

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

**LA CAUSACIÓN DEL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO EN LA
ADQUISICIÓN DE LA CUOTA DE PRODUCCIÓN A LA QUE TIENE
DERECHO EL SUSCRIPTOR DE UN CONTRATO DE
PARTICIPACIÓN PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE
HIDROCARBUROS**

Oswaldo Rodrigo Santos Dávalos

Tesina para la obtención del título de Abogado de las Cortes y Tribunales de la República del
Ecuador

Mayo de 2009

Resumen

La Ley de Hidrocarburos prevé que la persona parte de un contrato de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos tiene derecho a una cuota en la producción del área del contrato que se compromete a explorar y explotar. La normativa tributaria reza que el impuesto al valor agregado se causa al transferirse el derecho real de dominio de un bien. El presente ensayo tiene por objeto determinar si al adquirir el suscriptor de dicho contrato el dominio de los hidrocarburos que conforman su cuota de participación, se verifica o no una transferencia de dominio gravada con el Impuesto al Valor Agregado.

Abstract

According to the Ecuadorian legislation, the subscriber of a contract for the exploration and extraction of hydrocarbons can receive a part of the production obtained in the area established in the contract. It also states that whenever property over mobile goods is transferred, added value tax must be charged. The purpose of this paper is to conclude whether the acquisition of hydrocarbons by the subscriber of the part it has the right to is subject to added value tax.

A mis padres y a mi hermano.

Agradezco a Vladimir, por su imprescindible apoyo.

Índice

	<u>Pág.</u>
Introducción.-	...xi
Capítulo Primero.- Bienes Nacionales: Aproximación a su concepto, naturaleza y régimen jurídicos.	
1. Introducción.	...14
2. Derecho real de dominio.	...15
2.1. Ubicación, naturaleza jurídica y concepto.	...15
2.2. Caracteres.	...19
2.2.1. Absoluto.	...19
2.2.2. Perpetuo.	...19
2.2.3. Excluyente y exclusivo.	...20
2.2.4. Abstracto.	...21
3. Bienes nacionales.	...21
3.1. Ubicación, importancia y categorización.	...21
3.2. Bienes nacionales de uso público.	...23
3.2.1. Antecedentes.	...24
3.2.2. Concepto.	...26
3.2.3. Elementos.	...28
3.2.3.1. Elemento subjetivo.	...28
3.2.3.1.1. Bienes nacionales de uso público como pertenecientes a la Nación toda.	...29
3.2.3.1.2. Bienes nacionales de uso público como <i>res nullius</i> .	

3.2.3.1.3.	Bienes nacionales de uso público como pertenecientes al Estado.	...31
3.2.3.2.	Elemento objetivo.	...32
3.2.3.3.	Elemento normativo.	...33
3.2.3.4.	Elemento teleológico.	...35
3.2.4.	Régimen Jurídico.	...36
3.2.5.	Desafectación.	...40
3.3.	Bienes fiscales.	...41
4.	Naturaleza jurídica de los hidrocarburos.	...43
4.1.	Normas de la Constitución de la República.	...44
4.2.	Normas de la Ley de Hidrocarburos.	...45
4.3.	Normas del Código Civil.	...45
4.4.	Derecho comparado.	...46
4.4.1.	España.	...46
4.4.2.	Venezuela.	...46
4.4.3.	Argentina.	...46
4.4.4.	México.	...48
5.	Conclusión preliminar.	...49

Capítulo Segundo.- Naturaleza jurídica del derecho a una participación en la producción derivado de los Contratos para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos.

1.	Introducción.	...55
2.	Conceptos básicos.	...55
2.1.	Hecho jurídico, negocio jurídico, convención y contrato.	...56
2.2.	Efectos jurídicos de los contratos.	...56
2.3.	Contratos administrativos y contratos de la administración.	...58

3. Contratos de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos.	...63
3.1. Estructura de los Contratos de Participación.	...65
3.2. Naturaleza Jurídica de los Contratos de Participación.	...67
3.3. Efectos jurídicos.	...70
3.3.1. Principales obligaciones a cargo de la contratista.	...71
3.3.2. Principales derechos a favor de la contratista.	...72
4. Naturaleza jurídica del derecho del suscriptor del Contrato de Participación a una cuota en la producción del área del contrato.	...72
4.1. Diferencias entre los derechos personales y los derechos reales.	...72
4.1.1. Esencial.	...73
4.1.2. En cuanto a su objeto.	...73
4.1.3. En cuanto a la determinación del objeto.	...73
4.1.4. En cuanto al origen.	...74
4.1.4.1. Modos de adquirir el dominio.	...74
4.1.4.2. Fuentes obligacionales.	...74
4.2. Normativa aplicable.	...75
4.3. Derecho real.	...77
4.4. Derecho personal.	...79
4.5. Momento de adquisición del derecho real de dominio de los bienes que conforman la cuota de producción a los que la contratista tiene derecho.	
4.6. Modo de adquisición del derecho real de dominio de los bienes que conforman la cuota de producción a los que la contratista tiene derecho.	
4.6.1. Adquisición por ocupación.	...82
4.6.2. Adquisición por tradición.	...83
5. Recapitulación.	...86

Capítulo Tercero.- El impuesto al valor agregado: características y elementos esenciales.

1. Concepto y clases de tributos.	...87
2. Impuestos.	...89
2.1. Concepto.	...89
2.2. Clasificaciones.	...90
2.2.1. Ordinarios y extraordinarios.	...90
2.2.2. Personales o subjetivos y reales u objetivos.	...90
2.2.3. Desde el punto de vista de la determinación del importe tributario.	...90
2.2.4. Directos e indirectos.	...91
2.2.5. Clasificación económica de los tributos.	...92
2.2.6. Monofásicos o plurifásicos.	...92
2.2.7. Generales y especiales.	...93
2.3. Elementos esenciales.	...93
2.3.1. Objeto imponible.	...93
2.3.2. Base imponible.	...94
2.3.3. Hecho imponible.	...95
2.3.3.1. Aspecto espacial del hecho generador.	...95
2.3.3.2. Aspecto temporal del hecho generador.	...96
2.3.3.3. Aspecto material del hecho generador.	...96
2.3.3.4. Aspecto personal del hecho generador.	...96
3. El impuesto al valor agregado.	...97
3.1. Concepto.	...97
3.2. Antecedentes.	...98
3.3. Clasificación.	...100
3.3.1. Ordinario.	...100
3.3.2. Personal o subjetivo y real u objetivo.	...100
3.3.3. Proporcional con efectos regresivos.	...101

3.3.4. Directo e indirecto.	...101
3.3.5. Impuesto al gasto de la renta.	...102
3.3.6. Plurifásico.	...103
3.3.6.1. En cascada o sobre el valor agregado.	...103
3.3.7. General.	...105
3.4. Efectos económicos del impuesto al valor agregado.	...105
3.4.1. Neutralidad.	...105
3.4.2. Eficiencia recaudatoria.	...106
3.4.3. Inflación nula o deflación.	...106
3.5. Elementos esenciales del impuesto al valor agregado.	...107
3.5.1. Normativa aplicable.	...107
3.5.2. Objeto.	...109
3.5.3. Base imponible y tarifa.	...110
3.5.4. Crédito tributario.	...111
3.5.5. Hecho generador.	...113
3.5.5.1. Aspecto espacial.	...114
3.5.5.2. Aspecto temporal.	...114
3.5.5.3. Aspecto personal.	...114
3.5.5.4. Aspecto material.	...122
4. Recapitulación	...124
Conclusiones.	...125
Bibliografía.	...130

INTRODUCCIÓN

El Art. 408 de la Constitución de la República dispone que son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado aquellas substancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, entre otros bienes. El Art. 1 de la Ley de Hidrocarburos establece que los yacimientos de hidrocarburos y las sustancias que los acompañan, en cualquier estado físico en que se encuentren, pertenecen al patrimonio inalienable del Estado. La Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno dispone, en sus Arts. 52 y 61, que el impuesto al valor agregado se causa al realizarse el acto o al celebrarse el contrato que tenga por objeto transferir el dominio de bienes corporales muebles.

El artículo agregado a continuación del Art. 12 de la Ley de Hidrocarburos dispone que el contrato de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos es aquel en virtud del cual el Estado delega a la contratista la facultad de explorar y explotar hidrocarburos en el área del contrato. El segundo inciso del mismo artículo establece que, una vez iniciada la producción, la contratista tiene derecho a una participación en la producción del área del contrato.

