las Especificaciones técnicas para su aplicación en la Red Vial Nacional, en condiciones similares. En este caso se valoran todas con un máximo de 5 puntos, excepto cumplir con los requisitos de visibilidad y presentar dosificaciones estándar, que se valoran con el doble: hasta 10 puntos cada una.

El plan de trabajo y gestión del proyecto se desglosa en 9 subcriterios con diversa puntuación máxima (entre paréntesis): cumplimiento del modelo de gestión y dirección de proyecto (1); Cumplimiento de la configuración de los equipos del proyecto con reparto de roles adecuados para las distintas fases (2); Cumplimiento de la metodología de desarrollo (2); Cumplimiento de la asignación del equipo de trabajo: relación de perfiles, responsabilidades,

funciones y dedicación (sin valoración económica) (3); Cumplimiento con la planificación, metodología de trabajo, medidas de control y aseguramiento de la calidad, seguridad y confidencialidad (3); Cumplimiento de definición de resultados y entregables que constituirán un producto o un servicio (2); Modelo de explotación de los resultados del proyecto tanto en productos como en servicios; y Estimación del volumen de mercado potencial, escenario temporal para alcanzar la fase de comercialización, incluyendo un estudio del Retorno de Inversión (1).

La propuesta de elemento innovador tiene 4 subcriterios, con una puntuación máxima de 2, salvo el primero, en cuyo caso son 4 puntos máximos: Contenido de I+D+i en su desarrollo; Mayores o menores probabilidades de producir patentes; Mayor o menor probabilidad de desarrollos futuros o proyección a otros ámbitos científico/tecnológicos o sectores de producción; y Mayor o menor capacidad de la innovación propuesta de rebajar costes de mantenimiento, reposición, desechar y otros, teniendo en cuenta el coste del ciclo de vida completo del producto.

Conviene destacar diversos aspectos de estos criterios de adjudicación. Por un lado, se valora de nuevo la propuesta funcional, pero en este caso se adicionan subcriterios nuevos y desciende la puntuación global asignada a la misma, aspecto coherente puesto que en la valoración de la oferta técnica este criterio ya fue tenido en cuenta y en ese momento era el que tenía más importancia. Por otro lado, en lo referente al plan del proyecto, en la valoración de la oferta técnica se puntuaba la descripción del equipo de trabajo y de la planificación, metodología de trabajo, medidas de control y aseguramiento de la calidad, seguridad y confidencialidad, mientras que en esta etapa se valora el cumplimiento de estos aspectos. Finalmente, en relación a la innovación, se vuelven a adjudicar puntos a algunos subcriterios valorados en la etapa precontractual, dos de ellos formulados exactamente igual y otros dos de forma muy similar. Sólo desaparece el volumen o porcentaje de recursos económicos asignados al acuerdo de asociación destinados al desarrollo del producto, lo cual es lógico puesto que en la etapa contractual ya se ha firmado el acuerdo de asociación. No obstante, la puntuación otorgada a la innovación en esta etapa es de un 10%, mientras que la mitad de la puntuación total se atribuye a la propuesta técnica.

6. Derechos de Propiedad Intelectual e Industrial y equilibrio contractual

Resulta muy relevante la regulación detallada en las condiciones del Acuerdo de asociación de los derechos de propiedad intelectual (DPI).

Los DPI derivados del acuerdo pertenecen al socio desarrollador. No obstante, éste debe conceder a PROVIAS Nacional una autorización de uso no exclusiva y gratuita sobre todos los desarrollos, aplicativos y productos generados. Esta licencia incluirá gratuitamente todos los derechos inherentes a la traducción, adaptación y cualquier otra modificación, así como su reproducción, permitiendo su modulabilidad y adecuación y hacer réplicas separadas para aplicarlo a otras áreas de interés o de actividad de PROVIAS Nacional. Además, al finalizar el procedimiento, el uso del prototipo resultante se cede a PROVIAS Nacional.

Por su parte, el socio será responsable del registro, examen, concesión, mantenimiento, gestión y protección de los derechos de propiedad intelectual, y asumirá los costes derivados de ello. El propio acuerdo detalla diversas obligaciones del socio. Así, por ejemplo, deberán velar para que los resultados del proyecto se identifiquen, registren y distingan claramente de los resultados de otras actividades de I+D que no estén cubiertas por el proyecto.

En relación a los DPI preexistentes, para garantizar su disponibilidad, el socio deberá notificar por escrito, con información completa y exhaustiva, su existencia, ya sea de titularidad propia o de terceros, y que, de cualquier manera, pueda afectar a los derechos correspondientes al contratante o a las entidades cesionarias.

Este equilibrio en la gestión de los derechos de propiedad intelectual e industrial generados en el desarrollo del proyecto es coherente también con los modelos llevados a cabo en Europa, garantiza el incentivo a la innovación privada, la disponibilidad pública de la solución, y la transferencia de conocimiento.

7. Lecciones jurídicas y estratégicas

El proyecto PROVIAS demuestra que la contratación pública puede trascender la lógica adquisitiva tradicional para convertirse en instrumento de transformación tecnológica de la infraestructura existente. Tal y como hemos visto, la CPI puede operar como herramienta de mejora infraestructural en tres

niveles. Primero, mejora el rendimiento técnico de un activo vial crítico. Segundo, optimiza el mantenimiento mediante enfoque de ciclo de vida, evitando repintados prematuros o tardíos. Tercero, reduce siniestralidad al mejorar visibilidad y adherencia en condiciones adversas. De esta manera, un proceso de CPI como el analizado no sustituye a la infraestructura; sino que la perfecciona desde dentro. La señalización horizontal deja de ser un gasto recurrente y pasa a concebirse como objeto de investigación aplicada. El Derecho de la contratación pública se convierte, así, en palanca de mejora estructural del sistema viario.

De forma similar al caso de la autovía, este supuesto nos permite extraer varias enseñanzas relevantes. En primer lugar, la CPI se utiliza como instrumento de política pública orientado a impulsar el ecosistema innovador nacional, yendo más allá de la mera resolución de un problema técnico. En segundo lugar, la asociación para la innovación permite estructurar el desarrollo en fases sucesivas, manteniendo competencia entre los socios y reduciendo progresivamente el número de participantes. En tercer lugar, la valoración de los elementos innovadores y la consideración del ciclo de vida refuerzan la dimensión estratégica del contrato. En cuarto lugar, es preciso diseñar la CPI previendo la gestión de los derechos de propiedad intelectual e industrial generados.

V. Valoración final: la contratación pública de innovación como herramienta de mejora estructural de las infraestructuras

El estudio del proyecto antiniebla desarrollado en la Autovía A-8 (España) y la iniciativa de mejora de la señalización impulsada por PROVIAS Nacional (Perú) permite extraer una conclusión de alcance general: la compra pública de innovación se configura como una técnica jurídicamente idónea para la mejora estructural de infraestructuras ya existentes. Ambos supuestos parten de una premisa común: la necesidad de promover la eficacia y eficiencia del servicio, plasmada en optimizar la seguridad vial en condiciones adversas y la insuficiencia de las medidas convencionales para lograr ese objetivo.

En el caso de la Autovía A-8, el problema se localiza en un tramo afectado por niebla orográfica persistente la cual impide la utilización puntual

de una infraestructura que por lo demás está plenamente operativa. El caso de PROVIAS Nacional, sitúa el reto en mejorar la señalización horizontal de la infraestructura existente, ya que cumple formalmente su función, pero no alcanza los niveles de durabilidad y visibilidad adecuados para determinadas condiciones reales de explotación.

Desde ese punto de partida tanto el Ministerio español como PROVIAS Nacional optan por recurrir a un procedimiento de compra pública de innovación y, para ello, aplican un cambio de paradigma esencial: no pretenden adquirir una solución ya existente en el mercado, sino que definen su necesidad de forma funcional, y permiten que sea el mercado el que diseñe y desarrolle la mejor propuesta ante sus requisitos. Conforme a ello formulan el reto en términos de resultados: mejorar la seguridad vial en condiciones de niebla extrema sin recurrir al cierre sistemático del tráfico, o incrementar la durabilidad y visibilidad de la demarcación para reducir siniestralidad y costes de mantenimiento.

Esta forma de proceder conlleva la aplicación de consultas preliminares al mercado y promueve la competencia tecnológica. En el caso español, a través de un procedimiento de compra pública precomercial estructurada en dos lotes diferenciados; y en el caso peruano, mediante asociación para la innovación.

Pese a la diversa opción procedimental, existe una clara identidad conceptual de fondo: en ambos casos se introduce una fase de I+D contractualizada previa a la eventual adquisición, se gestionan los riesgos tecnológicos mediante hitos sucesivos y se evalúan los prototipos en condiciones reales de explotación. Junto a ello, existen muchos otros elementos comunes en estos proyectos. En ambos supuestos se ha utilizado financiación externa, elemento relevante puesto que el desarrollo de servicios de I+D requiere una inversión adicional que, si bien es positiva y puede tener resultados muy buenos, en ocasiones es complicado afrontar con fondos propios. También es similar la estructura en fases de los dos procedimientos, que sirven para controlar el desarrollo de las soluciones, con desarrollo paralelo de múltiples prototipos y, al mismo tiempo, para reducir de manera progresiva el número de participantes

Desde la perspectiva de la mejora infraestructural, el paralelismo resulta aún más evidente. En la A-8, la CPI permite incrementar la visibilidad efectiva en situaciones de niebla densa, reducir la necesidad de cortes totales

de tráfico, mantener la funcionalidad de la vía y optimizar el nivel de seguridad sin reconstruir la infraestructura. Por su parte, en PROVIAS, la CPI permite mejorar parámetros objetivos de retroreflectancia y resistencia al deslizamiento, prolongar la vida útil de la señalización horizontal, reducir costes de mantenimiento mediante enfoque de ciclo de vida, y elevar el estándar técnico del activo vial.

Otro elemento relevante es la aplicación de la contratación pública como instrumento de mejora cualitativa, transformando la lógica presupuestaria tradicional. La inversión en CPI no puede analizarse únicamente como gasto corriente o como coste adicional, sino con visión estratégica. Este tipo de actuaciones, si están bien diseñadas y correctamente ejecutadas, pueden reducir costes futuros, minimizar la siniestralidad y optimizar la explotación de los activos.

Junto a lo anterior, en ambos proyectos se pone de manifiesto cómo la innovación no se limita a incorporar tecnologías digitales o a construir nuevas infraestructuras inteligentes. Es posible incidir sobre aspectos aparentemente secundarios, como la señalización horizontal o los sistemas de guiado en condiciones meteorológicas adversas, con una clara repercusión en la seguridad y continuidad del servicio público.

Desde una perspectiva institucional se ha comprobado cómo la CPI se aplica a ambos lados del océano, sin ser patrimonio exclusivo europeo ni americano, sino que ambos supuestos adaptan el modelo tradicional de contratación a la búsqueda de soluciones innovadoras. Desde la perspectiva del Derecho Administrativo español, esta evolución resulta plenamente coherente con el mandato constitucional de eficacia en la actuación administrativa (art. 103 Constitución Española) y con la exigencia de eficiencia en la asignación del gasto público (art. 31.2 Constitución Española). Conforme a ello, la compra pública estratégica y, con ella, la CPI, introduce una nueva forma de gestionar las infraestructuras, superando la tradicional lógica del gasto y proyectando el análisis hacia el coste del ciclo de vida, la reducción de siniestralidad y la optimización de la explotación de activos públicos. En este sentido, la inversión en I+D no puede interpretarse como un coste adicional, sino como una inversión, ya que supone un instrumento de ahorro de costes futuros, mejor servicio y generación de valor público sostenible.

Finalmente, ambos ejemplos confirman que la CPI exige una Administración capaz de redefinir sus problemas con una visión de largo plazo, comprendiendo en profundidad el reto al que se enfrenta en cada caso. Conforme a ello será posible que aplique mejoras tecnológicas, dialogue con el mercado, asuma el grado de incertidumbre inherente a estos procesos y pueda evaluar los resultados con criterios objetivos. La mejora de las infraestructuras mediante la aplicación de la CPI no es directa ni automática: requiere planificación, profesionalización y seguimiento técnico riguroso.

La cuestión ya no es si la contratación pública puede innovar, sino si las Administraciones están dispuestas a asumir el liderazgo estratégico que exige su utilización rigurosa, planificada y evaluable. En un contexto de creciente complejidad técnica, restricción presupuestaria y exigencia social de resultados, la compra pública de innovación aparece como una gran opción orientada a la mejora continua de las infraestructuras que sostienen el Estado social y democrático de Derecho.

VI. Bibliografía

ALLEGUE REQUEIJO, Beatriz (2023): «La relación con el mercado. Las consultas preliminares del mercado», en Sinde Cantorna, S. y Batet Jiménez, M.P. (Coords.): *Manual práctico de compra pública de innovación*, pp. 131-165.

BATET JIMÉNEZ, M^a Pilar (2014): «El nuevo contrato de asociación para la innovación», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 131, p. 74.

BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2017): «Compra pública de innovación una aproximación pro-competitiva» en Guillén Caramés, J. y Hernando Rydings, M. (coords.): *Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el derecho administrativo*, pp. 83-105.

- (2014): «Principios de adjudicación de los contratos de servicios de investigación y desarrollo previos a la comercialización (o compra pública precomercial)» en Gimeno Feliú, JM. (dir.): *Observatorio de los contratos públicos 2013*, pp. 233-270.

BUESO GUILLÉN, Pedro José (2021): «La gestión jurídica de los derechos de propiedad industrial e intelectual en la compra pública de innovación: una

visión general», en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 41, 2020-2021, pp. 51-78.

CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio (2021): «La compra pública de innovación: retos y oportunidades para el desarrollo de la I+d+i desde la demanda pública», en *IUS ET VERITAS: Revista de la Asociación IUS ET VERITAS*, pp. 38-59.

Comisión Europea (2021): *Comunicación de la Comisión. Orientaciones sobre la contratación pública en materia de innovación*. C(2021) 4320 final.

DE GUERRERO MANSO, M^a Carmen (2024) «Más de una década de compra pública de innovación en salud en España: estado de la cuestión y análisis de sus resultados», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N^o 62 Extra 25, pp. 57-95.

- (2021): «La imperiosa necesidad de profesionalización como clave del éxito en la contratación pública: La utilización de la herramienta ProcurCompEU», en Gimeno Feliú (dir.) *Observatorio de los contratos públicos 2020*, pp. 91-125.

- (2019): «Los tres procedimientos de asociación para la innovación licitados en España: valoración de sus aspectos clave y pros y contras de cada uno de ellos», Gimeno Feliu, JM. (Dir.): *Observatorio de los Contratos Públicos 2018*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 281-327.

- (2018A): «La Asociación para la Innovación. Nuevo procedimiento de adjudicación que permite a los órganos de contratación ser protagonistas del proceso de adquisición de bienes, servicios u obras innovadoras», en Fernández Salmerón, M. y Martínez Gutiérrez, R. (Dirs.): *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 271-304.

- (2018B): «Las consultas preliminares del mercado: una herramienta para mejorar la eficiencia en la contratación pública», en Gimeno Feliú, J. M.^a (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 1047-1071.

DÍEZ SASTRE, Silvia (2023): «Consultas preliminares del mercado en la contratación pública local aproximación sistemática a su régimen jurídico» en *Anuario de Derecho Municipal*, N^o. 17, 2023, pp. 47-83.

FUERTES GINÉ, Leticia (2024): «La compra pública de innovación en el sector salud. Profundizando en la fase de planificación y en los technology

readiness levels (TRL)», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° 62 Extra 25, pp. 97-133.

GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (2019): «Las consultas preliminares del mercado: algunas reflexiones», en Gimeno Feliu, JM. (Dir.): *Observatorio de los contratos públicos 2018*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 131-180.

- (2018): «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública» en *Documentación Administrativa: Nueva Época*, núm. 4, pp. 92-113.

GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio (2018): *Las conexiones entre contratación administrativa e innovación*, Tecnos, 348 pp.

GIMENO FELIÚ, José María (2020): «La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad», en *Revista de Economía Industrial*, 415, pp. 89-97.

- (2019): «La calidad como nuevo paradigma de la contratación pública», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n° 159, p. 3.

- (2017): «Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites», en *Anuario del Gobierno Local*, n° 1 (Ejemplar dedicado a: Participación ciudadana y regeneración política. Retos de la gestión de los servicios públicos y de los derechos sociales), pp. 241-287.

- (2014): *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia (el contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Cizur Menor, Navarra: Aranzadi.

- (2013): «Compra pública estratégica», en Pernas García (dir.): *Contratación pública estratégica*, pp. 45-80.

- (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*, Civitas.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (2015): «Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 56, octubre-diciembre 2015, pp. 13-42.

GORDO CANO, Diana (2022): «La regulación y aplicación práctica de la compra pública precomercial en España», en *Revista española de derecho administrativo*, n° 217, pp. 321-350.

MEDINA ARNÁIZ, Teresa (2011): «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», en Gimeno Feliu, J.M. (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Aranzadi; pp. 43-94.

MIÑO LÓPEZ, Antonio (2014): «La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública», en Pernas, J. (coord.): *Contratación pública estratégica*, Aranzadi Thomson Reuters, pp. 214-248.

MORENO MOLINA, José Antonio (2021): «Criterios sociales de adjudicación en el marco de la contratación pública estratégica y sostenible post-covid-19», en *Revista española de derecho administrativo*, nº 210, pp. 45-78.

- (2019): «Contratación socialmente responsable», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 160, pp. 1-2.

- (2018): Hacia una compra pública responsable y sostenible: novedades principales de la Ley de contratos del sector público 9/2017, Tirant lo Blanch.

MURILLO JASO, Luis (2013): «Compra pública innovadora fomentando la innovación por el sector público», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 868, p. 6.

NÚÑEZ LOZANO, María Carmen (2016): «La contratación pública innovadora compras comerciales y compras precomerciales», en Hernández González (dir.), *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia, Francia*, pp. 107-144.

PEIRÓ BAQUEDANO, Ana Isabel (2016): «Las consultas preliminares al mercado y su funcionamiento práctico. Experiencias sobre cómo llevar a cabo un Meet-the-Market-Event», en *Observatorio de Contratación Pública*, obcp.es, 10/10/2016.

PEÑATE, Valentín, M^a Concepción y Sánchez Carreira, M^a del Carmen (2018): «La compra pública innovadora. Análisis regional de la experiencia española», en *Journal of Regional Research*, núm. 40, pp. 79-107.

PERNAS GARCÍA, Jose (2020): «La participación de los actores privados en la preparación de los contratos de gestión de servicios públicos locales: De la patología a la eficiencia a través de la consulta preliminar, una herramienta clave para una administración íntegra y profesionalizada», en *Observatorio de los contratos públicos 2019*, pp. 391-432.

- dir. (2013): *Contratación pública estratégica*, Thomson Reuters Aranzadi.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2013): «La contratación del sector público como política pública», en Pernas García (dir.): *Contratación pública estratégica*, pp. 31-44.

SÁNCHEZ CARREIRA, M. del Carmen, Varela Vázquez, Pedro y Peñate Valentín, M. Concepción (2019): «La compra pública de innovación: análisis de la experiencia en Galicia en el ámbito sanitario», en *Revista Galega de Economía*, 28 (2), pp. 71-86.

TARDÍO PATO, José Antonio (2016): «La “asociación para la innovación”: contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 181.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (2018): «Definición del objeto contractual en la compra pública de innovación» en Fernández Salmerón, M. y Martínez Gutiérrez, R. (Dirs.), *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, pp. 235-270.

- (2018B): «Las consultas preliminares del mercado como mecanismo para favorecer las compras públicas inteligentes», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 191, 2018, pp. 77-106.

VARELA REY, Manuel y Moñux Chércoles, Diego (2020): «Una década de Compra Pública Innovadora (CPI) en España: balance y lecciones aprendidas», en *Economía industrial*, pp. 27-35.

VÁZQUEZ MATILLA, F. Javier (2019): «Consultas preliminares desde la óptica de los poderes adjudicadores y de las empresas», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 162, 2019, pp. 1-13.

LAS INFRAESTRUCTURAS EN EL DERECHO ITALIANO ENTRE EL MERCADO Y LOS INTERESES PÚBLICOS: conceptos y principios

Giuseppe Piperata

Profesor titular de Derecho Administrativo en la Alma Mater Studiorum - Universidad de Bolonia y profesor de la *Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica* (SPISA). Es director de *Aedon. Rivista di arte e diritto online* y codirector de *Munus. Rivista giuridica dei servizi pubblici*. Ha coordinado numerosas unidades de proyectos de investigación de interés nacional, entre las que se incluyen, más recientemente, el grupo de trabajo IUAV en el contexto del PRIN2022 PNRR *From BEaches to Coasts: towards an Integrated PROtection of COASTS* (BeProCoasts) y del PRIN2022 *Attractiveness of the historic villages and recovery of the building heritage for residential and tourist purposes, between ownership and consumption*. Sus intereses de investigación actuales se centran en la gobernanza del territorio, el patrimonio cultural, los bienes públicos, las entidades regionales y territoriales y la gestión de los servicios públicos.

Sumario: 1. Introducción. – 2. Importancia y límites del sistema de infraestructuras italiano. – 3. El concepto jurídico de infraestructura: aperturas legislativas y características. – 4. Infraestructuras: algunas cuestiones críticas en el ámbito jurídico. – 5. La influencia del derecho europeo. – 6. El marco nacional. La articulación de las competencias legislativas y la fragmentación de las disciplinas jurídicas en materia de infraestructuras. – 7. Los principios generales de referencia.

1. Premisa

Hoy en día sería difícil imaginar nuestras sociedades y nuestras economías sin infraestructuras, es decir, sin obras esenciales para garantizar el desarrollo del sistema nacional y el ejercicio de nuestras libertades y nuestros derechos más preciados. La relación entre las infraestructuras y la economía siempre ha sido muy estrecha¹. Ya en el siglo pasado, Massimo Severo Giannini señalaba a este respecto que corresponde a los poderes públicos dictar la disciplina de los hechos que más condicionan los procesos económicos. Esto siempre ha sido así, incluso cuando en lugar de esa síntesis

¹ Permítase remitir a PIPERATA Giuseppe, *Infrastrutture e sviluppo economico*. In cerca di nuovi modelli, en *Munus*, 2013, III ss.

institucional de los poderes públicos que hoy llamamos “Estado” existían ordenamientos de carácter general que organizaban poderes distintos de los privados. Para Giannini, desde épocas muy lejanas, eran cuatro los aspectos principales de la dinámica económica que regulaba el derecho, confiando a los poderes públicos las acciones necesarias y consiguientes: el uso del agua, la regulación del tiempo (hora y calendario), la definición de pesos y medidas y, en particular, las políticas de infraestructura.

Pero hay otro aspecto que debe tenerse en cuenta cuando se habla de infraestructuras: *“Entendemos por infraestructuras el suministro de carreteras, puertos, edificios públicos, etc. La actividad de preparación de las infraestructuras siempre ha sido una actividad de los poderes públicos, y esto lo podemos constatar también visualmente: en cualquier yacimiento arqueológico, la mayor parte de las obras que componen el conjunto son templos, palacios públicos, presas, canales de riego, carreteras, es decir, obras que facilitan la convivencia del grupo que forma la colectividad asociada”*². Por lo tanto, la infraestructura no solo es instrumental para la economía, sino que, sobre todo, es también el resultado de una política destinada a garantizar mejores condiciones de vida a las comunidades de las que formamos parte.

Esto explica por qué la preparación de infraestructuras sigue siendo, aún hoy, una de las principales tareas del Estado y de las instituciones públicas, que asumen la responsabilidad de esta función a diversos títulos e intervienen en los múltiples momentos en los que se ejerce dicha política. Y esto explica también por qué es el derecho, en primer lugar, el que proporciona un marco normativo en el que situar la actividad de infraestructura del país. En las páginas siguientes se intentará ofrecer una reconstrucción sintética de las características generales del sistema jurídico dedicado a las infraestructuras en el ordenamiento italiano³. En particular, se destacarán los

² GIANNINI Massimo Severo, *Diritto pubblico dell’economia*, Bologna, Il Mulino, 1995, 22.

³ Una reconstrucción general del derecho italiano en materia de infraestructuras figura en PIPERATA Giuseppe, *Infrastrutture, strade e mobilità*, en *Enciclopedia del diritto. III Funzioni amministrative*, a cargo de Mattarella Bernardo Giorgio y Ramajoli Margherita, Milano, Giuffrè, 2022, p. 685 ss. Aquí se reproducen algunos conceptos de alcance general desarrollados también en la entrada citada. Los análisis relativos a aspectos concretos de la normativa y a las cuestiones más actuales relacionadas con el sector figuran en *Le infrastrutture per il Paese. Regole, contratti, spazi*, a cargo de Piperata Giuseppe, Bologna, Il Mulino, 2026.

conceptos y principios que rigen un sector de intervención de los poderes públicos, hoy más que nunca, en busca de un posible equilibrio entre lo público y lo privado, entre el Estado y el mercado.