El interrogante que pretendemos responder al terminar nuestra exposición es el siguiente: ¿Está gravada con el impuesto al valor agregado la adquisición del derecho real de dominio de la cuota de la producción a la que tiene derecho el suscriptor de un contrato de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos?

En nuestro sentir, la respuesta es afirmativa, ya que consideramos que el modo de adquirir el dominio de dichos bienes es la tradición, verificándose así el hecho generador de dicho tributo.

Para rechazar o aceptar la hipótesis antes mencionada, hemos dividido nuestra exposición en tres capítulos: En el primero, dilucidaremos cuál es la naturaleza jurídica de los hidrocarburos. Analizaremos los caracteres de los bienes nacionales de uso público y de los bienes fiscales, y estableceremos cuáles son sus semejanzas y cuáles son sus diferencias; ya que, como se verá, es arduo el debate sobre cuál es la categoría a la que los hidrocarburos pertenecen. La conclusión a la que lleguemos sobre esta primera cuestión, por las razones que se expondrán, resultará determinante para dar una respuesta afirmativa a la pregunta planteada.

En el segundo capítulo analizaremos cuál es la naturaleza jurídica del derecho del suscriptor de un contrato de participación a recibir una cuota en la producción del área del contrato. Para el efecto, tendremos que analizar qué tipos de derechos subjetivos patrimoniales hay y cuáles son las diferencias existentes entre ellos. Además, revisaremos cuál es la naturaleza jurídica de los contratos administrativos y qué efectos producen.

En el tercer capítulo analizaremos el impuesto al valor agregado. Prestaremos especial atención a los aspectos personal y material de su hecho generador, y revisaremos cuáles son sus características y elementos esenciales. Nos tomaremos la libertad de esgrimir críticas a la normativa que lo regula, ya que, según pretendemos demostrar, ésta adolece de un considerable número de falencias.

Debemos enfatizar el hecho de que no es objeto del presente trabajo determinar cuáles serían las consecuencias de que resulte ser afirmativa la respuesta a la pregunta propuesta. A pesar de que la importancia de muchos de los interrogantes que derivarían de tal hecho sería innegable, la complejidad de la mayoría de ellos, según nuestro criterio, ameritaría una investigación exhaustiva independiente; además, el darles contestación

excedería a los alcances del presente trabajo. Nos concentraremos únicamente en aquellos factores que contribuirán a comprobar o a negar la hipótesis planteada.

En consecuencia, no analizaremos *–verbi gratia–* cuál podría ser la vulneración a la seguridad jurídica de las personas que se verían afectadas por el impuesto; si las compañías encargadas de explotar hidrocarburos tendrían o no derecho a que el impuesto pagado les sea devuelto o si tales pagos les darían derecho a crédito tributario; o si el cobro de este tributo implicaría una vulneración a las legítimas expectativas o al trato justo y equitativo de los inversionistas extranjeros, entre otros. Sobra decir que el presente es un trabajo de índole jurídica. En consecuencia, nos resultan absolutamente ajenas todas las consideraciones de orden político o de cualquier otra naturaleza; razón por la cual, de ser abordadas, nos referiremos a ellas sólo de manera tangencial.

El interés que ha suscitado en nosotros este tema deriva de la desaprobación rotunda y categórica que hemos recibido al plantearlo; negativa que, en nuestro criterio, obedece a interpretaciones de ciertas instituciones de nuestro ordenamiento jurídico que, según nuestro criterio, no se han entendido debidamente. Es nuestra intención exponer de manera coherente y fundamentada, mediante la aplicación de ciertos conceptos jurídicos fundamentales, el porqué consideramos que la respuesta al cuestionamiento inicialmente planteado debe ser afirmativa.

CAPÍTULO PRIMERO

BIENES NACIONALES:

APROXIMACIÓN A SU CONCEPTO, NATURALEZA Y

RÉGIMEN JURÍDICOS.

1. Introducción.

Con el fin de determinar si la adquisición del derecho de dominio sobre la cuota de producción que una compañía contratista con base a un contrato de participación implica o no una transferencia de dominio; es necesario dilucidar cuál es la naturaleza jurídica del derecho que originariamente se tiene sobre los hidrocarburos que la conforman. En tal virtud, analizaremos en el presente capítulo los caracteres de los bienes nacionales.

Las soluciones que se han propuesto tanto en el Foro como en la doctrina para explicar cuál es la naturaleza jurídica del dominio público han sido diversas, incluso contradictorias. En consecuencia, una vez desarrollado este capítulo, a más de responder al interrogante antes expuesto, esperamos contribuir a dar respuesta a una cuestión que – según nuestro parecer- no ha sido desarrollada suficientemente por la literatura jurídica y jurisprudencia locales. Dado que el dominio público guarda una estrecha relación con el derecho real de dominio atinente al derecho privado, haremos primeramente una somera revisión de este último.

2. Derecho real de dominio.

2.1. Ubicación, naturaleza jurídica y concepto.

Para ubicar a esta institución debemos referirnos en primer lugar a los derechos subjetivos. VALENCIA ZEA considera que el “derecho en sentido subjetivo está referido a las facultades o poderes de que son titulares las personas y que sirven para satisfacer sus necesidades”;¹ es decir, derechos subjetivos son aquellas potestades que tiene un sujeto para hacer u omitir algo de manera lícita. A su vez, los derechos subjetivos pueden ser patrimoniales o extra patrimoniales. Los primeros se clasifican en personales o reales. Son derechos personales aquellos que sólo pueden exigirse a personas determinadas que, en virtud de un acto suyo o por disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas.² Los derechos reales, en cambio, son aquellos que tiene el sujeto directamente sobre una cosa, sin respecto a determinada persona.

El derecho real de mayor importancia es el dominio, ya que confiere a su titular la facultad de hacer con la cosa todo lo que resulta jurídicamente posible hacer con ella. Etimológicamente, “dominio” proviene del vocablo latino *dominium*, que deriva de *dominus*

¹ A. VALENCIA ZEA, *Derecho Civil. Parte General y Personas*, t. I, 14ta ed., Temis, Bogotá, 1997, p. 4.

² Artículo 595 del Código Civil.

y significa “señor”.³ El titular del derecho de dominio ejerce en definitiva un “señorío” sobre el bien en el que éste recae. Siendo el derecho real por excelencia

constituye la base fundamental del patrimonio, expresa la idea del poder jurídico más completo de la persona sobre una cosa; y es, por lo tanto, el derecho real en virtud del cual una cosa se halla sometida de una manera absoluta y exclusiva a la voluntad y acción de una persona.⁴

Diversos los ordenamientos se basan en esta noción al definirlo (*v. gr.* códigos francés⁵ y argentino⁶).

Son tan amplias las prerrogativas jurídicas que su titular tiene sobre la cosa es su objeto⁷ que -según PETIT- los jurisconsultos romanos no lo definieron ya que, “en efecto, escapa a toda definición por su sencillez o extensión (...) Por eso, sólo se limitan a estudiar los beneficios que procura (...)”.⁸

El Código Civil ecuatoriano, en cambio, conceptualiza al dominio en función de las facultades que otorga a su titular:

Artículo 599.- El dominio, que se llama también propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social.
La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad.

³ B. AREAN, *Curso de Derechos Reales. Privilegios y Derecho de Retención*, 4ta. ed. actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 190.

⁴ L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, v. III: De los Bienes, t.I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 325.

⁵ Según dispone el artículo 544 del Código Civil francés: “*La propriété est le droit de jouir et 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.*”.

⁶ Como establece el artículo 2506 del Código de Vélez Sarsfield: “El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona.”

⁷ Para VALENCIA ZEA: “La palabra objeto es susceptible de usarse en diversos sentidos (...). También se emplea la palabra objeto para denotar el substrato material del derecho, lo cual sucede especialmente cuando se trata de los derechos patrimoniales.” en: “*Derecho Civil (...)*” *op. cit.* p. 277.

⁸ E. PETIT, *Tratado Elemental de Derecho Romano: Desarrollo Histórico y Exposición General de los Principios de la Legislación Romana desde el Origen de Roma hasta el Emperador Justiniano*, Universidad, Buenos Aires, 1999, pp. 187-188.

Son tres las potestades que confiere: usar, gozar y disponer de la cosa. Por la facultad de uso (*jus utendi* o *usus*) se entiende que su titular puede servirse de la cosa y aprovecharse de los servicios que pueda rendir fuera de sus frutos; la facultad de gozar de ella (*jus fruendi* o *fructus*) consiste en el derecho a recoger todos sus frutos, “se entiende el derecho a todos los productos de la cosa, sean periódicos u obtenidos una sola vez y sea que los periódicos emanen de ella misma (...) o que se obtengan con ocasión de la cosa”⁹; y la facultad de disposición (*ius abutendi* o *abusus*) consiste en el poder de disponer de ella de manera definitiva, destruyéndola o enajenándola.¹⁰

Hay autores que prefieren hacer una distinción entre las facultades materiales y las facultades jurídicas que éste confiere:¹¹

- Facultades materiales:¹²

- o Poseer la cosa: su titular está facultado para ejercitar todas las defensas posesorias, así como la acción reivindicatoria;¹³
- o Usar la cosa: puede su titular servirse de ella como lo juzgue más adecuado a sus necesidades, sin limitaciones en cuanto a la naturaleza o al destino del objeto. El propietario puede o puede no emplear a la cosa según su uso o destino natural;
- o Gozar de la cosa: el dueño de una cosa percibe los frutos civiles y naturales que ella produce. Los adquiere por fuerza de su propio título, los haya percibido o no; y,
- o Disponer materialmente de la cosa: “así, puede cambiar el cultivo de los inmuebles, convertir las tierras de labranza en viñas y recíprocamente, talar

⁹ CLARO SOLAR, “*Explicaciones (...)*”, *op. cit.*, p. 335.

¹⁰ PÉTTIT, “*Tratado (...)*”, *op. cit.*, p. 188.

¹¹ AREAN, “*Curso (...)*”, *op. cit.*, pp. 202-205.

¹² Según dispone el artículo 2513 del Código Civil argentino: “Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular”.

¹³ Aunque, como es claro, no es necesario ser dueño para ser poseedor.

los bosques y hacer arriba o abajo del suelo toda clase de construcciones”.¹⁴ Como ha dicho PARRAGUEZ, esta prerrogativa “ha sido bastante cuestionada y, de hecho, generalmente restringida por una serie de consideraciones de innegable contenido social”¹⁵; lo que se evidencia en el hecho de que actualmente ya no es facultad del propietario el abusar de la cosa.¹⁶

- Facultades jurídicas¹⁷:

- o Derecho de enajenar la cosa: según PARRAGUEZ,¹⁸ por enajenación, *strictu sensu*, debe entenderse todo acto jurídico en virtud del cual se transfiera el derecho real de dominio de la cosa o se constituya a favor de un tercero otro derecho real cualquiera; en sentido lato se refiere a la celebración de todo negocio jurídico que genere obligaciones cuya prestación consista en la dación de la cosa. “La facultad de enajenar es de la esencia misma de la propiedad. Sería, por lo tanto, nula en principio toda convención por la cual un propietario renunciara a la facultad de disponer de sus bienes de modo absoluto”¹⁹;
- o Derecho de constituir derechos personales: obviamente, los derechos personales no implican potestades que se tienen directamente sobre una cosa sin respecto a determinada persona; no obstante, puede el dueño “ceder facultades a terceros celebrando con ellos contratos como locación, comodato, depósito, etcétera”; y,

¹⁴ AUBRY y RAU, citados por Areán, en “Curso (...)”, *op. cit.* p. 202.

¹⁵ L. PARRAGUEZ RUIZ, *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Derechos Reales*, v. I, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja, 2007, pp. 136-137.

¹⁶ Resulta interesante destacar el que, según dice la nota al artículo 2513 del Código Civil argentino, “(l)a palabra abuti de los romanos expresaba la idea de disposición y no de la destrucción de la cosa”.

¹⁷ El Código argentino dispone en su artículo 2515: “El propietario tiene la facultad de ejecutar, respecto de la cosa, todos los actos jurídicos de que ella es legalmente susceptible; alquilarla o arrendarla, y enajenarla a título oneroso o gratuito, y si es inmueble, gravarla con servidumbres o hipotecas. Puede abdicar de su propiedad, abandonar la cosa simplemente, sin transmitirla a otra persona”.

¹⁸ L. PARRAGUEZ, entrevista realizada el 16 de enero de 2009.

¹⁹ CLARO SOLAR, “*Explicaciones (...)*”, *op. cit.*, p. 339.

- Derecho de abandonar la cosa: puede el titular de un bien abandonarlo. Si fuera mueble, pasará a ser una *res nullius*; si fuera inmueble, pertenecerá al Instituto Nacional de Desarrollo Agrario o al Municipio en cuya circunscripción territorial se encuentre si fuere un bien rural o urbano, respectivamente.

2.2. Caracteres.

2.2.1. Absoluto.

El derecho real de dominio, al conferir a su propietario el poder jurídico más completo, al ser “un derecho general a todos los servicios, utilidades y ventajas que puede obtener de la cosa”²⁰, al contener “todas las facultades posibles que el hombre puede detentar sobre una cosa”²¹, es considerado como pleno o absoluto.

Como bien aclara CLARO SOLAR²², el carácter absoluto del derecho real de dominio guarda relación con las potestades *jurídicas* que su titular tiene sobre él. El señorío que el dueño tiene sobre el bien no es ilimitado; en nuestro ordenamiento jurídico está demarcado por la expresamente consagrada función social que la propiedad debe cumplir, a más de que, como expresa el Código francés, su titular deber observar las limitaciones que a dicho derecho imponen las demás normas jurídicas pertinentes.²³

2.2.2. Perpetuo.

²⁰ CLARO SOLAR, “*Explicaciones (...)*”, *op. cit.*, p. 341.

²¹ PARRAGUEZ, “*Manual de (...)*”, *op. cit.*, p. 125.

²² CLARO SOLAR, “*Explicaciones (...)*”, *op. cit.*, p. 342.

²³ Según establece la parte final del artículo 544 antes citado: “ (...) *pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*”.

El derecho de dominio es perpetuo, lo que quiere decir que dura mientras exista la cosa.²⁴ Se dice también que es perpetuo en razón de que su titular tiene derecho a todos los servicios que la cosa puede brindarle en cuanto ésta exista. A diferencia de los demás derechos reales (especialmente las limitaciones al dominio) que son connaturalmente temporales, la perpetuidad es un elemento esencial del dominio, *perpetuum jus*,²⁵ “subsiste independientemente el ejercicio que se pueda hacer de él”.²⁶ Como manifestación de este carácter, por ejemplo, la legislación argentina considera como “imperfecto” al dominio que está sujeto a una condición resolutoria;²⁷ figura que no es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como tal. Como ha dicho la Corte Suprema de Justicia argentina:

Dada la perpetuidad del dominio, la ausencia prolongada del dueño y la omisión por parte de éste de actos en resguardo de su dominio, por sí solo (sic) no autorizan a tener por cierta la determinación de abdicar sus derechos.²⁸

2.2.3. Excluyente y exclusivo.

El carácter excluyente del derecho real de dominio resulta ser común a los derechos reales, en general, y se desprende de la definición que les da el propio Código Civil. El titular de un derecho real puede impedir que cualquier otra persona interfiera con el ejercicio de su derecho, “estando obligad(as) a respetar este ejercicio de su actividad material o jurídica”²⁹; razón por la cual se ejerce sobre la cosa “sin respecto a determinada persona”. El que el derecho de dominio sea exclusivo quiere decir que sobre un bien en particular sólo puede haber un derecho real de dominio, a pesar de que el titular del mismo pueda ser más de una persona. Como resulta obvio, a pesar de ser el dominio un

²⁴ Como mencionamos con anterioridad, esta característica no se aprecia con tanta nitidez en tratándose de bienes muebles, ya que, al ser abandonados, pasan a ser cosas sin dueño, *res nullius*.

²⁵ CLARO SOLAR, “*Explicaciones (...)*”, *op. cit.*, p. 343.

²⁶ Artículo 2510 del Código Civil argentino.

²⁷ Inciso segundo del artículo 2507 del Código Civil argentino.

²⁸ Fallo de la Corte Suprema de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina. Citado por L. CALEGARI DE GROSSO, *Derechos Reales. Su estudio a partir del Caso Judicial*, t.I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 233.