2. Importancia y límites del sistema de infraestructuras italiano

Para el Estado, garantizar un sistema de infraestructuras adecuado y eficiente equivale sobre todo a crear las condiciones para contribuir a la realización de los derechos y el bienestar de todos los ciudadanos y al desarrollo de los procesos económicos y sociales.

En Italia, el proceso de construcción de infraestructuras, iniciado desde los primeros años del nacimiento del Estado italiano, ha continuado en fases más o menos intensas, viéndose influido también por diversos factores, principalmente políticos, pero también institucionales, tecnológicos y, sobre todo, económicos, hasta llegar a diseñar un sistema de infraestructuras compuesto por obras puntuales y redes de obras interconectadas. La dotación infraestructural proporcionada por este sistema ha acompañado y promovido sin duda el desarrollo del país. Sin embargo, aún hoy presenta numerosas críticas, y no solo desde el punto de vista cuantitativo.

En los últimos años, no han faltado los intentos de invertir la tendencia y tratar de relanzar una política de infraestructuras eficiente, incluso mediante intervenciones legislativas específicas. Se ha intervenido en varias ocasiones en los marcos normativos de carácter general, se han aprobado reformas más puntuales en sectores concretos y se han introducido regímenes simplificados para favorecer y acelerar las acciones concretas de potenciación del capital infraestructural. Pero es del *Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia* (PNRR) de donde se espera el impulso más importante para completar y consolidar el sistema de infraestructuras italiano, ya que a este objetivo se destina una parte importante de los recursos disponibles para la reactivación tras la pandemia. La construcción de nuevas infraestructuras y la remodelación de las existentes son objetivos estratégicos declarados por el PNRR, en referencia a diversos sectores, empezando por el de la movilidad, pasando por las redes energéticas e hidráulicas, hasta las infraestructuras tecnológicas y digitales, así como las que presentan una caracterización en términos sociales. Se trata de objetivos ambiciosos, que deben alcanzarse en un breve plazo de tiempo, ya que vienen impuestos por una programación

extraordinaria y de emergencia y, en la perspectiva del Plan, deben promoverse también mediante reformas legislativas destinadas a eliminar los obstáculos burocráticos y garantizar la realización eficiente de las infraestructuras necesarias para la recuperación económica del país.

3. El concepto jurídico de infraestructura: aperturas legislativas y características

Por lo tanto, la reactivación económica y el futuro del sistema italiano dependerán de la mejora de las infraestructuras. De hecho, las ciencias económicas identifican las infraestructuras como aquellas obras individuales o conjuntos de obras o instalaciones que, *“aunque no se utilicen directamente en el proceso productivo, proporcionan una serie de servicios indispensables para el funcionamiento del sistema económico: carreteras, líneas ferroviarias, puertos, escuelas, hospitales, etc.”*⁴. Y no solo eso. A la categoría de infraestructuras económicas —sin duda la más importante— se pueden añadir otras categorías de obras infraestructurales, como las definidas como básicas (es decir, las infraestructuras instrumentales para las tareas fundamentales de los poderes públicos, como los edificios institucionales, las prisiones, etc.) o las sociales (es decir, las infraestructuras instrumentales para la consecución del bienestar de la colectividad, como las escuelas, los hospitales, etc.), ya mencionadas, por ser fundamentales en las políticas de recuperación económica⁵. Las tres categorías mencionadas anteriormente incluyen en el concepto de infraestructura cualquier obra o instalación que sea auxiliar de los procesos económicos o instrumental para el ejercicio de una tarea, función o servicio público o para la realización de un derecho o libertad fundamental que implique de alguna manera a los poderes públicos. Así definida, la noción de infraestructura resulta ser muy amplia, tanto que abarca cualquier obra pública y quizás también obras privadas de interés público.

También para la ciencia jurídica, el concepto de infraestructura ha carecido de autonomía y ha sido difícil de circunscribir dentro de una definición completa. Casi siempre, los tratados dedicados a este tema han

⁴ Así, BOGNETTI Giuseppe, Infrastrutture, en Enciclopedia delle scienze sociali, IV, Roma, Treccani, 1994, 720.

⁵ Véase, a este respecto, DI LASCIO Francesca, Le infrastrutture sociali tra complessità amministrativa e prospettive di valorizzazione, en Munus, 2020, 501 y ss.

superpuesto e incluido el concepto de infraestructura en el más amplio de obras públicas⁶. Más correctamente, se ha señalado que *“la infraestructura representa una noción de especie, sin relevancia jurídica, dentro del género de las obras públicas”*⁷, sin dejar de destacar también el perfil teleológico de dichas obras, que *“constituyen (o son instrumentales para la prestación de) servicios públicos esenciales de tipo real, es decir, prestados a la comunidad de forma indiferenciada en todo el territorio”*⁸.

Pero la infraestructura no es solo una obra pública. Si bien el concepto de obra pública evoca la idea estática de un bien inmueble, el concepto de infraestructura, por el contrario, implica la idea más dinámica de un bien instrumental, ya que su ubicación y realización se justifican por la función que puede y debe desempeñar con respecto a otros objetivos, como hemos visto, de promoción económica, pero no solo. En los últimos tiempos, entre otras cosas, se está dando mayor importancia a las infraestructuras que a las obras públicas, ya que, aunque el régimen de estas últimas sigue representando uno de los principales marcos normativos para las primeras, *“la evolución normativa más reciente muestra que el concepto de obra pública que había dominado la escena en los años noventa está cediendo el paso al concepto de infraestructura”*⁹. Los factores que han determinado (y siguen determinando) este cambio son diversos y, en primer lugar, son factores tecnológicos y económicos. Pero es sobre todo la evolución legislativa la que parece avanzar en esta dirección. Se pueden citar dos ejemplos para justificar lo afirmado.

Nuestro ordenamiento jurídico contiene una definición de infraestructura. El decreto del Ministro de Economía y Finanzas, de 26 de noviembre de 2010, por el que se aplican las disposiciones en materia de equiparación infraestructural previstas en la Ley n.º 42, de 5 de mayo de 2009, esboza una definición de infraestructuras, considerando como tales los bienes instrumentales destinados principalmente a la prestación de servicios

⁶ Véase MARI Angelo, *Infrastrutture*, en *Dizionario di diritto pubblico*, a cargo de Cassese Sabino, Milano, Giuffrè, 2006, 3134 ss.

⁷ Así SCIULLO Girolamo, *La localizzazione delle infrastrutture*, en *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, a cargo de Cammelli Marco, Bologna, Il Mulino, 2007, 585 y ss.

⁸ Así Lessico giuridico dell'edilizia e dell'urbanistica, a cargo de Dalfino Enrico, Roma – Bari, Laterza, 1992, 157.

⁹ Así MARI Angelo, *Le infrastrutture*, en *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, pt. II, a cargo de Cassese Sabino., Milano, Giuffrè, 2003, 1864.

colectivos, a demanda individual o agregada, dirigidos a familias y empresas, independientemente de la naturaleza de la propiedad de los titulares de los derechos reales sobre dichos bienes, que se inscriben en los sectores de las estructuras sanitarias, asistenciales y escolares, así como en la red de carreteras, autopistas y ferrocarriles, la red de alcantarillado, la red de agua, electricidad y transporte y distribución de gas, las estructuras portuarias y aeroportuarias, así como los servicios relacionados con el transporte público local y la conexión con las islas. Se trata de una definición útil, pero no lo suficientemente sólida como para servir de base a un concepto autónomo de infraestructura, ya que sigue siendo demasiado amplia y, por disposición expresa, no tiene alcance general, sino que es válida únicamente a los efectos del propio decreto (art. 2).

Otro ejemplo de lo anterior se puede encontrar en una fuente aún más importante, el Decreto Legislativo n.º 36, de 31 de marzo de 2023, que contiene el Código de Contratos Públicos, en el que se puede observar la presencia de un artículo dedicado a la regulación de los “procedimientos de planificación, programación y diseño de infraestructuras estratégicas cuya realización reviste carácter de urgencia y de interés nacional preeminente a efectos de la modernización y el desarrollo de la Nación” (art. 39).

Sin embargo, el énfasis que se da en la legislación reciente a los bienes infraestructurales no parece haber resuelto el problema de su autonomía conceptual con respecto a la de las obras públicas. El concepto sigue teniendo un perímetro tan amplio que abarca diferentes tipos de dotaciones infraestructurales, puntuales o en red, materiales e incluso inmateriales. Solo si se intenta delimitar más la categoría a algunas obras e instalaciones, entonces, entre las muchas que comúnmente se consideran infraestructuras, se pueden aislar aquellas que presentan algunas características específicas. Si se quiere restringir aún más el campo, centrándose en algunas obras públicas que presentan las características de las obras de infraestructura, entonces se podría afirmar que presentan las características de las infraestructuras aquellas obras e instalaciones que (a) están diseñadas y realizadas para constituir una red o un sistema que no es fácilmente duplicable, (b) presuponen la intervención de los poderes públicos en algún sentido y (c) resultan indispensables para el ejercicio de una función o un servicio público o de un derecho o una libertad fundamental. Una vez definido en estos términos el concepto jurídico de infraestructura, la categoría correspondiente solo puede incluir algunas obras

públicas relacionadas con sectores específicos de intervención de los poderes públicos, tales como: la movilidad y el transporte, los servicios de agua y energía, y las telecomunicaciones.

4. Infraestructuras: algunas cuestiones críticas en el ámbito jurídico

El ámbito jurídico en el que se inscriben las infraestructuras presenta algunas cuestiones críticas que merecen ser señaladas, ya que condicionan dichas obras. Se trata de un entramado de cuestiones que se refieren, en particular, a las normas, a los sujetos encargados de decidir y a las funciones que estos ejercen, a los lugares destinados a albergarlas y a los recursos necesarios para financiarlas.

El primer dato crítico que se registra en relación con las infraestructuras se refiere a las normas. Cuando se habla de infraestructuras, es necesario hacer referencia a una pluralidad de estatutos jurídicos. Como se ha anticipado, el Código de Contratos Públicos ofrece un mínimo de disciplina unitaria en lo que respecta al diseño, la localización y la ejecución de las obras de infraestructura; sin embargo, por lo demás, el ordenamiento jurídico presenta una pluralidad de disciplinas, que varían en función del destino funcional de la infraestructura.

Esta situación se ve agravada por la multiplicación, a diferentes escalas, de los organismos públicos que desempeñan funciones reguladoras y decisorias en relación con la dinámica de diseño y ejecución de las obras. En parte, esto se debe al hecho de que la infraestructura se ubica en un territorio y, hoy en día, el territorio —como se ha aclarado eficazmente— no es “*ni un vacío ni una reserva exclusiva de entidades que operan a un nivel superior [...]; es un ‘pleno’ de niveles superpuestos de regulación, de relaciones directas con redes y actores globales, de cooperaciones verticales y horizontales, de políticas generales y sectoriales*”¹⁰. No se trata solo de una cuestión de «congestión», sino que, a veces, falta claridad sobre “quién hace qué”, ya que muy a menudo se requiere la intervención de varios sujetos públicos en relación con un proceso de autorización, localización y realización

¹⁰ Así lo afirma CAMELLI Marco, Istituzioni pubbliche e sviluppo economico locale, in Poteri pubblici e sviluppo economico, a cargo de BIN Roberto y COEN Leonardo, Padova, Cleup, 2009, 30.

de obras públicas sin que se definan claramente las funciones y tareas, con el consiguiente riesgo de bloqueo del procedimiento¹¹.

Por no hablar, además, del régimen de propiedad al que se somete la obra, régimen que puede variar no solo en función de las características del bien (infraestructura individual; infraestructura en red), sino que oscila entre modelos más cercanos a la lógica privatista y modelos, en cambio, más influenciados por una concepción de estas obras como bienes públicos en el sentido tradicional¹².

La posibilidad de recurrir a las infraestructuras como instrumento de política económica para reactivar la economía a corto plazo a menudo debe hacer frente a la resistencia de los lugares. Obviamente, la resistencia se refiere a la posibilidad de ubicar y construir una infraestructura en un territorio determinado y puede expresarse de diversas maneras, tanto por parte de entidades públicas como privadas, individuales o asociadas. En el primer caso, la resistencia puede dar lugar incluso a un posible conflicto entre poderes públicos, al que se puede dar solución recurriendo a los mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico para aclarar las competencias o impedir la inercia o los bloqueos procedimentales. Pero las noticias diarias demuestran que la resistencia de los lugares es también la resistencia de los individuos. En este sentido, los proyectos de infraestructura siempre presuponen la participación y el consenso, y, también en este caso, el ordenamiento jurídico no carece de instrumentos al respecto.

Igualmente entrelazada es la relación entre infraestructuras y recursos. Las infraestructuras son obras que requieren inversiones considerables, que no siempre pueden imputarse exclusivamente al Estado o al mercado¹³. Por lo tanto, desde este punto de vista, el tema de las infraestructuras presupone,

¹¹ Véase al respecto FRANCHINI Claudio, *La realizzazione delle grandi opere tra centro e periferia*, en Giustamm.it, n° 1, 2015.

¹² Señala la pluralidad de modelos DUGATO Marco, *Ruolo e funzioni di Infrastrutture S.p.A.*, en *Titolarità e pubblica e regolazione dei beni. La dirigenza nel pubblico impiego*, Anuario 2003 de la Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, Milano, Giuffrè, 2004, 122. Para una reflexión más general al respecto, véase RENNA Mauro, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2004; TORELLI Gabriele, *Contraddizioni e divergenze delle politiche legislative sui beni pubblici*, Torino, Giappichelli, 2019.

¹³ Véase, al respecto, DELLA CANANEA Giacinto, *Stato e mercato. Le infrastrutture per i servizi pubblici*, en Munus, 2013, 187 y ss.

en primer lugar, una evaluación de las relaciones entre lo público y lo privado y, en segundo lugar, la configuración de los instrumentos jurídicos y económicos más adecuados para garantizar los recursos necesarios para la realización de las obras.

Sin embargo, hay que subrayar que, en la actualidad, el análisis de la relación entre infraestructuras y recursos está muy influido por el periodo de crisis (económica, medioambiental y sanitaria) que estamos viviendo, que ha relanzado las políticas de infraestructuras y está afectando a la relación entre el sector público y el privado en lo que respecta a los recursos para la realización de obras públicas. Por lo tanto, se confirma la idea de que existe una fuerte relación de interdependencia entre las infraestructuras y el crecimiento económico, pero corresponde al legislador y a las administraciones encontrar los modelos más funcionales y definir los instrumentos más adecuados para equilibrar la relación entre lo público y lo privado y crear las condiciones necesarias para dotar a las economías y a los territorios de las infraestructuras necesarias para competir en un escenario cada vez más global y dinámico.

El concepto de infraestructura es aún inmaduro para el derecho y su marco jurídico de referencia se articula a lo largo de una pluralidad compleja y diferenciada de disciplinas sectoriales, difícilmente atribuibles a una visión unitaria. Por lo tanto, en este ámbito solo será posible ofrecer algunas perspectivas de análisis sobre el derecho italiano de las infraestructuras, señalando la influencia del derecho europeo en el sector de referencia y las principales tendencias reguladoras nacionales que afectan a las obras de infraestructura.

5. La influencia del derecho europeo

Aunque, como se ha visto, la materia no escapa a la posibilidad de elaborar categorizaciones, la falta de un marco normativo unívoco podría dificultar la reconstrucción de un régimen jurídico de referencia (actual y/o potencial) capaz de resumir en sí mismo el «estatuto unitario» de las infraestructuras.

Sin embargo, lo anterior no es más que una primera percepción del sentido, que no puede ni debe absolutizarse: parte (de hecho, una parte considerable) del marco normativo de las infraestructuras puede recuperarse

efectivamente, desde la influencia del Derecho europeo hasta llegar a las dinámicas nacionales.

La política de infraestructuras de la Unión Europea se basa en los artículos 170 a 172 del TFUE. La finalidad y el objeto de esta normativa reflejan, además, las características y los contornos que definen una posible noción de infraestructura. Por un lado, los objetivos de la política de infraestructuras de la UE (artículo 170, apartado 1) — “contribuir”, *entre otras cosas*, “al logro de los objetivos” del mercado interior (artículo 26 del TFUE) y de la cohesión económica, social y territorial (artículo 174 del TFUE) — evocan dos de las características distintivas de las infraestructuras: la infraestructura es, fisiológicamente, un instrumento para cruzar fronteras y, al mismo tiempo, un instrumento electivo de cohesión¹⁴. Por otra parte, el objeto de la política europea en la materia no es tanto la obra en sí misma como las interacciones de las «redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transporte, telecomunicaciones y energía» (art. 170, apartado 1) y de las ‘redes nacionales’, cuya ‘interconexión’, ‘interoperabilidad’ y ‘acceso’ promueve la UE (art. 170, apartado 2): así vuelve la idea, aquí planteada, de la infraestructura como obra compleja, diseñada y realizada para constituir una o varias redes.

La incidencia de la política europea en materia de infraestructuras es absolutamente polifacética, teniendo en cuenta la amplia gama de medios a través de los cuales la Unión opera en este sector (art. 171 TFUE).

En primer lugar, la Unión Europea proporciona orientaciones para la definición de objetivos, prioridades y líneas principales, cuya formulación completa se recoge actualmente en el Reglamento (UE) n.º 347/2013 (sobre las infraestructuras transeuropeas de energía), el Reglamento (UE) n.º 1315/2013 (sobre la red transeuropea de transporte) y el Reglamento (UE) n.º 283/2014 (sobre las redes transeuropeas en el sector de las telecomunicaciones). A esta primera y muy importante función se suman (a) la adaptación de la normativa técnica, con el fin de garantizar la mejor interoperabilidad de las redes, (b) la asistencia a la ejecución de proyectos de interés común (apoyados por los Estados miembros y previamente identificados en las orientaciones), mediante estudios de viabilidad, garantías de préstamo o bonificaciones de intereses, (c) la participación en la

¹⁴ LIGUORI Fiorenzo, *Infrastrutture e periferie*, en Munus, 2017, 121 y ss.

financiación de proyectos específicos en el sector de las infraestructuras de transporte y las infraestructuras sostenibles y de alta eficiencia en los sectores de la energía, la tecnología digital y el transporte.

Cabe señalar, por otra parte, que la influencia del Derecho europeo puede apreciarse, como se ha observado recientemente, al menos en otros tres aspectos. De hecho, las normas establecidas por la Unión Europea implican una multitud de condicionamientos sobre *el* qué, el cómo y el ‘dónde’ de las políticas de infraestructura: las inversiones en infraestructura y la financiación pública suelen estar limitadas por las disposiciones del Pacto de Estabilidad y las ayudas estatales; las programaciones nacionales de infraestructuras relativas ¹⁵ y prioritarias absorben necesariamente los proyectos transeuropeos de interés común; la normativa sobre la preparación de las infraestructuras se caracteriza, por regla general, por la afirmación de la competencia en el mercado (Directiva n.º 23-24/2014/UE) y, por lo tanto, por el principio de licitación (según la terminología nacional, pública) para la selección del mejor contratista.

6. El marco nacional. La articulación de las competencias legislativas y la fragmentación de las disciplinas jurídicas en materia de infraestructuras

Pasemos ahora al marco nacional en materia de infraestructuras, que, como ya se ha señalado, parece estar confiado a una pluralidad de fuentes, empezando por la constitucional. La Ley n.º 3, de 18 de octubre de 2001, ha representado, por así decirlo, la línea divisoria entre dos modelos de reparto de competencias legislativas en materia de infraestructuras. Hasta la revisión del título V, de hecho, la competencia legislativa estatal se extendía a todas las infraestructuras públicas, salvo en el caso de “*viabilidad, acueductos y obras públicas de interés regional*”, casos en los que se preveía la competencia concurrente del Estado y las regiones. En el artículo 117 reformado de la Constitución, en cambio, la estructura cambia radicalmente,

¹⁵ Para este orden de consideraciones, véase SCREPANTI Susanna, Le politiche infrastrutturali, en La nuova Costituzione economica, a cargo de Cassese Sabino, Roma - Bari, Laterza, 2021, 35 ss., esp. 58 ss., así como SCREPANTI Susanna, Le influenze europee nell'intervento pubblico nazionale in materia di infrastrutture, en Lo Stato promotore. *Come cambia l'intervento pubblico nell'economia* a cargo de Bassanini Franco, Napolitano Giulio e Torchia Luisa, Bologna, il Mulino, 2021, 63 ss.

porque, en esencia, desaparece la distinción basada en la dimensión del interés (nacional o regional).

Más concretamente, en la versión actual del artículo 117 de la Constitución, no existe la competencia exclusiva del Estado en materia de infraestructuras, sino que se mantiene una competencia concurrente más amplia —en materia de puertos y aeropuertos civiles, grandes redes de transporte y navegación, ordenación de las comunicaciones, así como producción, transporte y distribución nacional de energía— a la que se suma una competencia regional residual potencialmente impactante, ya que no está vinculada a la dimensión puramente «local» del interés infraestructural. Sin embargo, en el marco vigente, la competencia estatal en la materia conserva las mismas dos posibles formas de intervención. Por un lado, el Estado puede intervenir a través de la legislación en materia de *“protección de la competencia”* y *“protección del medio ambiente”*, es decir, ejerciendo la denominada competencia legislativa transversal, aunque dentro de los límites de la adecuación y la proporcionalidad¹⁶ ; por otro lado, el Estado puede legislar apelando al principio de subsidiariedad vertical *ex art. 118*, primer párrafo, de la Constitución, tal y como lo ‘reinterpreta’ el Consejo Constitucional a modo de *“mecanismo dinámico» que atañe a la asignación tanto de las competencias administrativas como de las legislativas”*¹⁷ .

Ante esta fragmentación del marco institucional, la fragmentación de las disciplinas jurídicas en materia de infraestructuras representa una consecuencia en cierto modo fisiológica. Por otra parte, al menos según las normas escritas de reparto, para las infraestructuras contempladas en el artículo 117, apartado 3, de la Constitución, la estructura es clara: el Estado

¹⁶ Véase C. cost., 23 de noviembre de 2007, n.º 401. En particular, sobre la protección de la competencia como límite intrínseco a la competencia legislativa regional, véase D’ALBERTI Marco, La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli, en *Diritto amministrativo*, 2004, 705 ss., D’ALBERTI Marco, Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici, en *Diritto amministrativo*, 2008, 297 ss., esp. 300 ss., CORSO Guido., La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle regioni e dello Stato), en *Diritto pubblico*, 2002, 981 ss.

¹⁷ Según la C. Const., 1 de octubre de 2003, n.º 303, “el principio de legalidad, que impone que también las funciones asumidas por subsidiariedad estén organizadas y reguladas por la ley, conduce lógicamente a excluir que las distintas regiones, con normativas diferenciadas, puedan organizar y regular funciones administrativas atraídas a nivel nacional y a afirmar que solo la ley estatal puede ocuparse de tal tarea”.

solo tiene la facultad de dictar los principios fundamentales, mientras que la normativa detallada y la potestad reguladora corresponden a las regiones.

Sin embargo, es cierto que, como se ha dicho, el ordenamiento jurídico ha previsto algunos ‘ganzúas’, y es quizás en torno a ellas donde la materia puede recuperar una dimensión unitaria. Si bien el más reciente *“principio del papel rector del Estado en las intervenciones sobre políticas complejas que afectan a una pluralidad de materias y competencias conexas”* (según el modelo que se desprende de la sentencia n.º 251/2016 del Consejo Constitucional)¹⁸ no se ha aplicado aún en el sector, no ocurre lo mismo en otros ámbitos: a partir del principio de subsidiariedad legislativa (al que se ha recurrido, por ejemplo, con la adopción de la Ley n.º 443, de 21 de diciembre de 2001 (denominada *‘ley-objetivo’*), y del decreto de aplicación, el Decreto Legislativo n.º 190, de 20 de agosto de 2002, con el fin de identificar, localizar y realizar las infraestructuras públicas y privadas y los asentamientos productivos estratégicos de interés nacional preeminente), hasta llegar a las formas más tradicionales de competencia legislativa transversal en materia de «protección de la competencia» y *“protección del medio ambiente”* (a modo de ejemplo, y en lo que aquí más nos interesa, nos remitimos al Decreto Legislativo n.º 36/2023 y al Decreto Legislativo n.º 152, de 3 de abril de 2006), temas a los que la legislación sectorial se ha referido a menudo.