²⁹ CLARO SOLAR, “*Explicaciones (...)*”, *op. cit.*, p. 344.

derecho exclusivo y excluyente, pueden constituirse sobre el bien en el que recae otros derechos reales a favor de personas distintas al titular del mismo (*v. gr.* derecho real de usufructo).

2.2.4. Abstracto.

El derecho de dominio no deja de ser tal por estar desprovisto de sus facultades (*v. gr.* nuda propiedad). Como ha dicho DE LOS MOZOS, “el derecho del propietario es concebible con independencia de las facultades concretas que integran su contenido”³⁰. Para MUSTO, “en el núcleo del dominio queda un poder residual y elástico que subyace aun cuando la posibilidad de usar y gozar la cosa haya sido cedida o se haya debilitado (...) o el poder de disposición se halle enervado, condicionado o suspendido momentáneamente”.³¹

Con este antecedente, pasaremos a analizar la naturaleza jurídica de los bienes nacionales. Determinaremos cuáles son sus clases y las particularidades de cada una de ellas. Habiendo hecho tal análisis, podremos establecer cuál es la naturaleza jurídica de los hidrocarburos.

3. Bienes nacionales.

3.1. Ubicación, importancia y categorización.

Para que el Estado cumpla con sus finalidades y ejerza sus funciones precisa de bienes sobre los que, en mayor o menor medida, se le han reconocido prerrogativas. Generalmente, el grado de potestades que se le confieren sobre ellos variará en función de cuán necesarios resulten dichos bienes para tales cometidos.

³⁰ J. DE LOS MOZOS, *La Propiedad*, en: *Nueva enciclopedia jurídica*, t. XX, Barcelona, Francisco Seix, S/A, Citado por: PARRAGUEZ, “*Manual de (...)*”, *op. cit.*, p. 130.

³¹ N. MUSTO, *Derechos reales*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 2002, pp. 377-358.

Según PÉREZ,³² los autores italianos denominan *mezzi* (medios) a estos bienes. En nuestro ordenamiento jurídico -considera- lo constituyen aquellos que son de propiedad del Estado (bienes nacionales), aquellos sobre los que el Estado ejerce ciertas potestades y regímenes administrativos, y algunos bienes pertenecientes a los particulares, entre otros. En el presente trabajo analizaremos únicamente a aquellos que conforman la primera categoría, dado que los restantes nos resultan irrelevantes.

Los bienes públicos, según el parecer de SÁNCHEZ MORÓN,

están destinados al cumplimiento de los fines de interés público. Son, todos ellos, bienes vinculados a estos fines. De ahí que el Derecho establezca normas jurídicas particulares de adquisición, uso y disfrute y, en su caso, enajenación de estos bienes. Y de ahí que se preocupe por arbitrar un régimen especial de protección de los bienes públicos, ya sea su titularidad, de posesión y utilización, como de sus características propias y de su calidad.³³

El Título III del Libro II del Código Civil norma lo relativo a los bienes nacionales. El artículo 604 los define como aquellos “cuyo dominio pertenece a la Nación toda”. A su vez, los distingue dos categorías: bienes nacionales de uso público y bienes fiscales. Si “su uso pertenece a todos los habitantes de la Nación”, serán bienes nacionales de uso público; en cambio, si su uso no pertenece generalmente a todos los habitantes, se denominan bienes del Estado o bienes fiscales.

La nota distintiva entre los bienes nacionales de uso público (también denominados “bienes públicos”) y los bienes fiscales parece estribar en la posibilidad que tienen los particulares de utilizarlos. Además, los primeros están sujetos a un régimen jurídico administrativo especial, mientras que el dominio sobre los segundos, en principio, no difiere del dominio de derecho privado.³⁴ Como bien dice SÁNCHEZ MORÓN:

³² E. PÉREZ, *Derecho administrativo*, t. II, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, p. 317.

³³ M. SÁNCHEZ MORÓN y otros, *Los bienes públicos. Régimen jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997. p. 19.

³⁴ “(...) en algunos ordenamientos extranjeros el régimen jurídico aplicable a determinados bienes de la Administración es, por entero, de Derecho privado. Así sucede, por ejemplo, en Italia con los bienes del denominado patrimonio indisponible, o en Alemania con los bienes que no están destinados a un fin público específico. En otros, como es el caso del Derecho francés y el nuestro, directamente inspirado en

La existencia de estas diferencias categoriales, el hecho de que en unos países ciertos bienes sean públicos y en otros no, las diferencias de las técnicas jurídicas de protección de los bienes públicos son datos que hay que situar en unas coordenadas precisas de tiempo y lugar. Distintas son las preocupaciones dominantes en cada momento y en cada país por la relación a la consideración como públicos de unos bienes y a su protección, distinta es su tradición jurídica, y de todo ello derivan las normales diferencias de régimen jurídico.³⁵

Hauriou considera que la diferencia consiste, entonces, en la afectación de los bienes de dominio público, por decisión del legislador, a un fin de utilidad pública, lo que implica el que deban regirse por un régimen jurídico especial.³⁶ Esencialmente, el dominio privado y el dominio público del Estado difieren en cuanto a su finalidad y al régimen jurídico que los gobierna.³⁷

3.2. Bienes nacionales de uso público.

La locución “dominio público” fue utilizada por primera vez por PARDESSUS en su obra “*Traité des servitudes ou services fonciers*” publicada en 1806 para designar a la categoría de bienes que no pertenecían al patrimonio privado del Estado.³⁸ Nuestro Código Civil denomina “bienes nacionales de uso público” a las cosas que lo conforman.

En el lenguaje jurídico actual se los llama “bienes dominicales”, “bienes o cosas públicos”³⁹, “bienes del dominio público”⁴⁰, “bienes dominiales”⁴¹, etc. A su vez, se alude al dominio público con los términos “dominicalidad”, “demanio”⁴², “dominialidad”⁴³, etc.

aquél, existe también una diferencia de principio entre los bienes afectados a fines públicos determinados, que constituyen el llamado dominio público, y los bienes que la Administración posee y utiliza como cualquier otro sujeto, que se conocen como bienes patrimoniales. Los primeros se someten por entero a normas de Derecho público, mientras que los segundos se regulan por el Derecho privado, aunque con unos elementos singulares, de carácter iuspublicista” SÁNCHEZ MORÓN, “*Los Bienes (...)*”, *op. cit.*, p. 20.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibid*, p. 25.

³⁷ M. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. V, 2da. ed. actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 24-25. No obstante, según veremos, el régimen jurídico al que están sometidos los bienes públicos puede no ser una nota exclusiva suya. Ver último párrafo del punto 3.2.4.

³⁸ L. DELGADILLO GUTIÉRREZ, *Compendio de derecho administrativo: segundo curso*, Porrúa, México, p. 66; MARIENHOFF, “*Tratado (...)*”, *op. cit.*, p. 31.

³⁹ MARIENHOFF, “*Tratado (...)*”, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁰ M. CAMACHO GALINDO, *Derecho administrativo*, t. II, 2da. edición, Porrúa, México, 1998. p. 16.

3.2.1. Antecedentes.

La noción de dominio público, según MARIENHOFF, es tan antigua como las primeras comunidades humanas.⁴⁴ En ellas, los derechos de los individuos y los de aquélla se confundían, prevaleciendo unos u otros alternativamente. Ciertos bienes, como los caminos o las calles, eran comunes, no pertenecían a ningún individuo en particular. La razón de la existencia del dominio público—dice García Oviedo— es una constante histórica, “sentida en los pueblos antiguos y modernos y recogida en las formas de concreción del espíritu asociativo del individuo”.⁴⁵

En el Derecho Romano aparecen las primeras normas sobre el dominio público:⁴⁶

Fuera de la propiedad privada (se reconocían) las cosas que (eran) de todos, como el aire o el mar, las que pertenecen a los dioses, y las del Pueblo Romano, como (...) las vías y plazas públicas, ríos públicos, murallas, etc.

Estas últimas, las propias del pueblo Romano, (eran) las “públicas” en sentido estricto.⁴⁷

Según SÁNCHEZ MORÓN⁴⁸, en el Derecho Romano se distinguían dos grandes categorías de cosas: las *res extra commercium* y las *res intra commercium*. Las primeras, a su vez, se distinguían entre *res divini iuris* y las *res extra commercium humani iuris*.

Las *res extra commercium* se consideraban *res publicae*, en oposición a las *res privatae*, lo que traía como consecuencia su sumisión a un determinado régimen jurídico que incluía su inalienabilidad y su imprescriptibilidad. Las *res publicae*, en un principio, se consideraban propiedad indivisible del pueblo romano. Según GARCÍA OVIEDO, en Roma “se conoció

⁴¹ PÉREZ, “Derecho (...)”, *op. cit.*, p. 318.

⁴² MARIENHOFF, al criticar esta manera de referirse a ellos, dice que: “Es de advertir que el propio hecho de que, dentro de un mismo idioma y —en especial en el nuestro— la locución “dominio público” reconozca varias expresiones equivalentes o sinónimas, rechaza totalmente la posibilidad de que para referirse al mismo se utilicen términos extranjeros.”, en: “Tratado (...)”, *op. cit.*, p. 33.

⁴³ PÉREZ, “Derecho (...)”, *op. cit.*, p. 318.

⁴⁴ MARIENHOFF, “Tratado (...)”, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁵ GARCÍA OVIEDO, citado por GALINDO CAMACHO, “Derecho (...)”, *op. cit.*, p. 16.

⁴⁶ MARIENHOFF, “Tratado (...)”, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁷ D’ ORS, Citado por Pérez, “Derecho (...)”, *op. cit.*, p. 321.

⁴⁸ SÁNCHEZ MORÓN, “Los bienes (...)”, *op. cit.*, p. 22.

una utilización general de las cosas públicas, concebida en tal forma que el Derecho fuese del pueblo romano, y el uso, de todos los individuos, esto es, común (foro, caminos, ríos)".⁴⁹ Lo atinente al dominio público no respondía a un criterio rigurosamente científico o técnico.⁵⁰

Ya en la Edad Media, los glosadores aplicaron las técnicas del Derecho Romano para regular el aumento de los bienes públicos que se produjo en aquella época.⁵¹ Por diversos títulos, el Rey (o la Corona) adquirió un considerable patrimonio dentro del cual se distinguían diversos títulos de atribución; introduciéndose reglas y principios para su protección. A estos bienes los glosadores aplicaron el régimen de las *res publicae* romanas, sólo que se personificó su titularidad (ya no pertenecían al pueblo, sino al Rey).⁵² En el período tardomedieval, a dichos bienes se les atribuirían las notas de inembargabilidad e imprescriptibilidad y se expediría legislación tendiente a protegerlos.⁵³

A partir del siglo XIX, en el período de la Revolución Francesa, se elaboró la teoría de los bienes públicos que actualmente conocemos. La Ley de 22 de noviembre – 1 de diciembre atribuye los bienes que hasta ese entonces pertenecían a la Corona a un nuevo sujeto, la Nación, poniendo fin a la imposibilidad de enajenarlos.⁵⁴ La cada vez más extendida opinión de que debían restablecerse los principios de inalienabilidad y de

⁴⁹ Citado por GALINDO CAMACHO, "Derecho (...)", *op. cit.*, pp. 16-17.

⁵⁰ MARIENHOFF, "Tratado (...)", *op. cit.*, p. 27.

⁵¹ SÁNCHEZ MORÓN, "Los bienes (...)", *op. cit.*, p. 23.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibid*, pp. 23-24. Consideramos que el autor no explica de manera suficiente en qué se asemejaba el régimen aplicado a dichos bienes previo a tornárselos inalienables e imprescriptibles a aquel utilizado durante el Derecho Romano.

⁵⁴ *Ibid*, p. 24. El autor considera que el artículo 538 del Código Francés recoge sustancialmente estas nuevas reglas al atribuir la titularidad de los bienes del dominio público al Estado. Según dispone el artículo 538: "Les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public." Lo único que establece este artículo es que ciertos bienes forman parte del dominio público; pero no atribuye su titularidad al Estado.

imprescriptibilidad del dominio público hizo posible el desarrollo doctrinal que distinguió entre los bienes privados y los bienes públicos del Estado.⁵⁵

Los autores no son claros al determinar cuál es el antecedente inmediato de las disposiciones del Código de Bello relativas al dominio público. Si bien parecen guardar una notable similitud con aquéllas del Código Francés, en lo que a nuestra legislación respecta, CLARO SOLAR considera que la distinción entre bienes privados y públicos del Código Civil chileno –que contiene disposiciones similares a las del nuestro en lo que concierne al dominio público- está de acuerdo con el antiguo derecho de las Partidas que reprodujo las reglas del Derecho Romano.⁵⁶ De ser así, las disposiciones de nuestro Código relativas al dominio público no tendrían como antecedente el desarrollo doctrinal francés; lo que, dada su semejanza, no parece verosímil. La institución de los bienes nacionales de uso público de nuestro Código Civil parece haberse nutrido tanto de la normativa romana como del desarrollo doctrinario y jurisprudencial francés.

3.2.2. Concepto.

Según DROMI⁵⁷, “el dominio público es un conjunto de bienes de propiedad de una persona pública que, por los fines de utilidad común a que responden, están sujetos a un régimen común de derecho público”. MARIENHOFF define al dominio público como “un conjunto de bienes que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, pertenecen a la comunidad política pueblo, hallándose destinados al uso público –directo o indirecto- de los habitantes.”⁵⁸

⁵⁵ Trataremos lo relativo al desarrollo posterior de la doctrina francesa al exponer lo concerniente al elemento subjetivo del dominio público. Ver punto 3.2.3.1.

⁵⁶ CLARO SOLAR, “*Explicaciones (...)*”, *op. cit.*, p. 175.

⁵⁷ R. DROMI, *Derecho Administrativo*, Ciudad Argentina, 10ma. ed. actualizada, Buenos Aires – Madrid, p. 886.

⁵⁸ MARIENHOFF, “*Tratado (...)*”, *op. cit.*, p. 166.

GARCÍA DE ENTERRÍA sostiene que “los bienes de dominio público no presentan diferencia de naturaleza con los bienes ordinarios de los particulares. La única diferencia proviene de su afectación a la utilidad pública”.⁵⁹

La Primera Sala⁶⁰ de la Corte Suprema ha dicho que

(e)l dominio público es un conjunto de bienes de propiedad del Estado, entendiéndose comprendido en él las entidades del sector público, que por los fines de utilidad común a los que responden, están sujetos a un régimen especial de derecho público (...). El artículo 623 (actual 604) del Código Civil no contiene una definición del dominio público, sino que se limita a mencionar que cosas tienen ese carácter. Así, llama bienes nacionales de uso público a aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la nación, y enumera, a manera de ejemplo unos pocos de esos bienes(...).En otros términos, el criterio para distinguir las categorías de “dominio público” y “dominio privado” atiende básicamente al destino o uso asignado al bien. La esencia del dominio público de un bien está dada, pues, porque el bien está destinado, directa o indirectamente, al servicio público.⁶¹

Adicionalmente, esta entidad ha aceptado que son bienes cuya utilización corresponde a todos los habitantes de la Nación y que dicho uso constituye una verdadera posesión:

(...) la posesión relativa a los bienes públicos se ejerce por medio del uso público; pues, estando destinados tales bienes al uso de todos los habitantes de la Nación, este uso, que es la manifestación del dominio nacional, del cual procede, constituye verdadera posesión(...).⁶²

⁵⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Citado por A. SERRA ROJAS, en: *Derecho Administrativo. Segundo Curso*, 19na. ed. corregida y aumentada, Porrúa, México, 1999, p. 264.

⁶⁰ Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 9. Página 2723

⁶¹ Como demostraremos más adelante, los bienes nacionales no necesariamente deben destinarse a un servicio público. Ver punto 3.2.3.4.

⁶² Gaceta Judicial. Año IX. Serie. II. Nro. 106. Pág. 848. Si bien merecería un análisis de mayor profundidad determinar si los particulares pueden poseer los bienes del dominio público, queda claro que ésta resultaría virtualmente inútil para su titular. Las acciones posesorias sólo se confieren sobre las cosas que pueden ganarse por prescripción y, como veremos, las cosas públicas no pueden adquirirse por esta vía.