7. Principios generales de referencia

De lo anterior, además de su fragmentación en estatutos sectoriales, se desprende una primera caracterización del régimen jurídico de las infraestructuras: tiene dos almas, una caracterizada por la centralización (es la dimensión europea de las redes de infraestructura, según los artículos 170-172 del TFUE) y la otra por la descentralización moderada (es la perspectiva del ordenamiento jurídico nacional, según el modelo derivado de la combinación de los artículos 117 y 118 de la Constitución).

Una vez aclarado esto, conviene señalar que existen otros principios generales de referencia que califican el régimen jurídico de las infraestructuras, a partir de los cánones clásicos del derecho administrativo,

¹⁸ Así FALCON Giandomenico, Il regionalismo differenziato alla prova, diciassette anni dopo la riforma costituzionale, in Le Regioni, 2017, 625 y ss., esp. 627.

teniendo en cuenta que si la infraestructura sirve para el desempeño de una función, un servicio público¹⁹, o si la infraestructura es en sí misma un servicio instrumental para el ejercicio de un derecho o una libertad fundamental, entonces su régimen jurídico se caracteriza por la obligatoriedad y la tensión teleológica²⁰. Se trata de principios que atraviesan transversalmente el sistema de infraestructuras y varían en función de la fase concreta de vida de la infraestructura que se tenga en cuenta. Podemos imaginar, por ejemplo, la importancia que tiene el principio de leal colaboración entre instituciones en la fase de decisión relativa a la infraestructura o el de participación con respecto a los directamente interesados, mientras que sin duda son relevantes los principios de accesibilidad e interoperabilidad con respecto al momento de la gestión de esta.

En cuanto a la fase de realización, y entrando más en detalle, no se puede pasar por alto el canon, también típico de nuestro ordenamiento, de la imparcialidad, pero que, especialmente debido a la influencia del derecho europeo, e e se declina como principio de competencia²¹. A este respecto, cabe señalar que la norma que rige la adjudicación del contrato para la realización o la gestión de la infraestructura es la del procedimiento de licitación pública, según las formas prescritas por las directivas europeas en materia de contratos públicos y, por lo tanto, por el Decreto Legislativo n.º 36/2023. El principio de competencia encuentra, sin embargo, algunas

¹⁹ En este sentido, véase también DIPACE Ruggiero., *Le reti di trasporto fra disciplina europea e nazionale per la realizzazione di una mobilità sostenibile*, en *Infrastrutture di trasporto e sistemi di regolazione e gestione. Coesione, sostenibilità e finanziamenti*, a cargo de Colombini Giovanna, D'Orsogna Marina, Giani Loredana y Police Aristide, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 31 ss., quien, distinguiendo entre obra e infraestructura, recuerda que “las infraestructuras son funcionales a la prestación de servicios públicos”.

²⁰ Se pueden extraer indicaciones útiles al respecto de DELLA CANANEA Giacinto, *Per un nuovo assetto delle reti di servizi pubblici*, en *Munus*, 2011, 104 y ss., esp. 109, que, en relación con las infraestructuras en red, subraya la “diversidad de los bienes que se remontan a unidades en el plano teleológico”. Véase también DUGATO Marco, *La crisi del concetto di servizio pubblico locale tra apparenza e realtà*, en *Diritto amministrativo*, 2020, 511 ss., esp. 518, quien afirma que la “apremiante demanda de mejora de la calidad de los servicios” implica como ‘tema central’ el de la calidad de las infraestructuras, que, en particular para los servicios en red, constituye el elemento clave de la mejora.

²¹ Véase, recientemente, MAZZAMUTO Marco., en Fabio Cintioli versus Marco Mazzamuto: *reformare i contratti pubblici?*, en *Il diritto dell'economia*, 2020, esp. 855.

limitaciones. En primer lugar, limitaciones de carácter «temporal»: es el caso de la gestión de la infraestructura aeroportuaria, en la que, junto con la introducción del principio de licitación (art. 704, apartado 2, del Real Decreto n.º 327, de 30 de marzo de 1942, modificado por el art. 3, apartado 1, del Decreto Legislativo 9 de mayo de 2005, n.º 96), el legislador nacional ha previsto un régimen derogatorio para las concesiones vigentes y para los procedimientos de concesión iniciados sobre la base de solicitudes presentadas antes de la entrada en vigor de «la norma de licitación» (art. 3, apartado 2, del Decreto Legislativo n.º 96/2005)²². En segundo lugar, se han introducido matices de carácter, por así decirlo, sistémico: es el caso del recurso al modelo de prestación interna, cuya legitimidad se deriva de la indiferencia del ordenamiento europeo con respecto a la alternativa entre la externalización y la internalización de los servicios, y que se refleja, por ejemplo, en el sector de las autopistas²³.

Otros principios que también presentan fuertes conexiones con el ámbito de la contratación pública son los de la subsidiariedad horizontal, la programación y la sostenibilidad. Al igual que los mencionados hasta ahora, los tres principios citados no se caracterizan por ser cánones exclusivos de las infraestructuras: la subsidiariedad horizontal, aquí declinada en las formas de la colaboración público-privada, es un principio generalizado de rango constitucional (art. 118, apartado 4, de la Constitución); la programación es un principio atribuible al de la administración de resultados; la sostenibilidad, en virtud de lo dispuesto en el art. 3-*quater*, apartado 2, del Decreto Legislativo n.º 152/2006, es un principio finalista generalizado de toda la acción administrativa²⁴.

²² Sobre este punto, véase ALLENA Miriam., *La gestione aeroportuale tra principio di licitazione e aggiudicazione diretta: comparazione tra Italia e Gran Bretagna*, en *Infrastrutture di trasporto e sistemi di regolazione e gestione. Coesione, sostenibilità e finanziamenti*, a cargo de Colombini Giovanna, D'Orsogna Marina, Giani Loredana y Police Aristide, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, vol. I, 305 y ss.

²³ Véase SALTARI Lorenzo, *Le concessioni autostradali: un paradigma autonomo?*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2020, 1127 ss., y KURCANI Klaudia, *Infrastruttura autostradale e regimi concessori*, Torino, Giappichelli, 2025.

²⁴ FRACCHIA Fabrizio, *La voce flebile dell'altro: lo sviluppo sostenibile tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, e FRACCHIA Fabrizio, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, en *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2010, 13 ss.

Merece alguna reflexión adicional la referencia al principio de sostenibilidad en el sector de las infraestructuras. Si bien se suele concebir la sostenibilidad como un límite negativo con *respecto* a la elección de la infraestructura o como un canon conformativo de las características estructurales de la obra, no debe pasarse por alto que la sostenibilidad es al mismo tiempo un límite positivo de la intervención. Las infraestructuras de transporte, desde este punto de vista, representan un caso paradigmático, teniendo en cuenta que el transporte público (es decir, el fin al que pueden estar destinadas) y, en general, el transporte ferroviario y el intermodal representan en sí mismos paradigmas de sostenibilidad²⁵ : en otras palabras, y como demuestran las políticas sobre la creación de la red TEN-T²⁶ , la infraestructura puede ser en sí misma funcional para la sostenibilidad.

Aunque en cierto modo implícitos en el principio de sostenibilidad, no se puede omitir una referencia a los principios de seguridad y resiliencia de las infraestructuras (a los que también se vincula el de la digitalización). Se trata de dos criterios relacionados entre sí (en una dimensión de apoyo mutuo), pero que, no obstante, pueden distinguirse: la seguridad se centra en la reducción o eliminación de los peligros y las pérdidas de eficiencia de las actividades realizadas en el seno de la infraestructura; la resiliencia, por su parte, se refiere a la capacidad estructural de la infraestructura para adaptarse a los cambios, lo que marca, por tanto, la capacidad de respuesta y recuperación frente a las alteraciones externas. Se trata de dos principios recientemente valorados, en particular por la legislación que acompaña al PNRR, en concreto por el decreto ley n.º 121, de 10 de septiembre de 2021, convertido en la Ley n.º 156, de 9 de noviembre de 2021, que contiene numerosas medidas destinadas a la financiación y el potenziamiento de las infraestructuras, en primer lugar las de movilidad, a su puesta en seguridad y

²⁵ BONETTI Tommaso, *Il trasporto pubblico locale dalla prospettiva della mobilità sostenibile*, en *Diritto amministrativo*, 2020, 563 ss.

²⁶ Véase el citado Reglamento (UE) n.º 1315/2013, en el que la sostenibilidad, más que de la infraestructura en sí, se entiende como un atributo de la movilidad (considerando n.º 2). Sobre este tema, véase DIPACE Ruggiero, *Le reti di trasporto fra disciplina europea e nazionale per la realizzazione di una mobilità sostenibile*, en *Infrastrutture di trasporto e sistemi di regolazione e gestione. Coesione, sostenibilità e finanziamenti*, a cargo de Colombini Giovanna, D'Orsogna Marina, Giani Loredana y Police Aristide, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 31 ss.

también a la mejora del diseño organizativo de las autoridades gubernamentales del sector.

Como se ha anticipado, otro principio básico del ordenamiento europeo es el de la separación entre la gestión de la infraestructura y la prestación del servicio, cuya razón de ser reside en la voluntad de garantizar un acceso equitativo y no discriminatorio al mercado de las redes²⁷. Se trata, por tanto, de un principio muy importante, pero a veces ‘debilitado’, como ha ocurrido, por ejemplo, en el sector del transporte ferroviario.

Por último, cabe mencionar el enfoque innovador del reciente Código de Contratos Públicos italiano, d.lsg. n.º 36/2023, en relación con la definición de los principios que deben orientar todo el sector²⁸. Además de los principios clásicos de competencia, publicidad, transparencia, accesibilidad, etc., el Código introduce dos nuevos principios: el del resultado y el de la confianza, principios con los que se abre el texto legislativo, regulándolos respectivamente en los artículos 1 y 2.

Más en detalle. El legislador de 2023 impone a los poderes adjudicadores y a los organismos concesionarios la obligación de perseguir el resultado en las fases de adjudicación del contrato y también en la fase posterior de su ejecución, tratando de respetar la máxima rapidez y obteniendo, al mismo tiempo, la mejor relación posible entre calidad y precio, obviamente respetando los principios de legalidad, transparencia y competencia. Sin embargo, se precisa que también la competencia y la transparencia, principios de referencia adicionales del sistema de contratos públicos, son funcionales para la consecución del resultado. Así planteado, el resultado representa la forma de concretar el principio constitucional de buen funcionamiento en relación con los mercados de contratos públicos y también de estimular y apoyar el ejercicio de los poderes discrecionales e es por parte de la administración pública, a fin de evitar inercias e ineficiencias perjudiciales.

El principio de confianza también contribuye a favorecer y valorizar «la iniciativa y la autonomía decisoria de los funcionarios públicos, con

²⁷ Para algunas reflexiones en la literatura, véase POLICE Aristide, *Il servizio pubblico di trasporto in Italia: regolazione e mercato nel trasporto ferroviario*, en *Nuove autonomie*, 2015, n.º 3, 321 y ss.

²⁸ Para un comentario sobre el nuevo Código de Contratos Públicos italiano, *Diritto dei contratti pubblici*, a cargo de Mastragostino Franco, Piperata Giuseppe, Torino, Giappichelli, 2024.

especial referencia a las evaluaciones y las elecciones para la adquisición y la ejecución de las prestaciones según el principio del resultado» (art. 2, apartado 2). Esto se aplica a ambas partes de la dinámica contractual, la administración pública y los operadores económicos, que están obligados a basar su actuación en el principio de confianza mutua en la acción legítima, transparente y correcta. Esta última referencia se refuerza aún más en otro artículo del Código, el artículo 5, que vuelve a responsabilizar a ambas partes contratantes, desde una perspectiva de reciprocidad, del respeto de los principios de buena fe y protección de la confianza legítima.

El análisis de las disposiciones iniciales del nuevo Código nos ayuda a identificar de inmediato uno de los principales objetivos que persigue: promover el ejercicio de la autonomía contractual y de las facultades discrecionales que corresponden a las administraciones públicas en las dinámicas de negociación y, en consecuencia, construir un contexto regulatorio claro que permita a los poderes adjudicadores operar sin temor a asumir responsabilidades excesivas. De hecho, los resultados y la confianza también se han considerado instrumentos a los que el legislador habría confiado la tarea de contrarrestar el fenómeno del «miedo a firmar», considerado hoy en día uno de los principales factores del mal funcionamiento del sector de la contratación pública.

LAS INFRAESTRUCTURAS SOCIALES ENTRE LA COMPLEJIDAD ADMINISTRATIVA Y LAS PERSPECTIVAS DE VALORIZACIÓN

Francesca Di Lascio

Profesora asociada de Derecho Administrativo en la Universidad Roma Tre. Es vicecoordinadora del Doctorado en *Gobierno, Economía e Instituciones* y vicaria del *Colegio Único de Cursos para la Administración Pública* (CUPA) en el Departamento de Ciencias Políticas de la misma Universidad. Ha sido profesora visitante, entre otros, en el Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (Brasilia) y en la École de droit de la Sorbonne de la Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Es vicepresidenta de la Red Internacional de Derecho Europeo (RIDE). Ha coordinado la unidad de investigación local Roma Tre del Proyecto de Interés Nacional 2022 *PNRR From BEaches to Coasts: towards an Integrated PROtection of COASTS* (BeProCoasts) y del Proyecto de Interés Nacional 2022 *REhabilitating Peripheral Areas through Innovative Regeneration* (REPAIR). Sus intereses de investigación actuales se centran en el derecho medioambiental y de los recursos naturales, los bienes públicos, la gobernanza del territorio, el derecho de la ciudad y la digitalización de la administración pública.

SUMÁRIO: 1. Infraestructuras y desarrollo económico; 2. ¿Presentan las infraestructuras sociales características originales?; 3. El papel de las administraciones territoriales; 4. La cuestión de la financiación; 5. ¿Qué perspectivas hay para la valorización de las infraestructuras sociales?

1. Infraestructuras y desarrollo económico

La adecuación de las dotaciones infraestructurales de los sistemas nacionales, que tradicionalmente ha representado una actividad fundamental de disciplina de la economía ejercida por los poderes públicos estatales, es ahora un tema central también para las políticas europeas ¹.

Tras la crisis económica y financiera de 2008, la preparación de las infraestructuras ha adquirido una urgencia especial para la recuperación del desarrollo a medio y largo plazo y su consolidación en la zona del euro. Sin embargo, esta necesidad se ha visto frustrada por la constante reducción de las finanzas públicas y la imposición de restricciones estrictas a su uso, lo que ha

¹ GIANNINI Massimo Severo, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1977, 59.

limitado en gran medida, en el período considerado, la eficacia de la acción estatal, que ha tenido dificultades para promover inversiones en infraestructuras adecuadas a las necesidades de los sistemas nacionales ².

El problema se acentuó a partir de 2013, cuando la crisis comenzó a afectar a la deuda soberana y, por tanto, a la economía real. En esa fase, las medidas de apoyo puestas en marcha (que en ocasiones llegaron a ser auténticos ‘rescates’³) orientaron los recursos públicos hacia partidas consideradas de urgencia inmediata, con el efecto de aplazar la puesta en marcha de proyectos de desarrollo más duraderos, como los de preparación y modernización de las infraestructuras. Sin embargo, al mismo tiempo, a partir de 2014, la aprobación del llamado plan *Junker* ⁴ ha llevado al refuerzo de las políticas europeas y nacionales de apoyo a las inversiones en infraestructuras, con un *favor* para las derivadas de recursos públicos⁵, así como a la definición de planes y programas realizables mediante fondos procedentes del presupuesto europeo en lugar de las finanzas estatales⁶.

² A este respecto, PIPERATA Giuseppe, Infrastrutture e sviluppo economico: in cerca di un nuovo modello, en Munus, 2013, 2, pag. IX.

³ Tomando prestada la expresión utilizada por NAPOLITANO Giulio, Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali, en Giornale di diritto amministrativo, 2008, 11, pag. 1083 ss. Más ampliamente sobre las posibles medidas de apoyo a la recuperación, a cargo de Napolitano Giulio, Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali, Bologna, Il Mulino, 2012.

⁴ Se trata de la Comunicación de la Comisión Europea COM (2014) 903, de 26 de noviembre de 2015, titulada “Un plan de inversiones para Europa”.

⁵ Como demuestra la presencia ya en el Tratado de Maastricht de normas de tipo promocional dirigidas a los Estados en relación con los gastos de inversión, menos vinculantes que los gastos corrientes y no considerados a efectos de la medición del endeudamiento: DELLA CANANEA Giacinto, Stato e mercato: le infrastrutture per i servizi pubblici, en Munus, 2013, 1, pag. 205-206 (también a cargo de Dugato Marco, Mastragostino Franco (ed.), Partecipazioni, bienes y servicios públicos entre desinversiones y gestión, Bologna, Bononia University Press, 2014, pag. 27 ss.). Un análisis de las medidas (también organizativas) introducidas en el ordenamiento italiano para favorecer las inversiones públicas tras la adopción de las nuevas normas europeas de finanzas públicas se encuentra en DI CRISTINA Fabio, TONETTI Alessandro, La flessibilità europea e gli investimenti pubblici, en Giornale di diritto amministrativo, 2016, 2, pag. 191 ss.

⁶ A este respecto, véase BASSANINI Franco, REVIGLIO Edoardo, Le politiche per gli investimenti e le infrastrutture, en Europa. Un’utopia in costruzione, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2018, pag. 478 ss.

A lo largo de 2020, la intervención de la pandemia mundial, que provocó una crisis sanitaria de proporciones inimaginables a la que se sumó repentinamente una crisis económica de enormes dimensiones, impuso una vez más el refuerzo de una acción de intervención directa en la economía por parte de los Estados. A nivel europeo, la respuesta a la emergencia ha dado lugar a la puesta en marcha de medidas de apoyo basadas en normas innovadoras, susceptibles de definir el ejercicio de una función redistributiva original de la Unión, basada en poderes de gasto específicos y complementarios a la función reguladora tradicional⁷.

La posibilidad de que los Estados accedan a los recursos asignados en el marco del *Fondo de Recuperación y Resiliencia* (RRF), eje central del plan *Next Generation EU*, depende, de hecho, de la elaboración de planes nacionales en los que se indiquen los proyectos estratégicos de reforma en los que invertir de forma prioritaria. Los propios planes indican en detalle los instrumentos que se utilizarán para alcanzar los objetivos indicados⁸. Los proyectos serán objeto de un examen cualitativo por parte de la Comisión Europea, a diferencia de lo que ha ocurrido hasta ahora con respecto a los resultados de los déficits públicos, en los que el control del gasto y el equilibrio presupuestario se basaban en parámetros tendencialmente cuantitativos. Se trata de una novedad de cierta importancia que deja a los Estados una amplia discrecionalidad de elección y que, por lo tanto, exigirá a la Comisión una evaluación cuidadosa de la viabilidad y la sostenibilidad económica de las propuestas, así como de su coherencia con el contexto nacional específico⁹.

En relación con este último criterio, los planes nacionales deberán tener en cuenta las recomendaciones específicas formuladas en el contexto del Semestre Europeo, que evalúan el grado de aplicación de las orientaciones proporcionadas para el año anterior. En lo que respecta a las orientaciones más recientes, el *Informe por país relativo a Italia 2020*, aunque destaca que nuestro sistema ha avanzado en la redefinición de su política económica, estableciendo una mayor conexión con inversiones relacionadas, entre otras

⁷ Como sostiene CHITI Edoardo, L'Unione e le conseguenze della pandemia, en *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, 4, pag. 442-443.

⁸ CARLONI Enrico, Quale idea di pubblica amministrazione tra emergenza e Piano di ripresa e resilienza: note critiche, en *ASTRID Rassegna*, 2021, 1.

⁹ A este respecto, TORCHIA Luisa, Il sistema amministrativo italiano e il Fondo di ripresa e resilienza, en *ASTRID Rassegna*, 2020, 17, 1-4.

cosas, con la calidad (también medioambiental) de las infraestructuras, reitera al mismo tiempo la necesidad de seguir prestando mucha atención a esta cuestión, ya que los objetivos fijados no se han alcanzado plenamente¹⁰. Por lo tanto, no sorprende la atención dedicada a las infraestructuras en la propuesta del Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia (PNRR), aprobado por el Consejo de Ministros el 14 de enero de 2021¹¹.

Los elementos mencionados muestran cómo las instituciones europeas consideran que las dotaciones infraestructurales, por un lado, pueden tener un impacto potencialmente muy importante en la estructura económica de los territorios afectados y, al mismo tiempo, pueden condicionar todos los sectores productivos con los que están relacionados de diversas maneras. En términos económicos, el fenómeno se explica por la capacidad de las infraestructuras para garantizar, en determinadas condiciones, perspectivas de crecimiento estables. De hecho, el gasto en inversiones en este sector puede determinar un multiplicador superior al de otras partidas de gasto ordinario presentes en los presupuestos públicos¹².

Por lo tanto, si bien es cierto que la calidad de los sistemas de infraestructura, que depende en gran medida del volumen de inversión, es un

¹⁰ Así lo recoge el *Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, Informe por país relativo a Italia 2020*, que acompaña a la *Comunicación de la Comisión Europea COM(2020) 150 final*, de 26 de febrero de 2020, 81.

¹¹ En concreto, el documento citado se articula en seis áreas temáticas, denominadas ‘Misiones’, cada una de las cuales agrupa dieciséis componentes funcionales para perseguir los objetivos gubernamentales a través de líneas de intervención proyectuales. La Misión nº 5 está dedicada al ámbito “Inclusión y cohesión” y, en su interior, contiene la línea de proyecto nº 5.2 titulada “Infraestructuras sociales, familias, comunidades y tercer sector”, entre cuyos objetivos se encuentran el refuerzo de las infraestructuras sociales en favor de los menores, las personas mayores y las personas con discapacidad, para mejorar su calidad de vida, y el fomento del empleo femenino, el reconocimiento del papel del deporte en la inclusión y la integración social y el refuerzo de las políticas e inversiones nacionales relacionadas con la disponibilidad de viviendas a precios asequibles. La Misión nº 3, por su parte, está dedicada a las “infraestructuras para una movilidad sostenible” y contiene líneas de proyecto dedicadas a las infraestructuras sociales y sanitarias del sur de Italia. La versión del PNNR aquí citada se puede consultar en ASTRID Rassegna, 2021, 2.

¹² A este respecto, véase Banca d’Italia, *Le infrastrutture in Italia: dotazione, programmazione, realizzazione*, Roma, 2011, 11 ss., así como Fondo Monetario Internacional, *World Economic Outlook: Legacies, Clouds, Uncertainties*, Washington, 2014, 75-114 (disponible en <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2016/12/31/Legacies-Clouds-Uncertainties>).

factor crucial para el desarrollo, la cohesión social y la integridad nacional¹³, se puede afirmar que el nivel de desarrollo de las infraestructuras de un país es un indicador de su capacidad de gobierno¹⁴.

Teniendo en cuenta el contexto descrito, la presente contribución se centrará en la categoría de las infraestructuras sociales, cuyas características originales se identificarán por diferencia con respecto a las infraestructuras económicas y teniendo en cuenta el núcleo común de elementos que comparten ambos conceptos. La distinción se basará, concretamente, en la finalidad de las infraestructuras y, por lo tanto, en su uso previsto como indicador determinante. Partiendo de las características de las infraestructuras sociales, se realizarán algunas reflexiones sobre la distribución de competencias entre los diferentes niveles de gobierno, sobre el papel que corresponde a las administraciones territoriales en la fase de diseño y realización y sobre los efectos negativos que la complejidad administrativa tiene sobre la eficacia de los procedimientos aplicados. A continuación, se debatirán las cuestiones críticas relacionadas con la financiación de las infraestructuras sociales y, por último, se esbozarán las posibles perspectivas para su valorización.

2. ¿Presentan las infraestructuras sociales características originales?

La relación entre el desarrollo económico y las infraestructuras permite introducir algunas reflexiones sobre la posibilidad de distinguir estas últimas en función del uso que se les asigne.

De hecho, la relación descrita se perfila de manera diferente según los fines para los que se preparan las infraestructuras. En particular, los efectos de las inversiones en el territorio parecen disminuir de forma directamente proporcional cuando se trata de intervenciones destinadas a la prestación de servicios sociales, en lugar de orientar la maniobra económica¹⁵. En tal

¹³ BASSANINI Franco, Prefazione, a cargo de Manacorda Paola Maria, *I nodi delle reti*, Firenze, Passigli, 2010, 7. Sobre este tema, véase también, en general, GIARDINO Edoardo, *Lo sviluppo delle infrastrutture prioritarie: i ritardi, i limiti e le prospettive di riforma in Persona&Amministrazione - Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia*, 2022, 1, pag. 592 ss.

¹⁴ A cargo de Macchiati Alfredo, Napolitano Giulio, *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Bologna, Il Mulino, 2009, pag. 7.

¹⁵ GIANNINI Massimo Severo, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1977, 80.

hipótesis, de hecho, no destaca tanto la incidencia que las infraestructuras tienen con respecto a la intervención pública en la economía en su conjunto, sino más bien la medida en que estas logran garantizar y satisfacer los derechos sociales en cuestión.

En este sentido, las infraestructuras pueden distinguirse en económicas (o de uso económico) y sociales (o de uso social): las primeras alcanzan el objetivo institucional para el que se han creado mediante una acción directa de apoyo a las actividades productivas; las segundas, en cambio, tienen un impacto mediado en el sistema económico, ya que, al aumentar la oferta de servicios sociales, influyen en los motores del desarrollo solo de forma indirecta y con efectos a medio y largo plazo¹⁶.

La clasificación mencionada se ha utilizado principalmente en el ámbito económico-financiero con el fin de explicar la relación entre la reducción de los desequilibrios territoriales y la financiación de las infraestructuras sociales¹⁷. Por su parte, la literatura jurídica se ha centrado principalmente en la relación entre las infraestructuras económicas y la competencia, en el papel de los particulares en la construcción y gestión de dichas infraestructuras (también en lo que se refiere a los mecanismos que permiten la aportación de capitales no públicos a través de formas de asociación), así como en la identificación de la normativa aplicable a los procedimientos de realización, mantenimiento, control y financiación correspondientes¹⁸. Por lo tanto, la doctrina no ofrece muchas orientaciones

¹⁶ En este sentido, las infraestructuras sociales pueden considerarse “los activos físicos a largo plazo que facilitan los servicios sociales”: así lo afirma NATALINI Francesca, *The Public Value Dimension of Social Infrastructure*, SDA Bocconi, 2018, 6.

¹⁷ Como recuerda ZUMANO Catia, *Le opere infrastrutturali nelle politiche di sviluppo rurale: quale valore aggiunto apportano alla crescita dei territori?*, en Informe IFEL-CREA, *Infrastrutture e sviluppo territoriale. Il contributo della politica di sviluppo rurale*, 2020, 44 ss., que se remite, por ejemplo, a la contribución de HANSEN Niles M., *Unbalanced growth and regional development*, en *Western economic journal*, 1965, 4, primer estudioso en adoptar la distinción entre infraestructuras económicas e infraestructuras sociales. A este respecto, véase también DI GIACINTO Valter, MICUCCI Giacinto, MONTANARO Pasqualino, *L’impatto macroeconomico delle infrastrutture: una rassegna della letteratura e un’analisi empirica per l’Italia*, en Banca d’Italia, *Le infrastrutture in Italia: dotazione, programmazione, realizzazione*, Roma, 2011, 22 ss., también para la bibliografía que allí se recoge.

¹⁸ A este respecto, sin pretender ser exhaustivos y con referencia a contribuciones de carácter más general, cabe señalar CORSO Guido, *La legge ‘obiettivo’ nel quadro delle modifiche al Titolo V della Costituzione. Rapporti tra Stato e Regione in materia di infrastrutture e trasporti*

útiles para definir la categoría en cuestión y, en la actualidad, no es posible remitirse a un marco normativo de referencia orgánico y unitario.

Sin embargo, la distinción entre infraestructuras sociales y económicas también tiene relevancia jurídica, ya que, como se verá, puede condicionar las decisiones relativas a la financiación de los proyectos de infraestructura y los instrumentos operativos correspondientes.

En este sentido, puede ser útil verificar si la teoría general y el derecho positivo ofrecen elementos que permitan identificar los rasgos comunes a los dos tipos de infraestructuras considerados y, al mismo tiempo, rastrear las características originales propias de las infraestructuras sociales, útiles para distinguirlas de las económicas.

alla luce della legge costituzionale n. 3/2001, in Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza, 2002, 17, pag. 1707 e segg.; AA.VV., Titolo V della Costituzione e opere pubbliche. In memoria di Vincenzo Caianello, Bologna, Quaderni della SPISA, 2002; MARI Angelo, Le infrastrutture, a cargo de Cassese Sabino, Trattato di diritto amministrativo, parte speciale, tomo II, Milano, Giuffrè, 2003, pag. 1861 e segg.; STELLA RICHTER Paolo, Governo del territorio e infrastrutture, a cargo de Civitarese Matteucci Stefano, Ferrari Erminio, Urbani Paolo, Il governo del territorio, Milano, Giuffrè, 2003, pag. 273 e segg.; a cargo de Macchiati Alfredo, Napolitano Giulio, È possibile realizzare infrastrutture in Italia?, cit.; a cargo de Manacorda Paola Maria (ed.), I nodi delle reti, cit.; a cargo de Saltari Lorenzo, Tonetti Alessandro, La realizzazione e la gestione delle infrastrutture: il regime giuridico delle concessioni, IRPA Working Paper - Policy Papers Series, 2014, 2; CORTESE Fulvio, Le infrastrutture per le città, in Munus, 2014, 1, pag. 69 ss.; a cargo de Chirulli Paola, Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario, Napoli, Editoriale scientifica, 2016; a cargo de Colombini Giovanna, D'Orsogna Marina, Giani Loredana, Police Aristide, Infrastrutture di trasporto e sistemi di regolazione e gestione, Napoli, Editoriale scientifica 2018; E. CARDI, Mercati e istituzioni in Italia, Torino, Giappichelli, 2018, pag. 229 ss.; C. IAIONE, La localizzazione delle infrastrutture e gli insediamenti prioritari, a cargo de Scoca Franco Gaetano, Stella Richter Paolo, Urbani Paolo, Trattato di diritto del territorio, vol. II, Torino, Giappichelli, 2018, pag. 1157 ss.; AMOROSINO Sandro, Regolamentazione e programmazione delle infrastrutture, in Urbanistica e appalti, 2019, 1, pag. 46 ss.; FIGLIOLIA Claudia, Infrastrutture e insediamenti prioritari, a cargo de Clarich Marcello, Commento al Codice dei Contratti Pubblici, Torino, Giappichelli, 2019, pag. 1019 ss.; G. MORBIDELLI, Profili generali, a cargo de Sandulli Maria Alessandra, de Nictolis Rosanna, Trattato sui contratti pubblici, vol. V, Milano, Giuffrè, 2019, pag. 299 ss.; E. CARDI, S. ABRATE, A. CARDI, Programmazione e progettazione, a cargo de Sandulli Maria Alessandra, de Nictolis Rosanna, Trattato sui contratti pubblici, vol. V, Milano, Giuffrè, 2019, pag. 305 ss.; a cargo Scoca Franco Gaetano, Di Sciascio Alessandro Francesco, La partecipazione dei privati nella realizzazione delle grandi opere ed infrastrutture strategiche, Napoli, Editoriale scientifica, 2020; S. SCREPANTI, Le politiche infrastrutturali, a cargo de Cassese Sabino, La nuova Costituzione economica, Bari, Laterza, 2021, pag. 35 ss.

En cuanto al primer ámbito, pueden retomarse las consideraciones desarrolladas por Massimo Severo Giannini sobre la relación entre infraestructuras y obras públicas, quien partía de la premisa de que ambos conceptos no eran perfectamente equivalentes en términos jurídicos¹⁹. En particular, desde un punto de vista subjetivo, las infraestructuras y las obras públicas solo pueden coincidir si son realizadas por poderes públicos y con recursos públicos. Al mismo tiempo, entre los dos términos existe una diferencia objetiva, ya que la realización de la obra, que también puede correr a cargo de particulares, debe distinguirse de su mantenimiento, ordinario y extraordinario, que, salvo excepciones, corresponde al sujeto que se ha convertido en propietario de la obra tras su finalización.

A continuación, hay que considerar la relación entre la dimensión de la infraestructura y su valor económico, que es relevante desde dos puntos de vista procedimentales. En primer lugar, porque influye en la complejidad de la normativa aplicable al caso concreto, ya que, a un uso modesto de recursos públicos corresponde, por regla general, la posibilidad de seguir procedimientos administrativos simplificados para la realización de la obra de construcción o mantenimiento. En segundo lugar, una infraestructura de modestas dimensiones puede permitir a las administraciones propietarias recurrir a servicios internos y satisfacer así directamente las necesidades de mantenimiento de las obras que hayan surgido con el tiempo²⁰.

Por último, al examinar las normas aplicables, hay que distinguir entre los procedimientos relativos a la realización de obras estructurales y los relativos a las infraestructuras, ya que los primeros son un instrumento de incentivo de las actividades empresariales y no están destinados “principalmente al ordenamiento civil de la colectividad” ni “a la maniobra de la economía”²¹.

¹⁹ Como también reitera DELLA CANANEA Giacinto, *Stato e Mercato: le infrastrutture per i servizi pubblici*, cit., pag. 192, quien señala que entre los dos conceptos existe “sin duda una superposición de ámbitos, pero no de identidades”, destacando asimismo la relevancia jurídica autónoma que presenta la noción de infraestructura con respecto al concepto de “servicio público” y de “red”.

²⁰ Es el caso, por ejemplo, de una guardería en la que las actividades de mantenimiento ordinario son realizadas por los servicios técnicos municipales, sin necesidad de adjudicar un contrato externo. Sobre estos temas, véase también Giannini Massimo Severo, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., pagg. 61-64.

²¹ Giannini Massimo Severo, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., pagg. 79-80.

En relación con el segundo ámbito considerado, para identificar algunos elementos característicos de las infraestructuras sociales se recurrirá a la lectura combinada de algunas disposiciones normativas vigentes.

En primer lugar, el artículo 16, apartados 7 y 8, del Decreto del Presidente de la República nº 380, de 6 de junio de 2001 (denominado Texto único de la construcción), enumera las intervenciones para las que es necesario el pago de las tasas de urbanización, dividiéndolas en primarias y secundarias. Si se observan los tipos indicados en él, se aprecia que las infraestructuras sociales, en el sentido anteriormente definido (es decir, como dotaciones esenciales para la satisfacción de los derechos sociales), se sitúan en el segundo grupo de intervenciones, que se refiere, en concreto, a guarderías y escuelas infantiles, escuelas de enseñanza obligatoria, estructuras y complejos para la enseñanza superior, instalaciones deportivas de barrio, zonas verdes de barrio, centros sociales y equipamientos culturales y sanitarios, *“incluidas las obras, construcciones e instalaciones destinadas a la eliminación, el reciclaje o la destrucción de residuos”*.

La lista se confirma y, al mismo tiempo, se especifica con mayor detalle en las disposiciones relativas al uso y los criterios de reparto de los recursos asignados con cargo al *Fondo de Desarrollo y Cohesión*, de conformidad con el artículo 4 del decreto del Presidente del Consejo de Ministros de 17 de julio de 2020, relativo a *“Modalidades de asignación de la contribución de 75 millones de euros, para cada uno de los años comprendidos entre 2020 y 2023, a los municipios situados en el territorio de las regiones de Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Apulia, Cerdeña y Sicilia, que se destinará a inversiones en infraestructuras sociales”* (denominado ‘decreto Sur’). Esta medida aplica lo dispuesto en la Ley n.º 160, de 27 de diciembre de 2019 (denominada Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2020), que en su artículo 1, apartados 311 y 312, reparte para el cuatrienio mencionado una asignación específica, destinada a incentivar las inversiones en infraestructuras sociales y es mediante el pago de una contribución específica, calculada en función de la incidencia decreciente sobre la dimensión demográfica de las entidades territoriales interesadas, de modo que se garantice también a los municipios de menor población una contribución significativa.

El artículo 3, apartado 2, del citado Decreto del Presidente del Consejo de Ministros es especialmente relevante a efectos del presente análisis, ya que

establece que “*por ‘infraestructuras sociales’ se entienden las obras así calificadas en el sistema de clasificación de proyectos del código único de proyectos, contemplado en el artículo 11 de la Ley n.º 3, de 16 de enero de 2003*”²². En dicha clasificación, el ámbito “Obras e infraestructuras sociales” aparece muy estructurado e incluye algunas macrocategorías organizadas a su vez en subgrupos que precisan y amplían la lista de dotaciones indicadas en el texto único de la construcción. A este respecto, es interesante observar cómo la clasificación de los códigos únicos de proyecto incluye dentro de la categoría considerada no solo las estructuras necesarias para la satisfacción inmediata de las necesidades sociales de la comunidad (como las infraestructuras escolares, residenciales, sanitarias, religiosas, de mobiliario urbano o las relacionadas con los ámbitos cultural, deportivas y, más ampliamente, del ocio), sino que también incluye obras de uso directo para la administración (como las destinadas a la defensa, a la sede de órganos institucionales y oficinas públicas, a la construcción de edificios judiciales y penitenciarios y a la seguridad pública en general)²³. La medida en cuestión también contiene indicaciones útiles sobre la normativa aplicable a las dotaciones sociales, ya que, en el artículo 3, apartado 1, vincula dicha categoría con las obras públicas, lo que permite hacer referencia a los procedimientos y normas generales relativos a la contratación de obras contemplados en el Decreto Legislativo n.º 50, de 18 de abril de 2016²⁴.

Por último, también el artículo 10, apartado 7 ter, del Decreto Ley n.º 76, de 16 de julio de 2020²⁵ parece aceptar una noción amplia de la categoría en cuestión, ya que, al enumerar las obras de construcción destinadas a realizar

²² Se trata del código que las administraciones competentes o, alternativamente, los poderes adjudicadores solicitan para cada nuevo proyecto de inversión pública y para cada proyecto en curso de ejecución, con el fin de garantizar el funcionamiento de la red de seguimiento de las inversiones de carácter público.

²³ La información se ha extraído del documento titulado “*Il sistema di classificazione dei progetti nel CUP*” (El sistema de clasificación de proyectos en el CUP), elaborado por el Departamento de Planificación y Coordinación de la Política Económica de la Presidencia del Consejo de Ministros el 17 de septiembre de 2008 (8-9).

²⁴ El artículo 3, apartado 1, del Decreto del Presidente del Consejo de Ministros de 17 de julio de 2020 establece, de hecho, que “*el municipio beneficiario de la subvención puede financiar una o varias obras públicas en infraestructuras sociales, siempre que estas no estén ya financiadas íntegramente por otros organismos*”.

²⁵ Convertido por la ley de 11 de septiembre de 2020.

o calificar edificios existentes que siempre están permitidas con SCIA si se inician dentro de los plazos indicados, se refiere a *“infraestructuras sociales, estructuras escolares y universitarias, residencias para e s estudiantes, estructuras y residencias sanitarias o asistenciales, albergues, estructuras deportivas de barrio y edificios residenciales sociales, cualquiera que sea su denominación, realizados por administraciones públicas, por sociedades controladas o participadas por administraciones públicas o entidades públicas o por inversores institucionales”*.

Las disposiciones consideradas permiten formular algunas observaciones sobre lo que parecen ser rasgos típicos de las infraestructuras sociales.

En primer lugar, las normas confirman la idea, ya surgida en el análisis de Giannini, de una categoría con límites flexibles (como también demostraría la variada *mezcla* de casos clasificados a efectos de los códigos únicos de proyecto) que supera la estaticidad del concepto de obra pública²⁶ para evolucionar hacia una noción dinámica, mucho más adecuada a la función instrumental de satisfacción de los derechos sociales a los que se ha hecho referencia²⁷.

Por otra parte, frente a una regulación minuciosa de las infraestructuras económicas y, en especial, de las estratégicas, las infraestructuras sociales no son objeto de una normativa detallada. Pero la ausencia de límites normativos predeterminados y unívocos, que confirma indirectamente la flexibilidad de los límites de la categoría en cuestión, también corre el riesgo de plantear un problema de estatuto jurídico y de favorecer la aparición de problemas interpretativos que no son fáciles de resolver en ausencia de una normativa de referencia clara. Basta pensar en la

²⁶ Giannini Massimo Severo, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., pag. 63, se refiere, por ejemplo, a una “obra de ingeniería de modificación duradera del mundo físico, de elevado coste, para cuya realización se siguen determinados procedimientos administrativos”. G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, IV ed. Milano, Giuffrè, 2010, pag. 720, añade a esta definición la destinación “a un servicio público o, en general, la consecución de un fin público”, así como la idea de que la obra pública no representa solo una construcción, sino más bien una “transformación diferente del territorio”.

²⁷ En este sentido, “el concepto de obra pública evoca la idea estática de bien inmueble”, mientras que “el concepto de infraestructura implica... el más dinámico de bien instrumental”: así lo afirma G. PIPERATA, *Infraestructuras y crecimiento económico: en busca de nuevos modelos*, cit., pag. IV.

necesidad de garantizar la protección de los derechos sociales frente al desarrollo de infraestructuras digitales que permiten, por ejemplo, la prestación de servicios administrativos, sanitarios o socio-asistenciales a distancia o la toma de decisiones basadas en sistemas de inteligencia artificial.

Además, entre las infraestructuras sociales y las infraestructuras económicas existe una distinción dada por el perfil dimensional. De hecho, las infraestructuras sociales tienden a ser obras de volumen medio o pequeño, mientras que las económicas tienden a ser obras de gran envergadura que, en algunos casos, pueden llegar a tener relevancia europea (como ocurre con el corredor de movilidad transalpino) y/o transfronteriza. Este factor, como ya se ha mencionado, tiene un efecto en términos de procedimientos administrativos aplicables, ya que el menor valor económico de las infraestructuras sociales permite simplificar los controles destinados a verificar el uso correcto de los recursos públicos. Sin embargo, desde el punto de vista de la financiación, el menor desarrollo limita la posibilidad de generar interés por parte de los operadores económicos privados, con la consecuencia de que la construcción y el mantenimiento de las infraestructuras sociales (con excepción de la vivienda social) tiende a recaer casi íntegramente en los presupuestos estatales o, en cualquier caso, a realizarse con recursos públicos. Por el contrario, las infraestructuras económicas pueden tener un peso más limitado en las cuentas públicas, no solo porque la imposición de tarifas por su uso genera flujos de caja, sino también porque su construcción, aunque está reservada al Estado, puede confiarse a terceros mediante el uso del modelo de concesión o sobre la base de formas de colaboración público-privada.

En tercer lugar, se observa que el reducido volumen de las infraestructuras sociales se corresponde con su ‘pulverización’ en el territorio. Por lo tanto, a diferencia de lo que ocurre con la mayoría de las infraestructuras económicas, la responsabilidad de las fases de programación, diseño, realización y mantenimiento de las obras recae en las administraciones regionales y locales, más que en las estatales. Sin embargo, la descentralización de las competencias de gestión puede favorecer una ralentización de la acción administrativa debido a la multiplicación de los centros de decisión y a su necesidad de coordinación ²⁸, con el efecto de

²⁸ FIORENTINO Luigi, Le nuove norme per lo sviluppo infrastrutturale: interventi finanziari e organizzativi, en *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 2, pag. 168, centra la atención en el tema de la capacidad de las administraciones de gasto para gestionar las relaciones con los

reproducir también en este ámbito problemas nunca resueltos en relación con la realización de proyectos de infraestructura complejos, como, por ejemplo, los relativos a la escasa eficacia de los módulos de simplificación previstos por la ley sobre el procedimiento ²⁹.

De hecho, la dimensión limitada de las infraestructuras sociales no es, por sí sola, una condición suficiente para contrarrestar los efectos derivados de un exceso de cargas administrativas.

La ‘viscosidad de los procedimientos’ relacionados con las infraestructuras es, de hecho, una tendencia de larga data en nuestro ordenamiento jurídico ³⁰ y, si no se combate, puede retrasar la realización y el mantenimiento de las obras, lo que repercute negativamente en la actividad de los operadores económicos implicados ³¹. A este respecto, es sabido que el

“sujetos periféricos, jerárquicamente y/o funcionalmente vinculados a ellas, que son los ejecutores de los proyectos”, precisando que “la capacidad de conectar los distintos puntos del sistema que gira en torno a una Administración central es uno de los indicadores más relevantes para medir la eficiencia operativa y gestional de esa determinada realidad administrativa”.

²⁹ CLARICH Marcello, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2020, 1, pag. 174, pero también TORCHIA Luisa, *Il sistema amministrativo e le attività produttive*, a cargo de Torchia Luisa, *I nodi della Pubblica Amministrazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, pag. 23, según el cual “la fragmentación de tareas y funciones entre las administraciones públicas es una característica constante del sistema administrativo, que, a pesar de los diversos intentos, no se ha logrado remediar”.

³⁰ La expresión es utilizada por DELLA CANANEA Giacinto, *Investimenti pubblici e procedimento nel pensiero di Federico Caffè*, en *Munus*, 2015, 1, pagg. 180-181, al comentar CAFFÈ Federico, *La “viscosità delle procedure” della spesa pubblica e le attuali esigenze della politica economica*, en *Teorie e problemi di politica sociale*, Bari, Laterza, 1976, escrito en el que el conocido economista llegaba a la conclusión, aún válida y actual, de la incompatibilidad entre la lentitud y la complejidad de las normas administrativas relativas a las infraestructuras (de las que se deriva una dilatación excesiva del tiempo transcurrido entre la toma de decisiones y su ejecución), las exigencias de la política económica y la gestión flexible del gasto público.

³¹ A este respecto, en la comunicación de la Comisión europea *Una vía rápida para las pequeñas empresas. En busca de un nuevo marco fundamental para las pequeñas empresas COM/2008/0394 def* (denominada *Small Business Act*), adoptada en 2008, se ponía de relieve que las cargas administrativas, especialmente cuando recaían sobre las pequeñas y medianas empresas, representaban un importante obstáculo para las actividades empresariales. Sobre esta base, se preveía, por ejemplo, que los Estados debían definir las medidas necesarias para mejorar el entorno normativo y administrativo, además del económico. En general, sobre el papel que puede desempeñar el Derecho administrativo como factor de contribución u obstáculo para el crecimiento económico y la iniciativa económica privada, véase CLARICH

sistema administrativo italiano no muestra un rendimiento excelente en comparación con otros países³², a pesar de la introducción, en varias ocasiones, de mecanismos de simplificación destinados a promover la rapidez de la acción administrativa, también con referencia específica a las infraestructuras³³. En los últimos años, sin embargo, esta tradicional fragilidad del sistema administrativo se ha visto agravada por la introducción de mecanismos destinados a limitar la discrecionalidad de las administraciones competentes y de controles procedimentales más estrictos con el objetivo de responder a la estrategia de prevención de la corrupción prevista en la Ley n.º 190, de 6 de noviembre de 2012 190, que tiene la ambición de supervisar casi todas las formas de empleo de los recursos públicos y de relación entre la administración y los operadores económicos³⁴.

3. El papel de las administraciones territoriales

La función administrativa de realización de infraestructuras sociales, encomendada a los organismos regionales y territoriales, está fuertemente

Marcello, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, cit., pagg. 161-164; NAPOLITANO Giulio, *Crescita economica e strabismo amministrativo*, en *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 3, pag. 221.

³² Un indicador comparativo del rendimiento italiano en materia de regulación de la actividad empresarial figura en los *Doing business reports*, elaborados anualmente por el Banco Mundial y la Corporación Financiera Internacional. Sobre este tema, véase CASSESE Sabino, *Cosa resta dell'amministrazione pubblica*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, 1, pag. 1, así como MATTARELLA Bernardo Giorgio, *La semplificazione amministrativa come strumento di sviluppo economico*, en AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, vol. III, 2020, Bologna, Bononia University Press, pag. 239 ss.

³³ Por último, el artículo 13 del decreto ley n.º 76/2020 ha previsto, en general, la posibilidad de que las administraciones competentes recurran, con carácter temporal, a una conferencia de servicios simplificada en la que la presentación de la documentación debe realizarse en un plazo más breve de lo habitual. Otras disposiciones para agilizar los procedimientos administrativos se refieren, en cambio, únicamente a las infraestructuras estratégicas o de impacto significativo en el territorio nacional: SCREPANTI Susanna las detalla en *Le politiche infrastrutturali*, cit., pagg. 52-55. Sobre este tema, véase GALLIA Roberto, *La spesa per infrastrutture degli Enti locali: l'efficacia della programmazione condizionata dalle semplificazioni procedimentali*, en *Rivista giuridica del mezzogiorno* 2019, 2, pag. 379 y ss.

³⁴ Los factores que ponen de manifiesto la “crisis de crecimiento” de la política de prevención de la corrupción son examinados por MATTARELLA Bernardo Giorgio, *Burocrazia e riforme*, Bologna, Il Mulino, 2017, pag. 80 ss.

condicionada por la complejidad de las relaciones existentes entre los distintos niveles de gobierno.