Empero, en la doctrina existe “la más absoluta disparidad de criterios acerca de lo que ha de entenderse por dominio público”⁶³, debido a que – como dice DROMI- dicha determinación depende de cada ordenamiento jurídico.⁶⁴

3.2.3. Elementos.

Se atribuye al español Manuel BALLBÉ el haber establecido cuáles son los elementos del dominio público: el objetivo, el subjetivo, el teleológico y el normativo. La generalidad de la doctrina los acepta; ⁶⁵ se considera que si están los cuatro, se está en presencia de un bien público; si falta alguno, no.⁶⁶

3.2.3.1. Elemento subjetivo.

El elemento subjetivo se refiere a quién es el titular del dominio público. Según algunos autores, éste es el elemento de mayor importancia: “el criterio esencial para identificar estos bienes es, pues, el criterio subjetivo de su pertenencia”.⁶⁷ Los bienes nacionales de uso público, al igual que los bienes fiscales, no pueden pertenecer a un particular. Por ejemplo, según dispone el artículo 538 del Código francés, las porciones de territorio que no son susceptibles de propiedad privada, son consideradas dependencias del dominio público.⁶⁸ Como ha dicho GARCÍA DE ENTERRÍA:

⁶³ MARIENHOFF, “*Tratado (...)*”, *op. cit.*, p. 47.

⁶⁴ DROMI, “*Derecho (...)*”, *op. cit.*, p. 886.

⁶⁵ Por ejemplo, entre quienes no adoptan a plenitud esta posición, se encuentra SÁNCHEZ MORÓN: “Tres son elementos que configuran la relación jurídica de dominio público. El primero la titularidad pública de los bienes, que la LPE (Art. 1) quiere definir como propiedad. Pero esta clasificación jurídica es lo que menos importa, pues en todo caso se trata de una titularidad sui generis. El segundo lugar, la afectación de los bienes objeto del dominio público a una finalidad de utilidad pública prevista por la ley. Este (sic) es, como se reconoce por la generalidad de la doctrina, el elemento decisivo. El tercero, consecuencia de los anteriores, la aplicación de un régimen especial administrativo de protección y uso de los bienes”, en: “*Los bienes (...)*”, *ob. cit.*, p. 37. Entre los autores nacionales, Efraín Pérez únicamente menciona a los aspectos objetivo y subjetivo. En: “*Derecho (...)*”, *op. cit.*, p. 318.

⁶⁶ O. PRITZ, *Dominio Público: El Elemento Objetivo*, en: *Derecho Administrativo: Obra Colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff*, J. CASSAGNE, director, Abeledo Perrot, Buenos Aires. p. 1096.

⁶⁷ SÁNCHEZ MORÓN, “*Los bienes (...)*”, *op. cit.*, p. 19.

⁶⁸ Ver nota al pie 54.

Es evidente que en cuanto a construcción histórica no lo es, y que por sí mismo alcanza a definir un carácter esencial de la institución. En la Edad Media, y aun en la época inmediatamente anterior al constitucionalismo, era plenamente posible que un particular ostentara particularmente la titularidad pública o regaliana a través, bien de un título original, como un privilegio real traslativo, bien de la presunción de éste que consagraba la posesión centenaria. Un río, un camino, cualquier cosa o cualquier función de señorío, podían concebirse perfectamente, y de hecho la práctica registraba su habitualidad, en manos de un particular, el cual ejercitaba las facultades exorbitantes derivadas de esa titularidad con plena libertad y en la integridad de contenidos que el mismo Rey tendría. El régimen administrativo ha acabado absolutamente con esta posibilidad. El principio de *igualdad* y su correlativo de la *centralización de prerrogativas y funciones públicas en el poder* impone la pertenencia exclusiva y necesaria a la Administración de este tipo de titularidades. El dominio público es una de ellas.⁶⁹

No obstante, la doctrina no es uniforme al establecer a quién pertenecen. Consideramos que las principales tesis en torno a esta cuestión son tres: aquella que considera que el titular de los bienes nacionales es la Nación, aquella que considera que pertenecen al Estado y aquella según la cual los bienes públicos son *res nullius*, cosas sin dueño.

3.2.3.1.1. Bienes nacionales de uso público como pertenecientes a la Nación toda.

Seguramente, es MARIENHOFF quien con mayor convicción expone esta tesis. Al analizar las disposiciones del Código de Vélez Sarsfield, el autor argentino concluye que la titularidad de los bienes que conforman el dominio público pertenece, en realidad, al *pueblo* y no al Estado.

Su principal argumento es que el Estado no puede ser dueño de sí mismo ya que, al ser sus elementos esenciales el pueblo y el territorio, de faltar uno de ellos, no hay Estado. En consecuencia, “es evidente que sostener que el Estado es dueño de los bienes

⁶⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, citado por M. MARIENHOFF, “*Tratado (...)*”, *op. cit.*, p. 56.

públicos, es lo mismo que sostener que el todo es dueño de una de las partes”⁷⁰ ya que el territorio es uno de los elementos esenciales que concurren a su formación.

Hay quienes refutan esta tesis aduciendo que el pueblo no puede ser titular de derechos por carecer de personalidad jurídica. MARIENHOFF considera que tal argumento es falaz, ya que “varias normas fundamentales hablan del pueblo como titular de potestades esenciales”.⁷¹ Resulta interesante notar que si bien nadie parece compartir esta posición, pocos se atreven a refutarla; los que lo hacen, lo hacen tímidamente. Como se expuso, la moderna teoría del dominio público en un principio consideró que éstos pertenecían a la Nación toda.

3.2.3.1.2. Bienes nacionales de uso público como *res nullius*.

PROUDHON, en su *Traité du domaine public ou de la distinction des biens* publicado en la primera mitad del siglo XIX, fue quien expuso la teoría de que los bienes demaniales no eran de propiedad del Estado; a la que se ha denominado “teoría de la soberanía”.⁷² PROUDHON consideraba que el Estado tenía sobre estos bienes sólo ciertas potestades, no un verdadero derecho dominical; éste mantenía su consideración de propietario únicamente sobre aquellos bienes que conforman su patrimonio privado.⁷³ DUGUIT consideraba que los bienes que integran el dominio público, por su propia naturaleza, no pueden ser bienes susceptibles de apropiación.⁷⁴ Según FIORINI, dentro del *patrimonio* del Estado pueden encontrarse aquellas cosas que “no pertenecen a los privados y las *res nullius*”.⁷⁵

Si bien esta tesis fue definitivamente superada (siendo el principal responsable de ello, M. HAIROU, como expondremos a continuación), hay quienes la siguen manteniendo.

⁷⁰ MARIENHOFF, “*Tratado (...)*”, *op. cit.*, pp. 67-68.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 73-74.

⁷² DELGADILLO GUTIÉRREZ, “*Compendio de (...)*”, *op. cit.*, p. 67.

⁷³ SÁNCHEZ MORÓN, “*Los bienes (...)*”, *op. cit.*, p. 25.

⁷⁴ L. DUGUIT, citado por SÁNCHEZ MORÓN, en: “*Los bienes (...)*”, p.26.

⁷⁵ B. FIORINI, *Derecho Administrativo*, t. II., 2da. ed. actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires. pp. 304- 305. Aunque parece ser que el mismo autor se contradice en líneas anteriores: “tampoco son bienes estatales (o del dominio público) los bienes de nadie (...)”. *op. cit.*, p. 302.

El Estado –sostienen- tiene simples prerrogativas sobre estos bienes, sin que pueda llegar a considerarse que ostenta la titularidad de su dominio. Como dice SERRA ROJAS⁷⁶, hay quienes consideran que “(l)os bienes de dominio público son, por su naturaleza, insusceptibles (sic) de propiedad, y aun por lo que se refiere al mismo Estado, no tiene la cualidad de propietario”.