Esta tendencia se manifiesta, en particular, en los sectores de la construcción de escuelas y centros sanitarios, donde la intersección entre las atribuciones estatales, regionales y locales es especialmente marcada ³⁵ y donde el reparto de competencias legislativas es causa de incertidumbres y prolongación de los plazos procedimentales ³⁶. De hecho, a pesar de que, desde el punto de vista del reparto constitucional de las funciones legislativas, las infraestructuras no están incluidas entre las materias de competencia concurrente en virtud del artículo 117, apartado 3, de la Constitución ³⁷ y, por lo tanto, entran formalmente dentro de la competencia legislativa residual de las regiones, no han faltado las injerencias estatales en este sector ³⁸. De

³⁵ Como ha reiterado en varias ocasiones el Tribunal Constitucional italiano al pronunciarse sobre la asignación de recursos financieros destinados al ámbito material de la construcción de escuelas, que se considera susceptible de afectar a una pluralidad de materias de legislación concurrente, como la ordenación del territorio, la energía y la protección civil. En este sentido, la participación de las regiones en la distribución y asignación de los fondos disponibles, así como en la definición de los criterios de selección de los proyectos de construcción de nuevos edificios, se ha considerado un elemento necesario para garantizar el principio de leal colaboración. Véase, al respecto, Corte Cost. 7 de marzo de 2018, n.º 71; Corte Cost. 22 de noviembre de 2016, n.º 284; Corte Cost. 26 de marzo de 2013, n.º 62 (todas en www.cortecostituzionale.it).

³⁶ LIGUORI Fiorenzo, *Infrastrutture e periferie*, en *Munus*, 2017, 1, pag. 125.

³⁷ Como es sabido, esta disposición se refiere a infraestructuras económicas de evidente interés nacional o, al menos, regional, como “puertos y aeropuertos civiles, grandes redes de transporte y navegación, ordenamiento de las comunicaciones y, por último, producción, transporte y distribución nacional de energía”. Sobre este tema, véase CORSO Guido, *La legge ‘obiettivo’ nel quadro delle modifiche al Titolo V della Costituzione. Rapporti tra Stato e Regione in materia di infrastrutture e di trasporti alla luce della legge cost. n. 3/2001*, cit.

³⁸ Para una reconstrucción del marco de competencias anterior a la aprobación del Decreto Legislativo n.º 50/2016, véase MORBIDELLI Giuseppe, *L’ubicazione e la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici tra lo Stato e le Regioni*, en AA.VV., *Titolo V della Costituzione e opere pubbliche*. In memoria di Vincenzo Caianello, Bologna, Quaderni della SPISA, 2002, pag. 45 ss.; BASSANINI Franco y otros, *La localizzazione delle grandi infrastrutture tra lo Stato e le Regioni*, a cargo de Cerulli Irelli Vincenzo y Pinelli Cesare, *Verso il federalismo*, Bologna, Il Mulino, 2004, pag. 225 ss.; ROMANO TASSONE Antonio, *Il Codice dei contratti pubblici e le autonomie*, a cargo de Saitta Fabio, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, Cedam, 2008, pag. 71 ss.; CARANTA Roberto, *La ripartizione delle competenze legislative in materia di appalti pubblici*, a cargo de AA.VV., *Studi in onore di Claudio Rossano*, vol. III, Napoli,

hecho, el Estado ha adoptado normas en materia de infraestructuras, refiriéndose tanto a sus competencias exclusivas entre las indicadas en el artículo 117, apartado 1 (como la determinación de los niveles esenciales de prestaciones y la protección del medio ambiente, el ecosistema y los bienes culturales), como a ámbitos concurrentes (como la educación, la protección de la salud y la ordenación del territorio). Por su parte, las Regiones se han basado en la falta de mención de las «obras públicas» en el texto constitucional para afirmar su plena autonomía normativa en relación con las infraestructuras distintas de las contempladas en el artículo 117, apartado 3.

Sobre este tema se pronunció la conocida sentencia n.º 303, de 25 de septiembre de 2003, del Tribunal Constitucional. En esta resolución, el ámbito de las «obras públicas» no se consideró una materia unitaria y, además, el Tribunal no consideró que su no inclusión en el artículo 117 pudiera suponer una atribución automática de la competencia legislativa correspondiente a la potestad regional. En la decisión mencionada, el Tribunal se refirió más bien a *«ámbitos de legislación que no integran una materia propiamente dicha, sino que se califican en función del objeto al que se refieren y, por lo tanto, pueden atribuirse en cada caso a la potestad legislativa exclusiva del Estado o a la potestad legislativa concurrente»*³⁹. Sobre esta base, las disposiciones del Código de Contratos Públicos se consideraron normas de aplicación de

Jovene, 2013, pag. 1411 ss. Posteriormente, el tema es tratado, entre otros, por LATORRACA Vincenzo, *Le competenze dello Stato e delle Regioni* (art. 2), a cargo de Clarich Marcello, *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, cit., pag. 123 ss., así como por ANTONINI Luca, *Riparto di competenze tra Stato e regioni*, a cargo de Sandulli Maria Alessandra, y de Nicolis Rosanna, *Trattato sui contratti pubblici*, cit., pag. 137 ss.

³⁹ Así se recoge en el punto 2.3 de la motivación de la sentencia citada. La decisión ha sido objeto de numerosos comentarios. Cabe destacar, entre otros, MASSA PINTO Ilenia, *Nota al margen de la sentencia n.º 303 de 2003 del Tribunal Constitucional: una "opinión concurrente"*, en *Giurisprudenza italiana*, 2004, 8-9, pag. 1568 ss.; MANFREDI Giuseppe, *Normas medioambientales de origen estatal y competencias regionales en materia de ordenación del territorio*, en *Urbanistica e appalti*, 2004, 3, pag. 295 ss.; FRACCHIA Fabrizio, *Dei problemi non (completamente) risolti dalla Corte costituzionale: funzioni amministrative statali nelle materie di competenza regionale residuale, norme statali cedevoli e metodo dell'intesa*, en *Foro it.* 2004, I, pag. 1014 ss.

obligaciones internacionales y normas fundamentales de reforma económica y social y, por lo tanto, se consideraron vinculantes para las regiones⁴⁰.

La actividad administrativa destinada a la realización y el mantenimiento de las infraestructuras sociales, al igual que la relativa a las infraestructuras económicas, está, por lo tanto, sujeta en general a la normativa general prevista en el Decreto Legislativo n.º 50, de 18 de abril de 2016,⁴¹. Esto lleva también a preguntarse cuál es el grado sostenible de condicionamiento al que el poder legislativo estatal puede someter las competencias administrativas municipales (pero, en ocasiones, también regionales) en la materia considerada. Pensemos, por ejemplo, en los procedimientos de control del uso de los recursos públicos destinados a la ejecución de infraestructuras de importancia no nacional, en los que la responsabilidad de las decisiones sobre la programación de las intervenciones (que afecta a la asignación de los fondos correspondientes) corresponde al nivel territorial, mientras que la asignación de dichos recursos y la realización de las verificaciones necesarias corresponde a los órganos estatales⁴². Esta pluralidad de imputaciones corre el riesgo, de hecho, de representar un elemento crítico adicional, ya que puede favorecer el conflicto entre las partes y afectar negativamente a las fases operativas de la gestión de las obras.

Siempre en relación con las disposiciones normativas aplicables, también hay que tener en cuenta que cada uno de los principales sectores de referencia para las infraestructuras sociales (en particular, la vivienda pública, la sanidad y la educación) está sujeto, además del código de contratos, a disposiciones sectoriales. Por lo tanto, se plantea un problema de coordinación de las fuentes que no siempre puede resolverse fácilmente aplicando el criterio de que *lex posterior derogat priori*, ya que las disposiciones específicas también pueden contener indicaciones puntuales no reguladas por las fuentes

⁴⁰ El Tribunal Constitucional italiano ha expresado esta orientación, por ejemplo, en las sentencias n.º 114, de 7 de abril de 2011, n.º 7, de 5 de enero de 2011, y n.º 186, de 28 de mayo de 2010, que luego se retomaron en decisiones posteriores.

⁴¹ Sobre la relación entre infraestructuras y código de contratación pública, véase el *Informe Assonime Política de infraestructuras e inversiones: cómo mejorar el contexto italiano*, 2018, p. 36 ss.

⁴² La gestión de los recursos asignados con cargo al *Fondo de Desarrollo y Cohesión* involucra, por ejemplo, al Ministro de Infraestructuras y Transportes y a las administraciones locales, mientras que los relacionados con el *Fondo de Infraestructuras Sociales* cuentan con la participación del Ministro para el Sur y la Cohesión Territorial y de los municipios del sur.

anteriores. En tal caso, estas últimas deberían aplicarse dentro de los límites de los espacios no regulados por una determinación legislativa posterior y siempre que no entren en conflicto con los principios generales de la ley sobre el procedimiento (por ejemplo, limitando la participación de los interesados).

Las administraciones territoriales se ven, por lo tanto, obligadas a realizar una interpretación compleja con el fin de identificar, en cada caso concreto, cuáles son las normas jurídicas aplicables. Por el contrario, partir de un marco claro y ordenado de preceptos aplicables permitiría poner de relieve con mayor facilidad los principales problemas de aplicación y ejecución, en particular en lo que se refiere a los factores que, más que otros, pueden obstaculizar la adquisición y utilización oportuna y eficaz de los recursos financieros necesarios. La fragmentación y la superposición de las normas, como ya se ha mencionado, representan de hecho un obstáculo para la acción de las administraciones llamadas a trabajar en la realización de infraestructuras de uso social.

La atribución a las entidades territoriales de la tarea de realizar las infraestructuras sociales vuelve a centrar la atención en el tema, más transversal, de la debilidad de los cuerpos técnicos de las administraciones públicas, que a menudo carecen, incluso a nivel local, de las competencias profesionales adecuadas⁴³. Esto no solo ralentiza los procedimientos administrativos, sino que también dificulta la coordinación con los niveles superiores de gobierno o con las autonomías funcionales interesadas⁴⁴. La fragilidad de las competencias administrativas no solo afecta a la fase de ejecución de las obras, sino que también puede condicionar de manera especialmente grave la fase de diseño y el uso de los fondos disponibles, especialmente cuando se trata de fondos europeos, en los que existe una mayor rigidez en las fases de compromiso y rendición de cuentas de los recursos⁴⁵.

⁴³ Sobre este fenómeno como factor de crisis interna de la propia administración, véase CASSESE Sabino, *Cosa resta dell'amministrazione pubblica*, cit., 1, pagg. 7-8.

⁴⁴ FIORENTINO Luigi, *Le nuove norme per lo sviluppo infrastrutturale: interventi finanziari e organizzativi*, cit., pag. 167.

⁴⁵ Sobre el tema, en general, SALTARI Lorenzo, *Che resta delle strutture tecniche nell'amministrazione pubblica italiana?*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, 1, p. 249 ss.; SAVO AMODIO Francesco, *Il Genio civile. La competenza perduta?*, en *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2019, 203-204, pag. 47 ss.; ZUCARO Antonio, *La crisi dei Corpi Tecnici della Pa nel quadro della crisi delle politiche pubbliche*, *Rivista giuridica del mezzogiorno*, 2019, 2, pag. 303 ss.; FIORENTINO Luigi, *Los cuerpos técnicos en las*

Otro factor que hay que tener en cuenta es que, a pesar de que las infraestructuras sociales se financian en gran parte con recursos públicos, puede ocurrir que la realización de las obras se base en inversiones privadas. En estos casos, la aplicabilidad de las normas que garantizan los procedimientos contractuales públicos parece difusa o, al menos, limitada y condicionada, teniendo en cuenta también el hecho de que, cuando la construcción de las obras se realiza con fondos privados, su propiedad podría no ser pública. La hipótesis planteada podría darse, por ejemplo, en el caso de la construcción de viviendas sociales o de la realización de estructuras sanitarias por parte de entidades privadas que luego son acreditadas para prestar servicios en convenio con el Servicio Nacional de Salud.

Además, es necesario distinguir entre las intervenciones destinadas a la construcción de nuevas infraestructuras y las intervenciones destinadas a la adaptación y el mantenimiento, ordinario y extraordinario, de las obras. En el segundo caso, hay que diferenciar entre las acciones que entran en el ámbito de una programación periódica y las acciones que, por el contrario, se activan en función de acontecimientos imprevistos relacionados con una obra concreta o en virtud de disposiciones de emergencia que prevén asignaciones *puntuales* (como ocurrió en el caso de la construcción de escuelas con el fin de garantizar la seguridad de los edificios) o que admiten procedimientos de selección del contratista que constituyen una excepción a los previstos en el código de contratación pública, siguiendo el modelo utilizado en el caso de la reconstrucción tras el terremoto en el centro de Italia⁴⁶.

administraciones: problemas actuales, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013, 2, pag. 479 ss. Una interesante reconstrucción histórica del papel de las competencias técnicas se encuentra en MELIS Guido, *La fuga dall'amministrazione. Ascenso y declive de los técnicos en la administración de la Italia unida*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013, 2, pag. 469 ss., MELIS Guido, *Culturas de los «técnicos» y administración en la Italia de ayer y de hoy*, en *Rivista giuridica del mezzogiorno*, 2019, 2, pag. 291 ss.

⁴⁶ Por el contrario, cabe recordar que el artículo 1 del Decreto Legislativo n.º 50/2016, ahora derogado tras la adopción del Decreto Legislativo n.º 36/2023 (el denominado nuevo Código de Contratación Pública), establecía expresamente que sus disposiciones se aplicaban también a la adjudicación de “obras de construcción relacionadas con hospitales, instalaciones deportivas, recreativas y de ocio, edificios escolares y universitarios y edificios destinados a funciones públicas”, salvo en algunos casos estrictamente definidos.

La cuestión parece plantearse de manera menos relevante para la construcción sanitaria y la construcción residencial pública⁴⁷, aunque la realización de infraestructuras en el segundo de los dos sectores mencionados se lleva a cabo a menudo con recursos procedentes de fuentes de financiación específicas, sujetas a normativas específicas⁴⁸. También en este caso es necesario verificar cada vez la plena compatibilidad entre la previsión sectorial y el código de contratos, incluso cuando la iniciativa económica se financie con recursos privados⁴⁹.

En términos de fuentes aplicables, tampoco debe subestimarse la relación entre las infraestructuras sociales y la planificación urbanística municipal, que no resulta fácil de definir debido a la abundancia de referencias normativas adoptadas en los distintos niveles de gobierno, que deben coordinarse entre sí. Un ejemplo de esta tendencia es la disposición del artículo 53 del Decreto Ley n.º 5, de 9 de febrero de 2012,⁵⁰, que ha remitido al CIPE la posibilidad de aprobar, de acuerdo con los ministros competentes

⁴⁷ En lo que respecta a la vivienda pública, cabe señalar que, en virtud de la normativa anterior en materia de contratación pública, el Decreto Legislativo n.º 163/2006 dedicaba su artículo 61 a una disposición relativa a las normas explícitamente aplicables a las obras contempladas en el segundo ámbito considerado.

⁴⁸ Basta pensar en la vivienda social, donde existe una competencia plena entre las inversiones privadas y las públicas, principalmente a través de la creación de fondos inmobiliarios destinados a construir viviendas a precios controlados: ACCETTURA Barbara, PNRR e diritti sociali: una nuova declinazione del diritto all'abitazione. Il paradigma della rigenerazione urbana, in Società e Diritti, 2023, 15, pag. 226 ss.; **Diritto all'abitare e questione abitativa. Tra edilizia residenziale pubblica e housing sociale**, en cargo de Della Scala Maria Grazia y Santangelo Saverio, Torino, Giappichelli, 2023; BRIGNOLI Nicola, Le procedure amministrative per la cessione delle aree relative agli alloggi di edilizia residenziale pubblica, in Rivista giuridica di urbanistica, 2022, 1, pag. 320 ss.; URBANI Paolo y CIVITARESE MATTEUCCI Stefano, Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti, VI ed., Torino, Giappichelli, 2017, pag. 178. En general, sobre este tema, véase, entre otros, GASPARI Francesco, Il *social housing* nel nuovo diritto delle città, en Federalismi.it, 2018, 21; ALLENA Miriam y RENNA Mauro, L'*housing* sociale, a cargo de Scoca Franco Gaetano, Stella Richter Paolo, Urbani Paolo, Trattato di diritto del territorio, Torino, Giappichelli, 2017, pag. 35 ss.; ALLENA Miriam, Il *social housing*: posizioni giuridiche soggettive e forme di tutela tra ordinamento nazionale ed europeo, en Diritto pubblico, 2014, 1, pag. 167 ss.; CIVITARESE MATTEUCCI Stefano, L'evoluzione della politica della casa in Italia, en Rivista trimestrale di diritto pubblico, 2010, 1, pag. 163 ss.

⁴⁹ SPANICCIATI Federico aborda estos problemas en Investimenti infrastrutturali nel settore dell'edilizia residenziale. Il quadro normativo e le criticità, en ASTRID Rassegna, 2018, 16.

⁵⁰ Convertido por la ley n.º 35 de 4 de abril de 2012.

y sobre la base de las indicaciones proporcionadas por las regiones, provincias y municipios, un *Plan Nacional de Construcción Escolar*⁵¹. Dicho acto, que se ocupa de definir las normas útiles para la realización de intervenciones de modernización y recuperación del patrimonio escolar existente, pero también para la construcción y finalización de nuevos edificios escolares, favoreciendo la participación de capitales públicos y privados, corre el riesgo de entrar en conflicto con los actos de planificación urbanística municipal adoptados anteriormente⁵². También en el sector de la edificación residencial, los instrumentos de planificación puntual, adoptados para realizar las intervenciones individuales (como en el caso de los planes integrados de intervención), deben integrarse con las disposiciones normativas que regulan la planificación compleja del territorio. Un razonamiento similar puede aplicarse a las infraestructuras sociales de tipo sanitario, cuya realización requiere una coordinación con la planificación regional específica. En este caso, aunque no existe una verdadera relación jerárquica entre las diferentes fuentes, la acción de las regiones pone de manifiesto la tendencia a respetar las orientaciones establecidas a nivel de planificación general del territorio⁵³.

Por último, con el fin de evaluar, en conjunto, si la realización de las infraestructuras sociales se ve favorecida adecuadamente por las normas vigentes en el sistema administrativo, no se puede eludir una reflexión sobre el papel reconocido a la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones relativas a su programación y, por lo tanto, también a su localización⁵⁴. A este respecto, las disposiciones normativas aplicables en

⁵¹ El tema de la programación y la financiación de las intervenciones en la construcción de escuelas en los distintos niveles de gobierno se examina en FIORENTINO Luigi, *La scuola come luogo rigeneratore di spazi e comunità. Politiche pubbliche per il diritto all'istruzione*, en *Rivista giuridica del mezzogiorno*, 2020, 2, pag. 577 ss. Sobre este tema, véase también, COMBA Mario Eugenio, *Un approccio giuridico allo studio dell'edilizia scolastica*, 2015, 12, pag. 37 ss., y BANCA D'ITALIA, *Per chi suona la campan(ell)a? La dotazione di infrastrutture scolastiche in Italia*, in *Questioni di economia e finanza*, n. 827, febbraio 2024.

⁵² Como observa DE NITTO Silvia, *Investimenti infrastrutturali nel settore dell'istruzione. Il quadro normativo e le criticità*, en *ASTRID Rassegna*, 2018, 16, pag. 8.

⁵³ Para más información, véase CAPORALE Federico, *Inversiones en infraestructuras en el sector sanitario. El marco normativo y los aspectos críticos*, en *ASTRID Rassegna*, 2018, 16.

⁵⁴ El tema se ha investigado ampliamente en relación con las infraestructuras estratégicas de importancia nacional. Véase, entre otros, FREDIANI Emiliano, *Dibattito pubblico, inchiesta pubblica e valutazioni ambientali: una "relazione" problematica*, en *Diritto amministrativo*, 2020, 2, pag. 399 ss.; SCIARRETTA Franco, *La declinazione democratica dell'amministrazione:*

algunos de los sectores más estratégicos para el territorio no contienen indicaciones o instrumentos participativos específicos. Si bien esta carencia parece justificable en cierta medida cuando las infraestructuras sociales se financian casi en su totalidad con inversiones privadas (como ocurre con la vivienda pública y, aunque en menor medida, con la sanidad), resulta menos comprensible la ausencia de formas de participación ciudadana cuando las obras de importancia social se realizan con fondos públicos, como ocurre en el sector educativo.

La tendencia descrita podría interpretarse sobre la base del reparto de competencias legislativas y administrativas, que asigna un papel preeminente en la programación de las inversiones al Estado y a las regiones, especialmente en lo que se refiere a las nuevas realizaciones, dejando a nivel local el mero

le decisioni partecipate nel campo delle grandi opere infrastrutturali, en *Rivista AIC*, 2020, 3; PATRITO Paolo, Opere pubbliche e società civile: il dibattito pubblico, en *Giurisprudenza italiana*, 2019, 7, pag. 1609 ss.; VIPIANA Piera Maria, La disciplina del dibattito pubblico nel regolamento attuativo del Codice degli appalti, tra anticipazioni regionali e suggestioni francesi, en *Federalismi.it*, 2019, 2; TIMO Matteo, Gli attori del “dibattito pubblico”, en *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 3, pag. 301 ss.; PEPE Gabriele, Dibattito pubblico e infrastrutture in una prospettiva comparata, en *Federalismi.it*, 2019, 5; MANFREDI Giuseppe, Il regolamento sul dibattito pubblico: democrazia deliberativa e sindrome nimby, en *Urbanistica e appalti*, 2018, 5, pag. 604 ss.; AVERARDI Andrea, La decisione amministrativa tra dissenso e partecipazione. Le ragioni del dibattito pubblico, en *Munus*, 2018, 1, pag. 129 ss.; MOLASCHI Viviana, Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica, Napoli, Editoriale scientifica, 2018 (en especial, pag. 241 ss.); MOLASCHI Viviana, Il dibattito pubblico sulle grandi opere. Prime riflessioni sul d.P.C.M. n. 76 del 2018, en *Rivista giuridica di urbanistica*, 2018, 3, pag. 386 ss.; ALLEGRETTI Umberto, Un caso di attuazione del principio costituzionale di partecipazione: il Regolamento del dibattito pubblico sulle grandi opere, en *Rivista AIC*, 2018, 3; MANZETTI Vanessa, Il “dibattito pubblico” nel nuovo codice dei contratti, en *Federalismi.it*, 2018, 5; DI MARTINO Alessandro, Il dibattito pubblico sulla realizzazione di grandi infrastrutture: quale ruolo svolge la partecipazione democratica?, en *Nuove autonomie*, 2017, 3, pag. 533 ss.; BONOMO Annamaria, Il dibattito pubblico nel nuovo codice degli appalti pubblici, en cargo de Garofalo Domenico, *Appalti pubblici e lavoro*, Torino, Giappichelli, 2017, paf. 193 ss.; AVERARDI Andrea, L'incerto ingresso nel dibattito pubblico in Italia, en *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 4, pag. 505 ss.; AVERARDI Andrea, Gestire il conflitto: grandi opere e partecipazione democratica, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2015, 4, pag. 1173 ss.; PIZZANELLI Giovanna, La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali, Milano, Giuffrè, 2010 (en especial, pag. 362 ss.); COCCONI Monica, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, Cedam, 2010.

ejercicio de los poderes ejecutivos⁵⁵. Sin embargo, la disposición del artículo 117, apartado 3, de la Constitución, según la cual corresponde al Estado indicar los principios fundamentales de la ordenación del territorio, mediante los cuales se identifican los elementos en los que se resuelve la urbanización secundaria, no debería llegar a condicionar la autonomía municipal para decidir cómo distribuir y localizar los diferentes tipos de dotaciones infraestructurales⁵⁶.

La cuestión debe interpretarse de manera diferente cuando las regiones, destinatarias de fondos europeos destinados a la aplicación de políticas sectoriales, promueven proyectos y concursos de ideas en los que los municipios pueden participar con un margen de autonomía reconocido. En tal caso, nada debería impedir que las propuestas de nuevas infraestructuras o de remodelación de las existentes sean el resultado de procesos de decisión compartidos entre la administración y los ciudadanos, especialmente cuando se debate el cambio de uso de las infraestructuras sociales o la previsión de múltiples usos temporales del mismo bien. En este sentido, una ayuda para la apertura de los procesos de decisión a la participación en las elecciones podría encontrarse en la aplicación, por analogía, de las disposiciones relativas al debate público sobre la localización de grandes obras de infraestructura y arquitectura de importancia social, contempladas en el artículo 22 del código de contratación pública y en el reglamento de aplicación correspondiente⁵⁷. O, incluso, en la adopción de disposiciones reglamentarias específicas dedicadas al reparto de las funciones de cuidado de los bienes comunes urbanos⁵⁸.