3.2.3.1.3. Bienes nacionales de uso público como pertenecientes al Estado.

Como mencionamos, ésta es la tesis que mantiene la doctrina francesa, una vez fue superada aquella expuesta por PROUDHON. Su principal expositor fue HAIROU, quien, según SÁNCHEZ MORÓN, consideraba que “el dominio público es un derecho de propiedad atribuido al Estado, si bien se trata de una propiedad especial, en razón de la finalidad pública de los bienes sobre los que recae”.⁷⁷ En la actualidad, podría decirse que la doctrina, en su mayor parte, adopta esta tesis. Así, CLARO SOLAR, considera que al referirse el Código a la “nación”,

se reconoce la personalidad jurídica del Estado, o sea de la nación o el pueblo chileno organizado bajo ciertas autoridades en un territorio determinado y regido por leyes propias, de la nación considerada como unidad jurídica de seres humanos congregados en el país para procurar el bienestar común de la vida.⁷⁸

Otros autores –como PARRAGUEZ- dan explicaciones más simples y claras: “Bien miradas las cosas, el titular de este dominio no puede ser la nación, entidad que carece de personalidad jurídica, sino el Estado que es precisamente la personificación jurídica de aquélla”.⁷⁹ Ésta es la tesis que parece haber adoptado nuestra Corte Suprema de Justicia.⁸⁰

⁷⁶ SERRA ROJAS, “Derecho (...)”, *op. cit.*, p. 264.

⁷⁷ SÁNCHEZ MORÓN, “Los bienes (...)”, *ob. cit.*, p. 25.

⁷⁸ CLARO SOLAR, “Explicaciones (...)”, *op. cit.*, p. 170.

⁷⁹ PARRAGUEZ, “Manual de (...)”, *op. cit.*, p. 70.

⁸⁰ En resolución de septiembre de 2006 dijo que: “El dominio público, definido por la doctrina y la jurisprudencia antes que por la ley, es el conjunto de bienes de propiedad del Estado (...)” Gaceta Judicial. Año CVII. Serie XVIII, No. 2. Página 684; Ver, además, la resolución de 3 de marzo de 2006 publicada en la Gaceta Judicial. Año CVII. Serie XVIII, No. 2. Página 434; y la resolución de 27 de mayo de 2002 antes citada, publicada en la Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 9. Página 2723. Resulta interesante notar que el Código parece referirse indistintamente al Estado o a la Nación como los titulares del dominio

3.2.3.2. Elemento objetivo.

El elemento objetivo se refiere a qué tipo de bienes pueden formar parte del dominio público. La caracterización de las cosas públicas se rige por los principios del Derecho privado, ya que “el concepto de cosa y todas las distinciones objetivas que de él encontramos en el Derecho privado valen también en el Derecho público, pues son conceptos fundados sobre elementos objetivos, y no pueden sufrir variaciones”.⁸¹ Según BALLBÉ, “la dominialidad es independiente de la cualidad material de las cosas”.⁸²

En principio, todo bien es susceptible de conformar el dominio público, sin importar su carácter corporal o incorporeal, material o inmaterial. Como dice MARIENHOFF:

la propia *ratio iuris* a que responde el dominio público demuestra que cualquier bien puede incluirse en él: bastará con que el respectivo bien tenga la aptitud necesaria, o reúna las correspondientes características para cumplir las finalidades que motivan la institución dominial.⁸³

Según PRITZ, en el dominio público “se incluyen las cosas inmuebles (con su subsuelo y espacio aéreo, incluyendo sus accesorios), muebles, universalidades, objetos incorporeales como el espacio aéreo⁸⁴, derechos (servidumbres públicas, derechos intelectuales), fuerza hidráulica(...)”⁸⁵, entre otros.

Este conjunto de bienes –dice DÍEZ- no es inmutable. Variará acrecentándose o disminuyéndose, según disponga el legislador.⁸⁶

público. Así, el artículo 613 dispone que pertenece al Estado los lagos de dominio público, mientras que el artículo 604 tantas veces mencionado expresamente consagra a los bienes nacionales como pertenecientes a la Nación toda.

⁸¹ DROMI, “Derecho (...)”, *op. cit.*, p. 897.

⁸² M. BALLBÉ, Citado por MARIENHOFF en “Tratado (...)”, *op. cit.* p. 99.

⁸³ MARIENHOFF, “Tratado (...)”, *op. cit.*, p. 99.

⁸⁴ Suponemos que el concepto de bien incorporeal es distinto al que contempla nuestro ordenamiento jurídico.

⁸⁵ No entendemos cómo puede ser posible ser propietario de una clase de fuerza gravitacional. No obstante, el Código argentino, en su artículo 2311, así lo establece. PRITZ, “Dominio (...)”, *op. cit.*, p. 1095.

⁸⁶ M. DÍEZ, citado por DELGADILLO GUTIÉRREZ, “Compendio de (...)”, *op. cit.*, p. 75.

La doctrina está de acuerdo en que los bienes inmuebles pueden conformar el dominio público,⁸⁷ como también el espacio aéreo que los cubre y su subsuelo.⁸⁸ Sus accesorios –según DROMI– integrarán el dominio público en tanto y en cuanto contribuyan directa e inmediatamente a que la cosa pública cumpla los fines que motivaron su institución.⁸⁹ Como expone SÁNCHEZ MORÓN, la mayoría de los bienes de dominio público, por tradición, son inmuebles; pero ello no obsta el que se incluyan dentro del mismo otro tipo de bienes.⁹⁰

Se considera que para que un bien mueble forme parte del dominio público debe tener un carácter permanente e irremplazable; caso contrario, no se justifica el someterlos al régimen jurídico característico de los bienes demaniales.⁹¹ Están excluidos del dominio público, según DROMI y MARIENHOFF, los bienes consumibles y los bienes fungibles.⁹²

Como se anticipó, los bienes incorporales también pueden formar parte del dominio público; así, DROMI pone como ejemplo a las servidumbres públicas constituidas en beneficio de una entidad pública.⁹³ MARIENHOFF considera que también lo integran los “derechos intelectuales sobre las obras científicas, literarias y artísticas, una vez vencidos los términos por los que la ley le acuerde al autor o a sus causahabientes la titularidad de sus derechos”.⁹⁴

3.2.3.3. Elemento normativo.

Es necesario que una norma jurídica expresamente consagre a un bien como integrante del dominio público, “no hay bienes públicos naturales o por derecho natural.

⁸⁷ MARIENHOFF, “*Tratado (...)*”, *op. cit.*, p. 100.

⁸⁸ En ese sentido, no se presentarían variaciones entre el dominio público y el dominio de derecho privado ya que este último se extiende “desde el cielo hasta el infierno” (*cuius et solum, huius est usque ad coelum et usque ad inferos*)..

⁸⁹ DROMI, “*Derecho (...)*”, *op. cit.*, p. 897.

⁹⁰ SÁNCHEZ MORÓN, “*Los bienes (...)*”, *op. cit.*, p. 39.

⁹¹ DROMI, “*Derecho (...)*”, *op. cit.*, p. 887.

⁹² MARIENHOFF, “*Tratado (...)*”, *op. cit.*, p. 106 y DROMI, “*Derecho (...)*”, *op. cit.*, p. 887.

⁹³ DROMI, “*Derecho (...)*”, *op. cit.*, p. 889.

⁹⁴ MARIENHOFF, “*Tratado (...)*”, *op. cit.* p. 119.

Su existencia depende de la voluntad del legislador”.⁹⁵ El dominio público depende de dicha voluntad; su régimen jurídico, creación, modificación y extinción, son normativos.⁹⁶

MARIENHOFF considera que el determinar cuáles son los bienes que conforman o pueden conformar el dominio público y cuáles no, es una cuestión de carácter civil, ya que atiende a establecer cuál es su naturaleza jurídica; “el Código Civil termina su misión estableciendo qué cosas lo integran o dando las reglas que permitan establecerlo”. Empero, la reglamentación del dominio público corresponde al derecho administrativo.⁹⁷

Sólo por medio de una norma con el rango jerárquico de Ley o superior puede atribuirse a una cosa el carácter de pública. Los actos administrativos no pueden ser una fuente que atributiva de tal naturaleza.⁹⁸ En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución también ha dado a ciertos bienes este carácter.⁹⁹

La determinación normativa de los bienes públicos puede hacerse de manera específica¹⁰⁰, genérica¹⁰¹ o a través de la interpretación jurídica. Sobre esta última, según dice Linares

Para que un caso no previsto o un caso no claramente incluido en la ley, sea resuelto con una norma general explicitada por analogía jurídica (...) es necesario que esa norma análoga busque *en el mismo orden jurídico en que se produce*

⁹⁵ El autor niega que pueda hablarse de bienes públicos “naturales”; es decir, aquellos que no necesitan ser declarados como tales por una norma jurídica para integrar el dominio público. En cambio, sí reconoce la categoría de bienes públicos de origen natural, es decir, aquellos que el legislador integra al demanio tomándolos en su condición natural. Compartimos totalmente el criterio de este autor. Como expusimos al tratar el elemento subjetivo del demanio, hay quienes consideran que los bienes que lo conforman no pueden, por su propia naturaleza, ser apropiados por los particulares, lo que, dicen, es el fundamento de la institución del dominio público. Está por demás decir que tal aserto es falso. Difícilmente puede pensarse en un bien que, por su propia naturaleza, no sea susceptible de ser apropiado; a tal punto que, por ejemplo, como expone el autor argentino, los últimos desarrollos del Derecho Interplanetario plantean soluciones para deslindar incluso el espacio cósmico. MARIENHOFF, “*Tratado (...)*”, *op. cit.* p. 137, 140, 170.