4. La cuestión de la financiación

Algunas tendencias sistémicas permiten suponer que, en la próxima década, los países de la Unión Europea se verán afectados por un aumento

⁵⁵ AMOROSINO Sandro, *Regolamentazione e programmazione delle infrastrutture*, in *Urbanistica e appalti*, 2019, 1, pag. 47.

⁵⁶ Lo recuerda CORTESE Fulvio, *Le infrastrutture per le città*, in *Munus*, 2014, 1, pagg. 72-74.

⁵⁷ Se trata del decreto del Presidente del Consejo de Ministros n.º 76, de 10 de mayo de 2018.

⁵⁸ Sobre este tema, véase, en general, en cargo de Di Lascio Francesca y Giglioni Fabio, *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, Bologna, Il Mulino, 2017, así como la bibliografía que allí se cita.

significativo de la demanda de servicios a las personas. Basta pensar en el efecto combinado derivado del aumento de la edad media de la población⁵⁹ y del descenso constante de la natalidad, donde en el primer caso crece la demanda de apoyo a la asistencia sociosanitaria y en el segundo la de estructuras de apoyo a la infancia y políticas de acceso a la vivienda a precios asequibles⁶⁰.

Por lo tanto, las instituciones europeas no podrán eludir el apoyo y la reactivación de las políticas sociales⁶¹, a pesar de la urgencia de contener la crisis económica provocada por la pandemia mundial y, al mismo tiempo, favorecer la reanudación del desarrollo en toda la zona del euro. Se trata, en realidad, de necesidades que no son antitéticas, ya que la superación estable de la fase de recesión también está relacionada con el porcentaje de inversiones destinadas a infraestructuras, entre las que, como se ha dicho, las sociales representan un elemento fundamental⁶².

Sin embargo, los recursos actualmente destinados a este fin podrían no ser suficientes para satisfacer la creciente demanda de servicios, especialmente en las zonas urbanas densamente pobladas, donde la reducción de los recursos públicos disponibles afecta gravemente al desarrollo local⁶³, aumentando el descontento de los ciudadanos con respecto a la actuación de

⁵⁹ Se estima que en 2060 el 30 % de los habitantes tendrá más de 65 años, que la mitad de este porcentaje estará compuesto por personas mayores de 80 años y que solo el 57 % de la población estará en edad de trabajar: así lo afirma BASSANINI Franco y PROFUMO Francesco, *Introduzione*, en cargo de Reviglio Edoardo, *Rilanciare le infrastrutture sociali in Italia*, en ASTRID Rassegna, 2020, 14.

⁶⁰ Como recuerdan PRODI Romano, REVIGLIO Edoardo, *Un New Deal per l'Europa. Rilanciare le infrastrutture sociali*, en *Rivista di politiche sociali*, 2019, 1, pag. 165 ss.

⁶¹ BASSANINI Franco y REVIGLIO Edoardo, *Le politiche di investimento e le infrastrutture in cargo de Amato Giuliano, Moavero Milanesi Enzo, Pasquino Gianfranco, Reichlin Lucrezia, Europa. Una utopia in costruzione*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2018.

⁶² Esta orientación se ve confirmada en el informe del Grupo de Trabajo de Alto Nivel sobre la Inversión en Infraestructuras Sociales en Europa, tal y como subrayan FRANSSEN Lieve, DEL BUFALO Gino y REVIGLIO Edoardo, *Impulsar la inversión en infraestructuras sociales en Europa*, Informe del Grupo de Trabajo de Alto Nivel sobre la Inversión en Infraestructuras Sociales en Europa presidido por Romano Prodi y Christian Sautter, Documento de debate, 074 (enero de 2018).

⁶³ De hecho, en la construcción y el mantenimiento de las infraestructuras sociales participan, en primer lugar, las pequeñas y medianas empresas presentes en el territorio.

las instituciones locales⁶⁴ y reforzando las desigualdades existentes entre los diferentes grupos sociales, favorecidas por la ausencia de estructuras capaces de ofrecer nuevas oportunidades de apoyo a las necesidades personales y familiares.

A esto se añade que la estructura administrativa de nuestro sistema representa, como ya se ha mencionado, un elemento de gran desconfianza desde el punto de vista de los inversores privados, especialmente los extraeuropeos que, a pesar de disponer de mayores recursos que los socios nacionales⁶⁵, solo están dispuestos a comprometerse si se les ofrece un proceso burocrático predefinido y estable. De hecho, la incertidumbre en las normas no solo obstaculiza la colaboración público-privada, sino que reduce la viabilidad de los proyectos de infraestructura, ya que retrasa su puesta en marcha y hace que los plazos de las fases ejecutivas intermedias sean inciertos, que con demasiada frecuencia se ven afectados por cambios normativos introducidos por razones contingentes con el fin de satisfacer las necesidades de estabilidad de las cuentas públicas⁶⁶.

Además, existe el problema mencionado anteriormente de la limitada capacidad profesional de las administraciones territoriales para utilizar eficazmente los recursos disponibles procedentes de fondos europeos o de

⁶⁴ Estas se perciben como ineficaces cuando no actúan con proyectos de apoyo a las políticas sociales urbanas capaces de generar impactos positivos en las necesidades expresadas por la comunidad.

⁶⁵ En particular, “los países emergentes con fuertes superávits monetarios y financieros” podrían “plantearse el problema de la diversificación de sus reservas e inversiones y, por lo tanto, evaluar la oportunidad de destinar una parte más importante de ellas al área europea”: así lo afirman BASSANINI Franco y REVIGLIO Edoardo, *Nuovi strumenti per il finanziamento delle infrastrutture europee*, en cargo de Salvemini Maria Teresa y Bassanini Franco, *Il finanziamento dell’Europa*, Firenze, Passigli, 2010, pag. 322.

⁶⁶ Así lo afirma MASERA Rainer, *Dalle buone infrastrutture il rilancio della crescita*, Milano, Angelo Guerini e Associati ed., 2017, pag. 88 ss. Sobre este tema, véase también TONETTI Alessandro, *Investimenti infrastrutturali e (in)certeza delle regole: il caso del servizio idrico*, en *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 11, pag. 1102, quien recuerda que “dado que los particulares (operadores y financiadores), debido a la duración generalmente larga de la relación, deben evaluar la conveniencia no solo actual sino también futura de la operación, resulta crucial poder contar, antes incluso que con la calidad del marco regulatorio subyacente a la inversión, con la certeza y la (razonable) estabilidad del mismo, tanto en lo que respecta a la normativa general del sector como a la normativa convencional del proyecto concreto” y TONETTI Alessandro, *Ancora sulle infrastrutture: il nodo della ‘fattibilità’*, *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 12, pag. 1157 ss.

asignaciones estatales, cuya utilidad se ha incrementado considerablemente como consecuencia de la importante reducción de las inversiones en infraestructuras debido a la constante contracción de las transferencias a las entidades locales⁶⁷. Esto se ve confirmado por el hecho de que, en el contexto de la disminución más general de las inversiones (estimada en un 20 % en la última década⁶⁸), la disminución de las inversiones públicas se debe en gran medida precisamente a la falta de asignación de recursos para las obras realizadas y mantenidas por los municipios⁶⁹.

Por otra parte, no se puede subestimar cómo la crisis debida a la emergencia sanitaria mundial, aún en curso, ha hecho necesaria una inversión de tendencia (aunque sea temporal) en las directrices de las políticas fiscales, admitiendo una mayor flexibilidad con respecto a las restricciones presupuestarias y, al mismo tiempo, ha favorecido la introducción de medidas de apoyo y promoción «destinadas a influir positivamente en los factores estructurales del crecimiento y la competitividad del sistema económico italiano». Entre estos factores se encuentra la financiación de las infraestructuras y, en particular, de las sociales⁷⁰.

⁶⁷ Entre las principales causas de esta disminución, con referencia a la última década, se encuentra sin duda la imposición, a nivel europeo, del llamado pacto fiscal y, a nivel interno, del principio de equilibrio presupuestario. Sobre estos temas, véase NAPOLITANO Giulio, *Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, en en *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, 5, pag. 461 ss., y PEREZ Rita, *Il Trattato di Bruxelles e il Fiscal compact*, en *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, 5, pag. 469 ss.

⁶⁸ A este respecto, véase REVIGLIO Edoardo, *Le infrastrutture sociali in Europa: le necessità di rilancio*, en cargo de Quadro Curzio Alberto y Fortis Marco, *Strutture industriali e innovazione sistemica*, Bologna, Il Mulino, 2019, pag. 211; QUADRO CURZIO Alberto y FORTIS Marco, *Un piano europeo per gli investimenti nelle infrastrutture sociali*, en *Rivista di politiche sociali*, 2017, 3.

⁶⁹ A este respecto, recuérdese CASSESE Sabino, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2020, 1, pag. 153, que “de los 37 500 millones del Fondo de Desarrollo y Cohesión asignados para 2014-2020, en 2019 se había utilizado algo menos del 12 % y se había gastado algo menos del 3 %”. El mismo autor destaca, además, que “la normativa sobre contratos públicos, elaborada en función de los controles y no de la eficiencia, ha acabado desempeñando una función impeditiva, frenando en lugar de acelerar la adjudicación y la ejecución de infraestructuras” (pag. 154).

⁷⁰ Así lo afirman BASSANINI Franco, NAPOLITANO Giulio y TORCHIA Luisa, *Lo Stato promotore: una ricerca sul mutamento degli strumenti di intervento pubblico nell'economia*, en *ASTRID Rassegna*, 2021, 2, pag. 8.

Ya se ha dicho que, en el sistema italiano, estas últimas se financian en gran medida con recursos públicos. Sin embargo, también se están consolidando instrumentos y modalidades para atraer la inversión privada, que pueden realizarse principalmente a través de sinergias y formas de asociación.

En cuanto a los medios, los más relevantes son el *Fondo para la financiación de las inversiones y el desarrollo infraestructural del país*⁷¹ y el *Programa extraordinario para la reestructuración edilicia y la modernización tecnológica del patrimonio sanitario*⁷², que, sin embargo, opera solo en este sector específico. En ambos casos, las sumas asignadas han sido refinanciadas en varias ocasiones, pero parecen insuficientes en relación con las demandas de infraestructuras procedentes de los respectivos ámbitos de actuación. Además, las administraciones destinatarias tienen dificultades para utilizar los recursos, hasta el punto de que parte de ellos siguen sin utilizarse a pesar de estar disponibles y comprometidos.

En cuanto a las inversiones privadas, el sector más afectado es, como se ha mencionado, el de *la vivienda social*, en el que desempeña una importante labor de promoción la Cassa depositi e prestiti s.p.a., que opera mediante instrumentos específicos bajo su gestión, como, por ejemplo, el *Fondo de inversión para la vivienda*⁷³, cuyo uso requiere la colaboración entre dicha sociedad y las entidades locales interesadas. En el ámbito de la construcción de escuelas, en cambio, se ha contado con la participación de particulares tanto a través de los *Fondos inmobiliarios*⁷⁴ como del *School Bonus*⁷⁵, pero los instrumentos no han dado los resultados esperados, tanto por las dificultades de gestión como por la escasez de los recursos asignados. Por último, en el sector de la construcción sanitaria se han realizado intentos de involucrar a los particulares a través de formas de colaboración, pero la acción promocional ha mostrado numerosas limitaciones atribuibles, en su

⁷¹ El Fondo fue previsto por el art. 1, apartado 140, de la Ley n° 232, de 11 de diciembre de 2016 (Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017).

⁷² El Fondo se rige por el artículo 20 de la Ley n° 67, de 11 de marzo de 1988.

⁷³ Este instrumento se creó en aplicación del Decreto Ley n° 112, de 25 de junio de 2008, con el fin de llevar a cabo el Plan Nacional de Vivienda. Sobre este tema, véase Cassa Depositi e Prestiti, *Social housing*. Il mercato immobiliare in Italia: focus sull'edilizia sociale, en ASTRID Rassegna, 2014, 13.

⁷⁴ De conformidad con la Ley n.º 35, de 4 de abril de 2012.

⁷⁵ La bonificación, que consiste en un crédito fiscal, fue prevista por la Ley n.º 107, de 13 de julio de 2015.

mayor parte, a la falta de *experiencia* de las administraciones en la gestión de los procedimientos específicos⁷⁶.

5. ¿Qué perspectivas hay para la valorización de las infraestructuras sociales?

La actual crisis sistémica, que tiene una dimensión global y un impacto transversal en el tejido económico y social, está favoreciendo la repetición con creciente intensidad de algunas dinámicas conocidas, que ya surgieron en el pasado, pero que ahora se presentan con renovado vigor. En este contexto tan complejo, la realización de infraestructuras es una de las políticas más importantes para reactivar el desarrollo económico y detener la crisis. Las infraestructuras sociales, en particular, permiten reforzar las interacciones y los vínculos que constituyen el tejido reticular en el que se desarrolla la comunidad y en el que operan las administraciones que *«han pasado de la pirámide a la red»*⁷⁷.

Sin embargo, los efectos positivos derivados de su construcción no se producen únicamente a través de la construcción de obras y equipamientos, ya que la pertinencia y la utilidad de las infraestructuras deben evaluarse cuidadosamente en relación con el contexto en el que se llevarán a cabo. En este sentido, se puede decir que las fases de programación y diseño son más importantes que la de ejecución.

Por otra parte, como se ha visto, ni siquiera la disponibilidad de recursos es, por sí sola, garantía de la viabilidad concreta de los proyectos a los que el sistema político local ha asignado prioridad, ya que la accesibilidad potencial a la financiación no coincide con su utilización efectiva por parte de las administraciones territoriales. El uso de los recursos disponibles está, de

⁷⁶ Los instrumentos de promoción de la financiación que se han descrito brevemente son analizados en profundidad por SCREPANTI Susanna y VIGNERI Adriana, *L'intervento pubblico per il sostegno, la promozione e il rilancio degli investimenti in infrastrutture e opere pubbliche*, en ASTRID-IRPA, *Lo Stato promotore. Cómo cambia la intervención pública en la economía*, editado por Bassanini Franco, Napolitano Giulio, Torchia Luisa, Bologna, Il Mulino, 2021. La contribución mencionada está disponible, en versión ampliada, como IRPA Working Paper - Policy Papers Series, *Las inversiones en infraestructuras y la intervención del Estado 'promotor'*, 2021, 3.

⁷⁷ S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2020, 1, pag.158.

hecho, supeditado al cumplimiento puntual de los procedimientos administrativos que se aplican, aunque con modalidades diferentes, tanto a las inversiones privadas como a las públicas.

Por un lado, es necesario prestar atención a los dos aspectos mencionados (cuántos recursos hay disponibles y cuáles son las normas para poder utilizarlos). Por otro lado, sin embargo, conviene detenerse también en la configuración que adopta la relación entre estos elementos para poder evaluar, en su conjunto, si el sistema administrativo está favoreciendo o no la realización de las infraestructuras sociales y, en caso negativo, qué reformas es necesario poner en marcha para mejorar el contexto de referencia. Aquí vuelve a surgir la importancia de poseer las competencias técnicas adecuadas que, en el caso que nos ocupa, permitirían, por ejemplo, no tener que externalizar la fase de diseño de las obras (con el consiguiente alargamiento de los plazos de ejecución) o no sufrir un posible litigio debido a la ilegalidad de los actos de licitación.⁷⁸

En relación con este último aspecto, en particular, una de las características que no debe subestimarse es el grado de apertura que los procedimientos reconocen a la participación de los ciudadanos con el fin de acoger su contribución activa. La valorización de las instancias emergentes de la colectividad territorial puede tener lugar, en particular, tanto en el ámbito de los procesos decisorios destinados a tomar decisiones relativas a la localización de nuevas infraestructuras sociales, como en lo que respecta al diseño previo de formas y modelos de cogestión y co-mantenimiento de dichas infraestructuras, mediante el reparto de las funciones de cuidado de los espacios ciudadanos.

En conclusión, si es cierto que *«la importancia del tema de las infraestructuras puede considerarse ya casi un lugar común»*⁷⁹, es igualmente cierto que este reconocimiento exige prestar una atención específica al estudio de las infraestructuras sociales y los perfiles administrativos relacionados, a pesar de que las infraestructuras económicas, por su dimensión y valor, se prestan más fácilmente a ser investigadas a la luz

⁷⁸ Sobre estos temas, CAROLI CASAVOLA Hilde, *Cattiva amministrazione e ‘tecnici’*, en cargo de Rallo Andrea, Scognamiglio Andreina, *I rimedi contro la cattiva amministrazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, pag. 309 ss.

⁷⁹ F. CORTESE, *Le infrastrutture per le città*, in *Munus*, 2014, 1, pag. 69.

de la relación que existe entre el Estado y el mercado y de la forma que adopta la intervención pública en la economía.

El reducido tamaño físico, la «pulverización» territorial, la fragmentación de los procedimientos aplicables y la dificultad de involucrar a los particulares en la realización de las infraestructuras sociales son elementos típicos de la categoría examinada. Sin embargo, no se trata de características que atenúen su importancia, sino más bien de elementos que requieren una cuidadosa consideración de las normas previstas y de los criterios de división de funciones entre los distintos niveles de gobierno. Estos perfiles merecerían, en efecto, ser profundizados para verificar, en primer lugar, si la ausencia de un marco normativo unitario de referencia no puede ser un elemento favorable en lugar de penalizador. Pensemos, por ejemplo, en la hipótesis de aplicar un régimen dominical variable a las infraestructuras sociales en lugar de una normativa rígida y predefinida, de modo que, sin descuidar los principios contenidos en el código de contratación pública y en otras normas generales de referencia, sea posible valorar sus características específicas en relación con el uso específico al que están destinadas.

No hay duda, por tanto, de que la categoría en cuestión presenta, en la actualidad, aún diversas incertidumbres en cuanto a su encuadramiento teórico. Sin embargo, al mismo tiempo, parece ofrecer al intérprete un escenario evolutivo de gran interés científico y de evidente relevancia sistémica. De hecho, las infraestructuras sociales representan un componente fundamental para la plena realización de los proyectos contenidos en *el Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia* que, como se ha visto, les dedica un amplio espacio y cuantiosos recursos, considerándolas una prioridad imprescindible para la reconstrucción y renovación de nuestro sistema nacional.

AQUISIÇÃO E TITULARIDADE DAS COISAS VAGAS: TRATAMENTO SISTEMÁTICO E O PAPEL INSTITUCIONAL DA ADVOCACIA PÚBLICA

Daniel Bucar

Doutor pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (Brasil). Professor Titular de Direito Civil no IBMEC/RJ. E-mail: crp@bucarmarano.com.br. ORCID: 0000-0001-8130-306X (disponível em <http://orcid.org/0000-0001-8130-306X>)

Caio Ribeiro Pires

Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ (Brasil). E-mail: bucar@bucarmarano.com.br. ORCID: 0000-0002-0852-3792 (disponível em <https://orcid.org/0000-0002-0852-3792>)

Sumário: I. Introdução; II. O Município como destinatário dos bens vacantes: por uma compreensão político-jurídica; III. O regime de aquisição das coisas vagas: diferentes estruturas para mesma função?; IV. Advocacia Pública Municipal e a disciplina das coisas vagas: o paradoxo da aquisição benéfica e as titularidades compulsórias; V. Entre os institutos de direito civil e as novas realidades de aquisição das coisas vagas: um cotejo urgente; VI. Considerações finais; VII. Referências

I. Introdução

As concepções de direito civil outrora dominantes possibilitaram o esquecimento doutrinário a respeito de certos temas, o que não significa a inexistência de controvérsia sobre tais assuntos. Tampouco pode se afirmar, como razão deste silêncio, a desnecessidade destas disciplinas pela inocorrência de fatos que as reclamem.

No âmbito dos direitos patrimoniais as disposições referentes às coisas vagas¹ constituem exemplo desta afirmação. Afinal, a concepção individualista e abstrata da propriedade, junto à instituição da família

¹ Faz-se um esclarecimento inicial. Embora se esteja ciente da discussão doutrinária que diferencia “coisas” e “bens” o presente artigo adota as expressões “coisas vagas” e “bens vagos” como sinônimos, posto que a distinção não apresenta maiores implicações no tema apresentado. Sobre a diferenciação e os posicionamentos envolvidos, consultar PEREIRA Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, volume I, introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil**, atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 343-347.

patriarcal, destinada à procriação e à manutenção nobiliárquica, alçavam ao protagonismo, no direito civil, diferentes preocupações.

Onde a propriedade privada definia a relevância jurídica do sujeito de direito², interessava desenvolver as faculdades e poderes do proprietário e não as consequências da falta de titularidade. Esta sistemática normativa sugeria uma improbabilidade de bens, principalmente imóveis, sem proprietário³. Nem mesmo havia interesse, ou coerência, à ideologia liberal determinar a perda de propriedade por aqueles titulares formais que não se utilizavam dos bens. Não só, a composição tradicional de família, composta por cônjuge e filhos, faziam a vacância hipótese ainda mais distante.

Contudo, isto não significa dizer que a codificação civil não tratou o assunto. De fato, constata-se a previsão de uma estrutura legislativa que trata do tema, desde o Código Civil de 1916, permanecendo no Código Civil de 2002. No entanto, o debate acerca do sistema ora vigente pouco se desenvolveu.

Quanto às razões para endereçar o bem a determinado ente federativo, o direito privado delega os estudos ao direito administrativo⁴ e constitucional. Tal compartimentalização reflete resquício de antiga concepção fictícia, consubstanciada na estanque divisão entre o direito público e privado, cujos temas limítrofes acabam por não ser tocado por ambas as áreas.

Entretanto, mediante as premissas de Direito Civil Constitucional o tema merece um olhar mais cuidadoso⁵. A incidência de valores constitucionais na unidade do ordenamento jurídico torna ultrapassada a

² Sobre o tema seja permitido remeter a TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização. **Revista de Direito do Estado**. Ano 1, nº 2, abril/junho p. 37-53, 2007.

³ Para uma construção deste esquema abstrato, segundo o qual todas as terras ou estariam no patrimônio de algum particular ou do Estado, DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil III, Direito das Coisas**, atualizado por Laerson Mauro. 3^{ra} ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1984. p. 165.

⁴ No tocante a destinação dos bens públicos e a relevância da matéria para o Direito Administrativo: PEREIRA Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, volume I, introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil**, atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 376/377.

⁵ Em trabalho enfrentando o tema sob esta perspectiva, LUSTOSA, Paulo Franco. **Abandono de bem imóvel no direito brasileiro**. Monografia (pós-graduação em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2012.

clássica divisão entre os ramos do direito, vez que todos devem justificar-se na Constituição da República⁶.

Logo, esta mesma tábua axiológica oferece um sentido para que a propriedade privada que não se encontre sob a titularidade de um particular seja concedida, na atualidade, não só ao Poder Público, mas sim, especificamente, ao Município. Definir a supracitada *ratio* é essencial, inclusive, a informar o Poder Judiciário, que vem tendo dificuldade no tratamento do tema

Com efeito, em dificultosa pesquisa empreendida para melhor compreensão do assunto encontraram-se decisões permitindo o depositário doar os bens abandonados⁷, o leiloeiro dispor e destinar o produto de acordo com sua conveniência⁸, cuja faculdade também foi conferida em certa ocasião ao locador quanto a coisas deixadas pelo inquilino no imóvel alugado⁹. Poucas decisões observavam a normativa vigente e chamavam a municipalidade para se manifestar no feito.

⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. Rio de Janeiro. **Direito, Estado e Sociedade**, volume 1, p. 59-73, 1991. p. 66.

⁷ Conforme se vê do relatório da Decisão Monocrática proferida no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.113 - SP (2017/0170912-9), de que foi Relator o Min. Moura Ribeiro (30.10.2017): “*Finalmente, não comporta alteração a parte da sentença que determinou a doação dos bens móveis abandonados no espaço locado, porquanto durante toda a instrução processual, a parte ré se manteve inerte em relação a tais bens, não sendo justo e razoável exigir da locadora suportar encargos relativos ao depósito dos referidos bens por maior lapso temporal, observando que o MM. Juiz facultou a retirada, em sendo de interesse, removendo-os*”.

⁸ Este foi o teor da notícia encontrada no site do Conselho Nacional de Justiça, acerca da convocação de proprietários de bens judicialmente depositados junto a órgãos judiciais integrantes do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região: “*Caso os interessados não apareçam ou não preencham as condições para a retirada dos bens no prazo estabelecido, o TRT5 vai considerar abandono imediato dos bens e autorizar ao leiloeiro dar a destinação que julgar cabível aos lotes abandonados, inclusive alienação para reembolso das despesas de remoção e armazenagem*”.

⁹ “*Assim, considerando o abandono das coisas deixadas no imóvel objeto de locação, o locador deve ser liberado do encargo de depósito dos móveis restantes, podendo dar a destinação que melhor entender conveniente, a fim de desocupar o bem*”. TJDF, AI nº 0717665-26.2017.8.07.0000, Rel. Des. Carmelita Brasil, em 04.04.2018.

Contudo, se a redução do tamanho das famílias e o acúmulo de riqueza¹⁰ apontam para uma maior propensão de heranças vagas, de outro lado, a obsolescência programada, o ritmo acelerado econômico e os altos números da violência urbana no Brasil indicam uma maior possibilidade de bens vagos. Dito de outra forma, a própria realidade social determina um estudo da disciplina das coisas e patrimônios vagos.

Diante disto o presente estudo pretende trazer algumas bases para reconstrução deste debate e traçar, conforme a normativa existente, o papel da Advocacia Pública na arrecadação e incorporação dos bens vagos ao patrimônio do Município. Para tanto, em sua parte inicial, estabelece as bases político-jurídicas da transmissão destes bens à municipalidade, sistematiza a estrutura dos regimes de aquisição de coisas vagas, previstos pelo Código Civil, e estabelece o seu perfil funcional.

Ressalta-se, ao fim do estudo, a necessária atenção para a descoberta de bens móveis, os quais podem apresentar significativo valor, e questiona-se a noção de titularidade compulsória aplicada ao Município. A partir desta última construção afirma-se imprescindível a análise das vantagens oferecidas pela incorporação de certos bens ao patrimônio municipal.

II. O Município como destinatário dos bens vacantes: por uma compreensão político-jurídica

É conjuntura inegável a subsistência de visões do direito privado cuja a base consiste em reafirmar a técnica da subsunção, por meio da incidência da norma positivada ao mundo dos fatos. Porém, o rompimento com esta pretensa neutralidade é tarefa imprescindível, impedindo que as leis camuflam interesses não mencionados expressamente ou ocasionem o desinteresse acadêmico pelas razões que sustentam a permanência de determinados institutos¹¹.

¹⁰ Ressalte-se a esclarecedora retrospectiva e diagnóstico desta realidade atual dos bens presente em TEIXEIRA, Danielle Chaves. **Planejamento sucessório: pressupostos e limites**. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 43-46.

¹¹ TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, Almeida, Vitor (Coords). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 17-35, 2016. p. 22-31.

Nestes termos, a definição sistemática de passagem dos bens que não se encontram sob a titularidade de nenhum particular ao patrimônio público reflete-se em opção político-legislativa. Manifesta-se aqui, em uma economia capitalista, fundada na propriedade privada (art.170, inciso II, CR), a possibilidade expressa de que alguma das estruturas do Poder Público se aproprie de bens tipicamente privados que não estão sob o domínio de particulares.

Não se pode reputar inovadora esta possibilidade. Desde o Código Civil de 1916 a problemática dos bens sem dono, causada pelo abandono, renúncia ou herança sem herdeiro existente, resolveu-se pela sua passagem ao patrimônio de alguma das estruturas do Estado (arts. 589, incisos II e II e §2º, art.606 e art.1.594)¹².

Todavia, um rápido olhar sobre a legislação de outro país demonstra controvérsias sobre o tema, as quais reforçam a assertiva de que se constitui assumida escolha do direito brasileiro o referido tratamento. A título de exemplo, na Alemanha, em sede de direito sucessório, a ordem de vocação hereditária inclui colaterais até o grau infinito. Justifica-se este tratamento, segundo o ordenamento daquele país, por um receio de que qualquer passagem de propriedade ao Estado se torne em um passo para abolição da sucessão privada e de consequente admissão dos preceitos socialistas¹³.

A opção brasileira, como se vê, é diversa. Amparado no equilíbrio entre a garantia de propriedade privada (art. 5º, inciso XXII, CR) e o atendimento da função social (art.5º, inciso XXIII, CR), optou-se por

¹² San Tiago Dantas, também ao tratar da propriedade imobiliária, admite indiretamente esta importância da política legislativa ao definir o regime de titularidades proprietárias no direito brasileiro, de acordo ao sistema econômico vigente (*“Na sociedade atual, especialmente na sociedade urbana (...) Os bens já se acham, normalmente, no patrimônio de alguém, ou no patrimônio do Estado ou no patrimônio dos particulares”* (...)). Especificando as razões disso, no momento em que escrevia, afirma: *“No Brasil, até 1.850, teve-se a ocupação de imóveis embora o nosso direito positivo não desse normas bem claras ao instituto, que era regulado pelos princípios gerais do Direito Romano, mas o certo é que a lei nº 601, de 18 de setembro de 1.850, seguida de um regulamento de 30 de janeiro de 1.854, veio encarar a situação de fato em que se encontrava a propriedade territorial, em grande parte ocupada pelos particulares que, por meio de uma apreensão das terras, se achavam colocados nelas como proprietários”*. DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil III, Direito das Coisas**, atualizado por Laerson Mauro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1984. p. 164-165).

¹³ O relato encontra-se em ZIMMERMAN, Reinhard. **Does the Law of Succession Reflect Cultural Differences?** Nova Zelândia: Eleven International Publishing, 2018. p. 16.

transferir ao ente público bens e patrimônios vagos. Em um primeiro momento arrecadam-se os bens e, em processo judicial, procura-se o seu dono, seja ele o de coisa singularizada descoberta, seja o titular do direito de aquisição *causa mortis* em herança jacentes.

Superada esta fase, cujo objetivo será a manutenção do direito real de propriedade (apenas alterando a titularidade), o legislador fixa lapsos temporais após os quais se perdem, ou não se transmitem, os bens a particulares e incorporam-se ao patrimônio público. Esta normativa confere substância ao princípio da função social da propriedade no tema em estudo¹⁴, transferindo a titularidade do direito real a um novo proprietário, sem eleger um particular como adquirente¹⁵.

Pelo contrário, ao invés de conceder coisas e heranças vagas a pessoas sem qualquer relação anterior com estes bens, nomeia seu titular determinado ente federativo, facilitando sua reversão ao interesse público geral. Trata-se não de ferramenta que serve para a defesa abstrata da propriedade privada como base do capitalismo, mas sim de possível contribuição material para a concretização dos Direitos Fundamentais Sociais, tarefa primordial das estruturas estatais.

Mudança significativa do Código Civil de 1916, empreendida pela Lei 8049/90 e mantida pela Codificação de 2002, foi a destinação dos bens vagos ao Município, e não mais ao Estado. Esta alteração enfatiza a ideia de concretização de interesses sociais.

¹⁴ Reconhecendo o fundamento da perda de propriedade por abandono na função social: LUSTOSA, Paulo Franco. **Abandono de bem imóvel no direito brasileiro**. Monografia (pós-graduação em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2012. p. 13-15.

¹⁵ Não é objeto específico deste trabalho a posse, por particulares, sobre os bens abandonados ou inseridos no patrimônio de herança vacante. Nas disposições sobre o abandono o próprio Código Civil reconhece o merecimento de tutela desta posse no art.1.276 (“*O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições*”). Quanto ao assunto, LUSTOSA, Paulo Franco. **Abandono de bem imóvel no direito brasileiro**. Monografia (pós-graduação em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2012. p. 14-15.

Em comentário a esta sistemática, realizado no âmbito do Direito das Sucessões, Orlando Gomes imputava a um *jus imperii*, ou seja, o domínio estatal sobre o território em que o bem se encontra¹⁶, a razão para o estatuto legal. Ainda que seja possível identificar o sentido da afirmativa, reforçado pelo fato de que os imóveis abandonados e heranças vacantes arrecadam-se ao Distrito Federal ou ao Município (arts.1.276 e 1.844, Código Civil), a análise do argumento merece maior profundidade¹⁷.

Não se cuida meramente de conceder ao poder público a titularidade dos bens vagos no limite das circunscrições em que governa, mas sim de eleger como destinatário desta o ente federativo¹⁸ diretamente conectado a localidade. Neste sentido, afirmou-se ser o Município uma espécie de comunidade de vizinhos institucionalizada, onde as políticas públicas direcionam-se a melhorar o cotidiano das pessoas habitantes daquele território¹⁹.

Desta maneira, o olhar unitário e atencioso sobre a mudança na codificação civil atual constata não uma destinação por poder sobre o

¹⁶ GOMES, Orlando. **Sucessões**, atualizado por Mario Roberto Carvalho de Faria. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 74.

¹⁷ Sublinhe-se que o próprio autor admite não realizar comentário mais denso desta opção legislativa, ao reforçar que subsiste uma questão de fundamento político, mas importa ao direito privado a técnica de aquisição dos bens (*“Distinguem os escritores o fundamento político do fundamento técnico-jurídico da sucessão do Estado. A ratio política está no jus imperi, mas o meio técnico de aquisição é proporcionado pelo direito privado, conquanto sirva a tutelar um interesse patrimonial que privado não é”*). GOMES, Orlando. **Sucessões**, atualizado por Mario Roberto Carvalho de Faria. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 75).

¹⁸ Embora se saiba da divisão de opiniões sobre a classificação do Município como ente federativo, o presente trabalho o classifica desta forma, interpretando a autonomia que a Constituição Federal de 1988 lhe concede, político, financeira e de funções próprias bem delimitadas. Para o resgate dos divergentes posicionamentos, e a defesa deste que ora se adota, assim como retrospectiva da posição dos municípios nas constituições anteriores, DANTAS, Ivo; CASTRO, Gina Gouveia Pires de. Os municípios e a federação brasileira: a importância desses no contexto constitucional brasileiro. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). **Tratado de Direito Municipal**. Belo Horizonte: Fórum, p. 81-112, 2018. p. 93-96; 98-104.

¹⁹ DANTAS, Ivo; CASTRO, Gina Gouveia Pires de. Os municípios e a federação brasileira: a importância desses no contexto constitucional brasileiro. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). **Tratado de Direito Municipal**. Belo Horizonte: Fórum, p. 81-112, 2018. p. 107-109.

território, e sim o objetivo de retorno das riquezas à comunidade próxima, de onde o ex-titular extraiu sua economia²⁰.

Este fundamento atribuído à indicação legal de proprietários para adquirir as coisas vagas alinha-se, inclusive, a arrecadação de imóveis rurais pela União (art.1.276, §1). Se a está é constitucionalmente outorgado o dever de realizar a reforma agrária (art. 184, CR), é dever do Município a efetivação da política de desenvolvimento urbano (art.182, CR). No último caso, os bens vagos podem ser utilizados de diversas formas essenciais, a depender da conveniência administrativa, como a infraestrutura para serviços públicos e privados essenciais²¹ ou a instrumentalização do Direito Social à Moradia (art.6, CR)²².

III. O regime de aquisição das coisas vagas: diferentes estruturas para mesma função?

Considerando-se o estabelecimento da *ratio* que legitima a entrega de bens e patrimônios vagos ao Município será possível sistematizar as estruturas utilizadas pelo Código Civil para transmissão desta propriedade. Com lastro nesta análise torna-se possível entender a efetividade destas regras no cumprimento da função a que se destinam, qual seja, mediar a garantia de propriedade e sua função social. Em outros termos, ao mesmo tempo em que

²⁰ No mesmo sentido, PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, volume VI, direito das sucessões**, atualizado por Carlos Roberto Barbosa Moreira. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 186.

²¹ MARRARA, Thiago. Bens Municipais: espécies, aquisição, regimes, uso e cobranças. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). **Tratado de Direito Municipal**. Belo Horizonte: Fórum, p. 385-416, 2018. p. 385.

²² É inclusive o que sugere a lei federal, sem vincular o administrador, ao dispor no art.65 da Lei 13.465/17: “*Os imóveis arrecadados pelos Municípios ou pelo Distrito Federal poderão ser destinados aos programas habitacionais, à prestação de serviços públicos, ao fomento da Reurb-S ou serão objeto de concessão de direito real de uso a entidades civis que comprovadamente tenham fins filantrópicos, assistenciais, educativos, esportivos ou outros, no interesse do Município ou do Distrito Federal*”. Acertadamente, a sugestão ressalta o papel primordial dos Municípios na efetivação do direito à moradia nas zonas urbanas, sem vincular diferentes realidades das mais distintas regiões. Quanto ao tema, em perspectiva crítica, ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: direitos reais**. Salvador: Editora Jus Podvm, 2018. p. 525).

busca se evitar a expropriação da titularidade privada sem qualquer segurança, não se admite uma titularidade não preenchida por um longo tempo, ou de forma perpétua.

O Código Civil regula a matéria das coisas vagas, mais precisamente, as que outrora foram de um proprietário privado, nas disciplinas da descoberta, abandono, renúncia de imóveis e herança jacente. Exceto no caso de renúncia²³ os procedimentos traçados para o reconhecimento de ausência de titularidade e transmissão ao Município são semelhantes, haja vista todos servirem a mesma função.

Em regra, um fato ou ato jurídico indica a possibilidade de determinado bem ou patrimônio não se encontrar sob a titularidade de nenhum particular. Assim, arrecadam-se os bens e inaugura-se um procedimento judicial, o qual se desmembra em nomear um curador para manutenção do patrimônio e procurar o seu titular, ou uma pessoa apta a adquiri-lo ou, ainda, verificar a existência de abandono. Caso os titulares originais não reclamem o bem para si, e passado um determinado período de tempo, considera-se aquele desprovido de titularidade privada, ocorrendo sua incorporação ao patrimônio do Município.

Quanto à aquisição de bens móveis por meio da descoberta, o ato jurídico inicial é o achado de coisa perdida, da qual o descobridor se apossa. Perante esta situação, as normas do Código Civil obrigam o descobridor a procura do dono ou legítimo possuidor, para restituição da coisa²⁴ (1.233, *caput* e parágrafo único, CC).

No caso de a busca não alcançar seus objetivos, será aberto, perante o Poder Judiciário, o procedimento de coisas vagas, em que a coisa é depositada a coisa e são publicados editais, os quais instrumentalizam a tentativa de encontro dos proprietários pelas vias judiciais (art.746, CPC). Inexistindo

²³ O tratamento especial justifica-se pelo fato de que na renúncia o abandono é declarado, registrando-se no Cartório de Imóveis o ato renunciativo, e perdendo-se a propriedade desde então (art.1.275, parágrafo único, CC). Caio Mário da Silva Pereira afirma ser a renúncia a manifestação externa do abandono (Pereira, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, volume IV, direito direitos reais**, atualizado por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho.25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 221).

²⁴ Entendendo que as normas do descobrimento apenas se aplicam aquele que se apossou da coisa, e que o descobridor poderá escolher fazê-lo ou não, TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de, BARBOZA, Heloísa Helena. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, volume III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 512.

quem prove condição de proprietário após o lapso temporal de sessenta dias o bem será vendido em hasta pública, pagando-se as despesas e recompensa ao descobridor, com transmissão do restante ao Município em que o objeto foi achado (1.237, CC).

Quanto à perda da propriedade imóvel por abandono a previsão aparece em apenas um dispositivo da codificação, embora seja possível extrair daquele semelhante percurso. Deste modo, verificado o abandono, o qual se revela mediante atos jurídicos que indiquem a intenção, pelo proprietário, de não mais conservar o bem em seu patrimônio, o imóvel urbano poderá ser arrecadado como bem vago. Passados três anos o imóvel será incorporado ao patrimônio do Município ou Distrito Federal, a depender das circunscrições onde se encontra (art.1.276, Código Civil). Vale ressaltar a radical diminuição de prazo para este ato aquisitivo, o qual acontecia, segundo o Código Civil de 1.916 apenas dez anos depois da arrecadação como bem vago (art. 589, §2º).

É no tocante a esta estrutura para aquisição das coisas vagas imóveis que se desenvolveu uma maior discussão doutrinária sobre o aspecto funcional do procedimento e sua coerência ao ordenamento jurídico. Motiva-se este destaque no lugar central, ao menos em longo período, atribuído à propriedade imobiliária no sistema capitalista. Neste contexto se instaura a divergência, em esforço de interpretação ao Código Civil, sobre o momento constitutivo da perda de propriedade, exteriorizada em três teorias distintas²⁵.

Em verdade, uma leitura conforme a axiologia constitucional demonstra visões que propõe a medida para o equilíbrio ou prevalência entre a garantia de propriedade e a função social. Nesta perspectiva, a teoria mais adequada será aquela da transmissão direta, a qual afirma imitir-se o Município na posse do imóvel a partir da arrecadação, perdendo o particular a titularidade do imóvel para o ente federativo, de forma definitiva, após o prazo trienal.

Por meio desta construção respeita-se a lei infraconstitucional e funcionalizam-se seus ditames à satisfação, em mesma medida, de dois Direitos Fundamentais. Os prazos, e o processo de aquisição da propriedade perdida, exercem o papel de limites objetivos para caracterização de perda, a fim de que se realize seu uso em favor da função social. Caracterizam-se estes

²⁵ Para um amplo debate sobre o tema, LUSTOSA, Paulo Franco. **Abandono de bem imóvel no direito brasileiro**. Monografia (pós-graduação em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2012. p. 14-41.

limites por sua condição de regras claras, suficientes a não descaracterizar a segurança jurídica que merece uma garantia constitucional.

Rejeita-se assim a leitura literal do art. 1.275, inciso I, Código Civil, a qual propõe a teoria da perda imediata (que elege o abandono, por si só, como causa de perda da propriedade). Ocorre aqui desnecessária sobreposição do princípio da função social da propriedade, caracterizando-se o abandono de forma casuística e subjetiva²⁶.

Em igual medida, a teoria da arrecadação (ou intermediária) demonstra-se inapropriada. Não obstante propor uma solução conciliativa, ao admitir a perda da propriedade no momento de arrecadação pelo Município, submetendo-se a incorporação definitiva a processo em que deve se manifestar o proprietário original, ignora-se o dispositivo legal. Ao invés de atribuir legitimidade ao lapso temporal positivado faz-se sua substituição, sem fundamento aparente, por um contraditório e ampla defesa²⁷.

Com base nesta revisitação possibilita-se avançar sobre a identidade estrutural dos procedimentos de aquisição das coisas móveis e imóveis, concluindo-se por sua unidade funcional. Afinal, observa-se que, em maior ou menor intensidade, os lapsos temporais e cautelas que lhes servem ao adequado tratamento das titularidades e valores constitucionais que as envolvem no ordenamento jurídico brasileiro.

A transmissão do patrimônio vago em razão de morte segue o mesmo raciocínio das anteriores situações de coisas vagas. Aqui o conhecimento do fato jurídico não existência de herdeiros legítimos conhecidos, nem testamento, enseja a arrecadação judicial dos bens deixado, seja a pedido de terceiro interessado (como o Município), seja por ato de ofício do Juízo (art. 738, CPC). Constitui-se assim a herança jacente. Nomeia-se então um curador para a representação e manutenção da herança (art. 739, CPC) e publicam-se editais, que estarão dispostos em sítio eletrônico por três meses, ou, não havendo sítio, nos órgãos oficiais e imprensa por três vezes com intervalo de um mês entre cada uma delas (art. 741, CPC).

²⁶ LUSTOSA, Paulo Franco. **Abandono de bem imóvel no direito brasileiro**. Monografia (pós-graduação em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2012. p. 23-26.

²⁷ LUSTOSA, Paulo Franco. **Abandono de bem imóvel no direito brasileiro**. Monografia (pós-graduação em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2012. p. 23-26

Um ano depois de publicado o primeiro edital, sem que haja habilitação de herdeiro, a herança passará da condição de jacência para a de vacância (art.1.820, CC; art. 743, CPC). Durante o lapso temporal de vacância apenas é permitido aos herdeiros necessários postular a herança na forma da ordem de vocação hereditária, mas não ao colateral (art.1.822, parágrafo único, CC). Demonstra-se aqui o privilégio a família afetiva e próxima, permitindo apenas aos herdeiros supostamente mais próximos do falecido, no quesito afeição, reclamar seus direitos hereditários.

Transcorrido o período de cinco anos da abertura da sucessão, momento de morte do falecido²⁸, os bens passarão ao domínio do Município, Distrito Federal, conforme a circunscrição que se encontra, ou a União, quando localizarem-se em território federal (art1. 1.822, *caput*, CC). A normativa traçada para vacância assemelha-se aquela da aquisição decorrente pela perda de propriedade até mesmo na exceção em que a herança é considerada imediatamente vacante, quando todos os chamados a suceder renunciarem ao patrimônio (1.823, CC).

Apenas sublinha-se aqui o prazo como forma de conciliar a garantia fundamental de aquisição da herança, especificamente prevista na Constituição Federal (art.5, inciso XXX), consecutória a propriedade privada, mas protegida em dispositivo distinto, e a função social. No sentido deste aspecto funcional, não se considera o Município um herdeiro, o qual nem mesmo ocupa posição na ordem de vocação hereditária, atribuindo-se diferente razão e procedimento a sua posição de sucessor²⁹.

Definido o esquema de estruturas para aquisição de coisas vagas e sua função unitária, vislumbra-se a possibilidade de aplicarem-se dispositivos previstos originalmente para uma das situações a outra. O expediente busca suprir algumas insuficiências, cujos diferentes regramentos possuem em sua origem, de forma coerente ao ordenamento jurídico, vez que todos atendem aos mesmos objetivos.

Sob este prisma poderá suprir-se a falta de procedimento previsto para aquisição de bens imóveis abandonados pela utilização do procedimento de

²⁸ GOMES, Orlando. **Sucessões**, atualizado por Mario Roberto Carvalho de Faria. 16ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 77.

²⁹ ROSENVALD, Nelson; FARIAS Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 4ª ed. Salvador: Ed. Jus Podvim, 2018. p. 284.

coisas vagas³⁰. Assim como os editais buscam, primeiramente, encontrar o herdeiro ou proprietário que perdeu a coisa, a fim de mantê-la na titularidade de um particular, a ciência do abandonante também é necessária. Modifica-se apenas o conteúdo da informação: garantir a propriedade privada no caso de abandono não significa encontrar pessoa incerta, mas sim advertir que a perpetuação dos atos de não conservação no lapso trienal conduz a perda da propriedade.

Em outras palavras, o Poder Judiciário deixa claras as regras do jogo, conforme o sistema jurídico impõe, incitando ao particular para que atribua função social a sua propriedade, sob pena de perdê-la.

Apenas em virtude da especificidade dos bens imóveis o Juiz poderá usar das soluções flexíveis, admitidas nos procedimentos de jurisdição voluntária (art. 723, CPC), e citar especificamente o proprietário apontado na matrícula do imóvel. Contudo, harmonizando-se à regra processual de coisas vagas, o ato poderá ser direcionado pessoalmente e realizado uma só vez, sendo desnecessária a procura do proprietário na forma destinada aos processos contenciosos.

O procedimento também é maneira de neutralizar possível inconstitucionalidade da presunção absoluta de abandono quando a cessação dos atos de posse se soma ao não pagamento de ônus fiscais (art.1.276, §2, CC). Permite-se, desta forma, ao proprietário assegurar sua titularidade, por meio do adimplemento dos débitos ou alegação de motivo relevante, como a insolvência civil, a qual o impede realizar pagamentos ao fisco por obediência à ordem de preferências creditórias³¹.

Segundo o mesmo raciocínio, a distinção de lapsos temporais para aquisição de bens móveis (sessenta dias após a divulgação de edital ou notícia

³⁰ Parte da doutrina aceitava este posicionamento recorrendo a analogia como demonstra Paulo Lustosa (LUSTOSA, Paulo Franco. **Abandono de bem imóvel no direito brasileiro**. Monografia (pós-graduação em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2012. p. 27).

³¹ O assunto da inconstitucionalidade do referido dispositivo não é tema central deste estudo, mas encontra-se amplamente discutido em outros trabalhos, como em LUSTOSA, Paulo Franco. **Abandono de bem imóvel no direito brasileiro**. Monografia (pós-graduação em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2012. p. 40-56. Para a explicação e sugestão de um rol de preferências creditórias conforme a função de cada um dos créditos, BUCAR, Daniel. **Superendividamento: reabilitação patrimonial da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 70-80.

pela imprensa) e bens imóveis (três anos após sua arrecadação) é guiada por critério meramente estrutural. Na atual dinâmica dos bens não mais se pode reputar a razão desta diferença ao diminuto valor dos bens móveis, fato cuja expressividade econômica de ações de sociedade de capital aberto, quantias depositadas e *bitcoins* bem demonstram.

Portanto, a fim de assegurar-se a propriedade privada por tempo maior de acordo com a relevância econômica do bem, a aplicação do prazo de sessenta dias ou três anos para incorporação ao Município deve seguir o referido critério funcional. Ainda que os lapsos temporais sejam radicalmente diferentes entre si não se mostra exagerada a aplicação do prazo trienal aos bens móveis, pois podem exercer a mesma importância dos bens imóveis no atual cenário econômico.

Em último lugar, a possibilidade interpretativa poderá utilizar-se na decisão sobre o destino de imóveis que não apresentam grandes possibilidades de renda e nem do uso para concretizar a política urbana. Tendo em vista a necessária coerência entre o exercício dos poderes advindos da titularidade e as funções constitucionais outorgadas ao Município³², reveste-se de potencialidade funcional a aplicação extensiva do art.1.237, parágrafo único, Código Civil.

De forma mais precisa, autoriza-se ao Município abandonar imóveis de diminuto valor aos que passem a possuí-lo durante o período trienal de vacância, em caso de não exercício de posse direta sobre o bem pela municipalidade. O caso assemelha-se, no plano dos fatos, ao achado, pois o imóvel encontra-se vago, o processo de abandono pelo proprietário privado em curso e não se exige ao Município a averbação do procedimento para aquisição na matrícula do imóvel. Portanto, torna-se o conhecimento sobre a situação jurídica do imóvel dificultoso.

Mesmo que a configuração do diminuto valor ocorra de modo peculiar à situação do possuidor poderá ser merecedora de tutela. Imprescindível avaliar as possibilidades que traz o imóvel no sentido de construção de habitações populares e no desenvolvimento de infraestrutura na região. Contudo pode se abandonar o bem, quando inexistente sua importância ao

³² MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. **Tratado de Direito Administrativo Volume III- direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade**. In: DI PIETRO; Maria Sylvia Zanella (org.). *Tratado de Direito Municipal*. Belo Horizonte: Fórum 2018. p. 93.

interesse público, em favor de um possuidor ou grupo de possuidores, privilegiando o direito fundamental à moradia.

Na unidade do ordenamento jurídico o dispositivo é coerente ao art.1.276, Código Civil em seu impedimento de arrecadação do imóvel quando houver posse de particular sobre aquele. Afinal, a arrecadação jurídica sem o exercício dos direitos que a imissão na posse permite revela contexto fático de abandono igual ao anterior, persistindo também a função da norma, valorizar a posse nestes casos. Do mesmo modo esta manutenção de situações jurídicas de posse deve prevalecer no caso de heranças vacantes, pelas mesmas razões desenvolvidas.

Por fim ressalte-se que o título a que o abandono em favor do particular irá vigorar- uso, posse por tempo determinado, propriedade- caberá à discricionariedade administrativa no caso concreto.

IV. Advocacia Pública Municipal e a disciplina das coisas vagas: o paradoxo da aquisição benéfica e as titularidades compulsórias

Diante da destinação sistemática dos bens ao Município, e dos procedimentos judiciais que o direito impõe para a final aquisição destes bens, será essencial refletir sobre o papel institucional da Advocacia Pública Municipal ao tratar do tema. O exame do tema permite contribuições da técnica e teoria jurídica ao cotidiano forense deste ramo da Advocacia Pública Municipal.

Conforme os esquemas predispostos, a primeira tarefa do ente federativo interessado nos bens e patrimônios vagos será a de conhecê-los e arrecadá-los. Neste momento a advocacia para municipalidade exige um comportamento negocial, mais comum ao direito privado. Não se trata aqui de ressuscitar a divisão que antes se repudiou, mas sim reconhecer os rígidos limites a que a administração de bens públicos se submete. Porém, nesta fase inicial a titularidade do ente federativo é apenas uma expectativa e a obrigação profissional de seus representantes só será alcançada ao agirem com as funções de mandatário ou gestor de negócios, na acepção popular do termo³³.

³³ Este adendo é importante vez que não se trata do instituto da gestão de negócios positivado no Código Civil, mais ligado aos atos unilaterais e ao próprio direito restitutivo (arts. 861 a 875, Código Civil). Embora criticando a ineficiência da administração pública em administrar patrimônios de direito privado, a admissão de que nesta condição o Estado assume papel

A licença para uma atuação mais afeita aos atos negociais dos particulares é, na realidade, a melhor maneira de resguardar o interesse público, e aqui se demonstra o paradoxo das aquisições benéficas. Uma análise abstrata, centrada unicamente no ato de adquirir um bem e alienada do mundo econômico, sugere que toda aquisição significa entrada de ativos no patrimônio e, consequentemente, aumento de riquezas. No entanto, a dinâmica social indica outras consequências jurídicas envolvidas nesta questão.

Os patrimônios-e até os bens- poderão ser compostos por passivos que tornam suas aquisições em verdadeiros ônus ao novo proprietário. Por estas razões é essencial a atuação do advogado municipal na diligência de aquisição, semelhante àquela dos adquirentes privados, opinando, com o devido apoio técnico, sobre sua conveniência econômica.

Apenas por meio do levantamento de todas as informações sobre as coisas vagas o Município garante sua posição de transformar estes bens em utilidades aos seus administrados. Caso contrário o ente federativo assume posição indevida de agente econômico, destinando receitas ao pagamento de poucos particulares, sem que esta relação traga benefícios ao interesse público.

Conclui-se então que a arrecadação e posterior aquisição dos bens vagos exigem análise das vantagens econômicas e consequências jurídicas advindas de sua incorporação ao patrimônio municipal. Dito de outra forma, trata-se de avaliar quais entradas de coisas no patrimônio serão realmente úteis.

Questiona-se assim uma noção de titularidade compulsória³⁴, a qual se formou, principalmente, no âmbito das heranças vacantes, restringindo o direito dos Municípios a renunciar herança, o que é permitido aos herdeiros (art.1.806, Código Civil). Diz-se também que na falta de proprietários caberá à municipalidade assumir esta posição por não admitir o direito brasileiro

semelhante ao de uma “imobiliária”, ou seja, gestão e administração de bens como qualquer outro particular, encontra-se em BAPTISTA, Patrícia. A funcionalização da propriedade pública: problemas da perspectiva civilista sobre o regime jurídico dos bens públicos. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. Rio de Janeiro, n.31, p. 246-271, jun. 2017. p. 259-262.

³⁴ MARRARA, Thiago. Bens Municipais: espécies, aquisição, regimes, uso e cobranças. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). **Tratado de Direito Municipal**. Belo Horizonte: Fórum, p. 385-416, 2018. p. 390-391.

coisa sem titular³⁵. O assunto merece um melhor recorte sistêmico, analisada a axiologia que aqui se expôs.

Ao que toca as coisas vagas o único regramento expresso sobre constituir-se a destinação ao Município dever ou faculdade é o do art.1.276, Código Civil, onde afirma-se com clareza, que o imóvel *poderá* ser arrecadado e passar a titularidade municipal. Não subsiste razão para que o raciocínio se diferencie para as outras hipóteses de coisas vagas, principalmente na renúncia da propriedade sobre o imóvel, forma distinta de expressar o mesmo conteúdo do abandono.

Sob o prisma funcional, que merece destaque na atual interpretação do ordenamento jurídico, repita-se, a titularidade do Município apenas deve configurar-se quando benéfica ao patrimônio do ente federativo, e, conseqüentemente, à coletividade. As previsões de direito sucessório oferecem importante resposta ao assunto ao afirmar a possibilidade de credores aceitarem a herança em nome do herdeiro renunciante, com autorização do juiz, quando prejudicados pelo ato (art.1.813, Código Civil).

Da mesma forma, as hipóteses de abandono ou renúncia sobre as titularidades trazem à tona, como matéria de fundo, a possibilidade de rejeitar uma suposta riqueza pelos efeitos negativos desta no patrimônio do particular. A única diferença é no ato que revela esta função (na renúncia de herança a negativa de entrada no patrimônio e na perda de propriedade a deliberada saída), podendo haver a mesma abusividade.

O dispositivo carrega a potencialidade de permitir ao Município demonstrar desinteresse em figurar como adquirente do bem mas notificar os credores do ex-titular, resguardando os direitos destes. Nestes termos, os referidos poderão reclamar, em juízo, as coisas abandonadas para satisfação de seus créditos.

Eventuais questões de patrimônio insuficiente ao pagamento de todos os credores e concurso instaurado sobre os bens resolvem-se assim entre os particulares. Por meio deste procedimento concilia-se a faculdade de renúncia, que o Código Civil permite aos proprietários³⁶, ou eventuais herdeiros, e a

³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, volume IV, direito das coisas**, atualizado por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho.25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 221.

³⁶ Nos direitos reais estaria a possibilidade expressa nos arts.1.275 e 1.276, Código Civil, abandono pela renúncia ou atos informais. Afirmando existir a faculdade de renunciar os

possibilidade de o Município evitar a titularidade destes bens vagos. Impede-se então uma titularidade compulsória, a qual se converte em uso das estruturas e recursos municipais para a movimentação dos interesses econômicos de poucos administrados, em prejuízo de toda a população.

O processo de análise das aquisições benéficas é de grande importância ao caso de abandono de imóveis. Um dos exemplos mais significantes de prática generalizada deste ato demonstrou-se na época da inflação alemã, quando muitos proprietários preferiram abandonar suas propriedades pela falta de ativos cuja manutenção daquelas exigia³⁷. Tal fato transpõe-se às crises cíclicas de mercado, momento em que poderá caracterizar-se uma disposição de imóveis por impossibilidade, ou inconveniência, de se pagarem os encargos pendentes sobre aqueles.

Sob esta perspectiva o abandono visualiza-se, principalmente, quando compradores daqueles bens pretendem deles extrair uma garantia de renda e ampliação de investimentos e frustram-se em seus objetivos. Neste momento é necessária cautela redobrada do Município ao adquirir tais bens, que poderão acompanhar-se de um passivo formado de obrigações *propter rem* (tributárias, condominiais) pelas quais será responsável.

Embora se critique o conceito de titularidade compulsória não se descarta a função da advocacia municipal no sentido de esforçar-se na construção de aquisições benéficas. A ressalva é importante pois as heranças vacantes são patrimônios sob os quais se pode atuar para transformação de sua aquisição em vantajosa. Diferente dos bens singulares abandonados sob os quais pesam encargos que se geram de forma contínua, os débitos e créditos que compõem o patrimônio após a mortes costumam se estabilizar e responde o sucessor apenas até as forças da herança³⁸.

Por tais razões, verificando-se a existência de passivo maior do que o ativo é dever do Município requerer a abertura do processo de insolvência, a aplicar-se ao patrimônio do falecido (para o qual se seguem as disposições do

bens, inclusive para isentar-se de dívidas, prevista no Código Civil, MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, volume 3, direito das coisas**, atualizado por Carlos Alberto Dabus Maluf. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 219/220.

³⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, volume 3, direito das coisas**, atualizado por Carlos Alberto Dabus Maluf. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 222.

³⁸ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 4ª ed. Salvador: Ed. Jus Podvim, 2018. p. 289.

CPC 1973, segundo o artigo 1.052, CPC 2015). Mesmo não prevista sua legitimidade para tanto deve se interpretar extensivamente o art.753, Código de Processo Civil. Afinal, prevê o inciso III do dispositivo o pedido de insolvência pelo inventariante do espólio do devedor, sendo, no procedimento de vacância, o ente federativo quem assume posição muito semelhante de administração dos interesses do espólio.

V. Entre os institutos de direito civil e as novas realidades de aquisição das coisas vagas: um cotejo urgente

Do mesmo modo que o referido raciocínio desperta posição crítica sobre o empenho de aquisição, pelo ente federativo, desconsiderando eventual atração de passivo, a realidade econômica também adverte para o não esquecimento de alguns bens. Ressalta-se aqui o necessário entendimento sistemático e funcional das estruturas aquisitivas, para que se evite sua negação *a priori* por considerá-la improvável ou destinada a coisas de pequeno valor. É o caso da descoberta.

Como anteriormente dito, o fato de o instituto aplicar-se as coisas móveis não significa sua relação com bens módicos, o que bem provam as grandes quantidades de dinheiro em espécie. Não apenas isto, por ser o Município o único destinatário destes bens em seu território, a situação coletiva de pequenos valores abandonados por múltiplos proprietários pode gerar uma expressiva quantia financeira.

Estas ocasiões são, inclusive, uma factível caracterização da descoberta nos tempos atuais. Fatores como a pulverização dos investimentos variados, de importâncias módicas, e a maior facilidade de acesso à justiça suscitam a possibilidade de constituírem-se créditos em favor de um determinado beneficiário o qual não faz o devido em ações de consignação, por exemplo.

A descoberta será qualificada a partir do ato de quem atenta para esta situação, identifica os titulares, contabiliza estes valores e exterioriza estas informações. Qualifica-se o bem como perdido por esta inércia de resgate pelo particular, exercício do direito de propriedade privada legitimamente esperado quanto ao que apresenta utilidade para o titular.

Neste sentido a atuação da Advocacia Pública envolve o conhecimento do instituto da descoberta, participando o Município como

sujeito ativo da procura destes bens e identificando quando o ato ocorreu. Para o cumprimento da função de descobridor o Município deverá oficializar as instituições financeiras, sociedades empresárias que detenham bens de terceiros, a fim de diagnosticar casos sobre os quais incide instituto. Também por meio desta atuação garante-se o aproveitamento de todo o valor ao Município, pois não será necessário pagar a recompensa à terceiro caso o proprietário não procure a restituição destas coisas.

Todavia, será imprescindível, igualmente, alertar-se às descobertas ocorridas no plano fático e que não seguem o procedimento previsto pela lei federal. A problemática central que se instaura é a indevida detenção da coisa pelo descobridor, o qual apenas poderá exigir uma recompensa não inferior a cinco por cento do valor da coisa, mas arbitrada no caso concreto, além das despesas realizadas (art.1.237, CC). Caberá ao Município atuar em favor da obediência à legislação e assumir a posição que o ordenamento jurídico lhe atribuiu.

Instigante é o caso concreto é o dos depósitos judiciais abandonados, em que se verifica a tensão exposta. Cuidam-se de quantias depositadas em processos, a favor do credor, quando já declarada extinta a obrigação cumprida pelo devedor. Após o trânsito em julgado desta manifestação judicial, deve o credor tomar certas medidas, que o Código de Processo Civil de 2015 denominou de “satisfação do crédito”.

Em outras palavras, esta satisfação de crédito nada mais é do que a entrega física do dinheiro ou adjudicação dos bens penhorados (art. 904, CPC). A partir do trânsito em julgado da declaração judicial de extinção da obrigação, o direito ao bem objeto do depósito integra o patrimônio de seu titular (credor) e, nesta hipótese, eventual inércia para levá-lo indica a caracterização do instituto do abandono (derrelição), na medida em que seu titular se mantém despojado do *corpus* por força do não exercício do *animus*.

Ao perceber estas situações a posição recente dos Tribunais, que tem sob sua jurisdição os processos que originaram estes depósitos, é de apropriação, pelo próprio órgão judicial, dos valores e destinação segundo a sua conveniência. Nestes termos foi a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro nos autos do processo administrativo nº 2008/259179, determinando a entrega do saldo das 114.365 contas de depósito judiciais administradas pelo Sistema de Gestão de Depósitos Judiciais do

Banco Itaú S/A, cujo valor montava em R\$ 68.960.946,53, ao FETJ (Fundo Especial do Tribunal de Justiça), conforme o Aviso TJERJ 73/2012³⁹.

Ignoram estes posicionamentos a aplicação da normativa da descoberta no caso de perda ou abandono de coisas móveis, constituindo-se, na vacância judicialmente declarada destes bens, o Tribunal de Justiça um descobridor. Assim, o dever deste é submeter os bens ao procedimento de coisas vagas (art. 746, CPC) e receber não a propriedade definitiva, a qual pertencerá ao Município, mas sim o valor da recompensa.

O supracitado aviso foi alvo de questionamento de legalidade no Conselho Nacional de Justiça, o qual afirmou a impossibilidade de conversão dos depósitos judiciais residuais em favor do Tribunal⁴⁰.

Ressalte-se a forte carga política destas decisões, o que torna essencial a atenção para atos normativos incompetentes sobre o tema. A localização desta matéria será no Direito Civil, razão pela qual a competência legislativa para tratar do assunto será da União (art.22, inciso I, CR). Ou seja, a opção político-legislativa de razões, formas pela qual se perde a titularidade e o novo endereçamento desta compete ao referido ente federativo e não ao Estado ou Município.

Debate-se o assunto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5975, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, contra a Lei 20.170/2018, do Estado de Goiás, a qual prevê que os recursos remanescentes de processos judiciais findos, arquivados ou não, e oriundos de depósitos não identificados serão destinados ao fundo e que a verba deve ser usada no custeio do regime próprio de previdência do estado e em seu equilíbrio atuarial. Neste caso discute-se a

³⁹ Aviso TJERJ 73/2012, disponível em <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1217804/13-06-2012.pdf>.

⁴⁰ CNJ - PP - Pedido de Providências 0006026-24.2012.2.00.0000- Conselheiro Rel. DEBORAH CIOCCI - 181ª Sessão Ordináriaª Sessão - j. 17/12/2013. Destaca-se da decisão os seguintes trechos: *“Como já analisado por este Conselho, o depósito judicial possui vinculação ao objeto do processo de origem, razão pela qual o Poder Judiciário não pode, por simples ato de caráter meramente informativo (aviso), converter tais valores em recurso próprio, mesmo quando fundado em motivos nobres. Tais valores, mesmo que residuais ou abandonados pelas partes, constituem créditos específicos e particulares.*

Ademais, excepcionados os depósitos judiciais de natureza tributária, cuja possibilidade de criação de fundo único e sua utilização são matérias regulamentadas pela Lei nº 11429/2006, não existe permissivo legal que autorize a questionada conversão em receita pública. ”

competência de lei estadual para determinar a titularidade de bens abandonados.

Enfim, pode se dizer necessária a atenção da Advocacia Municipal para identificar realidades de abandono. Aplica-se a elas a normativa em coerência ao ordenamento, e evitam-se estratégias políticas de alteração do destino previsto para as pela lei federal às coisas vagas.

VI. Considerações finais

O presente trabalho objetivou apontar o ostracismo a que a disciplina das coisas vagas submeteu-se no desenvolvimento do direito privado e, a partir desta constatação, buscou desenvolver premissas para um debate inicial sobre o tema. Neste sentido fixou-se a razão para a destinação sistemática dos bens vagos ao Município. A escolha político-legislativa pretende devolver as riquezas outrora acumuladas por um particular ao ente federativo responsável pela localidade onde o ex-proprietário desenvolveu suas economias.

Posteriormente definiu-se a função para qual servem os procedimentos de aquisição da propriedade, qual seja, estabelecer uma via judicial de arrecadação dos bens conciliando-se a garantia de propriedade e sua função social. Desta forma, se estabelece um prazo para encontrar o dono da coisa (descoberta), eventual herdeiro de patrimônio vacante (herança vacante) ou declarar o abandono do imóvel, após o qual incorporam-se os bens ao ente federativo, permitindo seu aproveitamento.

Mesmo reconhecendo as diferenças estruturais entre os procedimentos sugere a aplicação unitária de alguns dispositivos em qualquer um deles, mesmo que previstos legalmente para um caso específico. Por meio desta interpretação pretende-se a efetividade na arrecadação e aquisição dos bens, visto que os desígnios de todas as suas diferentes formas devem atender a mesma racionalidade.

Assim soluciona-se a ausência de um processo específico em que se determine a ocorrência do abandono de imóveis e empresta-se um lapso temporal razoável a aquisição dos bens móveis de valor expressivo. Estabeleceu-se, igualmente, uma possibilidade de resolver conflitos possessórios entre o Município e particulares.

Enfim dedicou-se a parte final do estudo a estabelecer o papel da Advocacia Pública municipal na aquisição de bens, o qual muito se assemelha

a de um mandatário que define quais aquisições devem ser feitas. Afastou-se, sob esta perspectiva, o conceito de titularidade compulsória e defendeu-se o repúdio a condição de adquirente que vincula o Município aos ônus coisa que neutralizam os benefícios de sua incorporação ao patrimônio ou trazem prejuízos.

Ainda se frisou a importância de atentar-se a aquisição de bens móveis de valor expressivo e o conhecimento de suas estruturas de aquisição. Como forma de exemplificar a importância desta questão utilizou-se como exemplo o caso dos depósitos judiciais abandonados.

A partir desta estrutura e iniciais discussões procurou-se aprofundar os debates sobre as coisas vagas e despertar o interesse para o tema. Mais do que isso, demonstrou-se a existência de sólidas bases político-jurídicas que embasam o sistema posto para aquisição dos bens vacantes e a relevância prática do assunto, especialmente no âmbito da Advocacia Pública.

VII. Referências

- BAPTISTA, Patrícia. A funcionalização da propriedade pública: problemas da perspectiva civilista sobre o regime jurídico dos bens públicos. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. Rio de Janeiro, n.31, p. 246-271, jun. 2017.
- DANTAS, Ivo; CASTRO, Gina Gouveia Pires de. Os municípios e a federação brasileira: a importância desses no contexto constitucional brasileiro. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). **Tratado de Direito Municipal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil III, Direito das Coisas**, atualizado por Laerson Mauro. 3^a ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1984.
- GOMES, Orlando. **Sucessões**, atualizado por Mario Roberto Carvalho de Faria. 16^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- LUSTOSA, Paulo Franco. **Abandono de bem imóvel no direito brasileiro**. Monografia (pós-graduação em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2012.
- MARRARA, Thiago. Bens Municipais: espécies, aquisição, regimes, uso e cobranças. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). **Tratado de Direito Municipal**. Belo Horizonte: Fórum, p. 385-416, 2018.

_____; FERRAZ, Luciano. **Tratado de Direito Administrativo Volume III- direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade**. In: DI PIETRO; Maria Sylvia Zanella (*org.*). *Tratado de Direito Municipal*. Belo Horizonte: Fórum 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, volume 3, direito das coisas**, atualizado por Carlos Alberto Dabus Maluf. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, volume 1, p. 59-73, 1991.

_____. A nova família de novo- estruturas e função das famílias contemporâneas. **Revista Pensar**. Fortaleza, v.18, n.2, mai/ago, p. 587-628, 2013.

PEREIRA Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, volume I, introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil**, atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

_____. **Instituições de direito civil, volume IV, direito das coisas**, atualizado por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Instituições de direito civil, volume VI, direito das sucessões**, atualizado por Carlos Roberto Barbosa Moreira. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 4ª ed. Salvador: Ed. Jus Podvim, 2018.

_____. **Curso de direito civil: direitos reais**. 4ª ed. Salvador: Editora Jus Podvim, 2018.

TEIXEIRA, Danielle Chaves. **Planejamento sucessório: pressupostos e limites**. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalizado. **Revista de Direito do Estado**. Ano 1, nº 2 abril/junho, p. 37-53, 2007.

_____. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, Almeida, Vitor (Coords). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 17-35, 2016.

*Editores: Gerardo García-Álvarez; Julián Pimiento Echeverri;
André Saddy; Patrícia Regina Pinheiro Sampaio; Jorge Pação*

TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de, BARBOZA, Heloísa Helena. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, volume III.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ZIMMERMANN, Reinhard. **Does the Law of Sucession Reflect Cultural Differences?** Nova Zelândia: Eleven International Publishing, 2018.

A presente obra, “Direitos Reais e Infraestrutura”, reúne os trabalhos apresentados e debatidos no âmbito do XIV Encontro da Rede Internacional de Bens Públicos (RIBP), consolidando reflexões acadêmicas de elevada densidade teórica e relevância prática sobre um dos temas mais desafiadores do Direito Público contemporâneo: a interseção entre direitos reais administrativos e projetos de infraestrutura.

A infraestrutura, em suas múltiplas dimensões constitui elemento estruturante do desenvolvimento sustentável e da concretização de direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, sua implementação exige o adequado manejo jurídico dos bens públicos, das formas de utilização do domínio estatal e dos instrumentos que permitem a articulação entre titularidade pública, exploração privada e interesse coletivo.

É nesse contexto que os direitos reais administrativos emergem como categoria central para compreender os mecanismos jurídicos que viabilizam a implantação, a gestão e a sustentabilidade das infraestruturas públicas. A disciplina dos bens públicos, a constituição de garantias, as concessões, as servidões administrativas, os regimes de reversão e as parcerias público-privadas são analisados sob uma perspectiva comparada, revelando convergências, especificidades nacionais e tendências evolutivas no direito ibero-americano e europeu.

A obra conta com a participação de renomados professores e pesquisadores da Argentina, Brasil, Colômbia, Espanha, França, Itália, Peru, Portugal e Uruguai, o que confere ao livro um caráter verdadeiramente internacional e plural.