⁹⁶ PRITZ, “*Dominio (...)*”, *op. cit.*, p. 1097.

⁹⁷ MARIENHOFF, “*Tratado (...)*”, *op. cit.* pp. 141-142.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 145.

⁹⁹ Como sucede con el agua (Artículo 12).

¹⁰⁰ Como cuando el Código Civil establece que las calles pertenecen al dominio público.

¹⁰¹ Ejemplo de ello es el mismo artículo 604, ya que establece que son bienes públicos aquellos cuyo uso pertenece a la Nación toda.

la laguna de derecho o caso no previsto. Además, es necesario que se dé la misma “*eadem ratio*”, que es la razón suficiente de la ley, en todos los términos de comparación, y eso sólo puede ser si todos esos términos pertenecen al orden jurídico a que el caso pertenece.¹⁰²

Este último método de determinación nos resulta de especial interés ya que, según expondremos, parece ser que a través del mismo hay quienes determinan que los yacimientos de hidrocarburos y las sustancias que los acompañan son bienes nacionales de dominio público.

3.2.3.4. Elemento teleológico.

La inclusión de un bien en el dominio público debe hacerse con un propósito;¹⁰³ el elemento teleológico se refiere al fin al que debe responder la inclusión de un bien al demanio.¹⁰⁴ Al igual que los demás elementos, éste dependerá de lo que disponga cada ordenamiento jurídico; ¹⁰⁵ de no haberlo consagrado expresamente, “cobran particular importancia las conclusiones de la doctrina”.¹⁰⁶ Según MARIENHOFF, “en términos generales, puede decirse que para incluir una cosa o bien en el dominio público, debe considerarse la “importancia” que tenga para el país o región que se trate”.¹⁰⁷ Nuestro Código Civil, como hemos expuesto, determina que el “fin” del dominio público es la afectación de los bienes que lo conforman a la utilización por parte de todos los habitantes del Estado. Por ejemplo, en España

Las finalidades que subyacen a (la) calificación pública (de estos bienes) varían también sustancialmente. En unos casos se trata de garantizar el uso de algunos recursos por parte de todos los ciudadanos. En otros, de conseguir una mejor ordenación y defensa de recursos naturales o un uso racional y controlado de los mismos.

¹⁰² J. LINARES, citado por MARIENHOFF, en: “*Tratado (...)*”, *op. cit.* p. 149.

¹⁰³ DROMI, “*Derecho (...)*”, *op. cit.*, p. 889.

¹⁰⁴ DELGADILLO GUTIÉRREZ, “*Compendio (...)*” *op. cit.*, p. 76.

¹⁰⁵ MARIENHOFF. “*Tratado (...)*”, *op. cit.* p. 124.

¹⁰⁶ *Ibid*, p. 125.

¹⁰⁷ *Ibid*, p. 152.

Otros bienes sirven sencillamente de soporte a las infraestructuras públicas del transporte y de las comunicaciones.¹⁰⁸

Ello explica el que en la legislación española se considere como públicos algunos bienes que en nuestro ordenamiento jurídico no tienen ese carácter (*v. gr.* los yacimientos de hidrocarburos).

Según la normativa ecuatoriana, el fin al que están destinados los bienes nacionales de uso público es su utilización por parte de los particulares. A su vez, dicho uso puede ser directo o indirecto:¹⁰⁹ será directo si dicha utilización es inmediata (*v. gr.* calles, avenidas) y será indirecta si el bien en cuestión es utilizado para la prestación de un servicio público (*v. gr.* una biblioteca).¹¹⁰ En tal virtud, consideramos imprecisa la afirmación de la Corte Suprema de que estos bienes están directa o indirectamente afectados a un servicio público.¹¹¹

3.2.4. Régimen Jurídico.

DELGADILLO GUTIÉRREZ considera que el someter al dominio público a un particular régimen jurídico tiene como propósito mantener su inmutabilidad con el propósito de que los bienes que lo integran puedan ser empleados para las finalidades públicas a las que están destinados.¹¹²

Dicho régimen es único: “no hay tantos regímenes como categorías de bienes integrantes del dominio público”.¹¹³ Adicionalmente, cabe añadir que –como dice DROMI-

¹⁰⁸ SÁNCHEZ MORÓN, “*Los bienes (...)*”, *op. cit.*, p. 21 .

¹⁰⁹ No obstante, como acotan DROMI y MARIENHOFF, un sector de la doctrina considera que conforman el dominio público únicamente aquellos bienes cuya utilización por parte del público es directa. MARIENHOFF considera que tal aserto deriva de la doctrina italiana, en la que los bienes del Estado cuya utilización es indirecta pertenecen a una categoría denominada “patrimonio indisponible” MARIENHOFF, “*Tratado (...)*”, *op. cit.*, pp. 124,126 y DROMI, “*Derecho (...)*”, *op. cit.* p. 888.

¹¹⁰ DROMI, “*Derecho (...)*”, *op. cit.* p. 889.

¹¹¹ Ver pie de página 60.

¹¹² DELGADILLO GUTIÉRREZ, “*Compendio (...)*”, *op. cit.* p. 77.

¹¹³ MARIENHOFF, “*Tratado (...)*”, *op. cit.* p. 254.

éste es un régimen de excepción, “en su conjunto sólo es aplicable a los bienes dominiales”.¹¹⁴

SERRA ROJAS¹¹⁵ expone cuáles son las principales características del régimen que el ordenamiento jurídico mexicano somete a los bienes que conforman al dominio público:

- La indisponibilidad:
 - o La inalienabilidad;
 - o La imprescriptibilidad;
 - o La inembargabilidad;
- La protección penal contra la usurpación;
- La inaplicabilidad de las dependencias del dominio público de ciertas cargas aplicables a bienes del dominio privado (v. gr. servidumbres);
- La fijación legal de los límites del dominio público;
- La imposibilidad de constituir derechos reales a favor de particulares sobre los bienes que lo integran; y,
- El atribuir la competencia para conocer de controversias que impliquen a un bien público sólo a ciertos jueces.

Analizar cada una de estas particularidades a la luz de lo que dispone la normativa ecuatoriana resultaría innecesario, en vista de que el dar respuesta a los interrogantes que nos hemos planteado al iniciar este capítulo depende de examinar dos de ellas: la fijación legal de los límites del dominio público y su indisponibilidad. Nos hemos referido ya a la primera, trataremos ahora la segunda.

Generalmente, se sustrae a los bienes que conforman el dominio público del comercio privado; lo que trae como consecuencia su inembargabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad. Revisaremos cada una de estas características.

¹¹⁴ DROMI, “*Derecho (...)*”, *op. cit.*, p. 891.

¹¹⁵ SERRA ROJAS, “*Derecho (...)*”, *op. cit.*, p. 265.

- Inembargabilidad: Según CABANELLAS, el embargo es la “(r)etención o apoderamiento que de los bienes del deudor se efectúa en el procedimiento ejecutivo, a fin de, con ellos o con el producto de la venta de los mismos, satisfacer la incumplida obligación a favor del acreedor que posea el título con ejecución aparejada”.¹¹⁶ Los bienes que conforman el dominio público no pueden ser embargados; “no pueden ser objeto de ejecución judicial”.¹¹⁷
- Inalienabilidad: En principio, no resulta posible enajenar los bienes que conforman el dominio público, no están sujetos al comercio jurídico ordinario, “no pueden ser objeto de transacciones regidas por el derecho privado”, mas sí del comercio jurídico de derecho público.¹¹⁸ Hay quienes desmienten parcialmente esta afirmación, ya que consideran que el alcance y sentido de la inalienabilidad de las cosas públicas son contingentes dado que –dicen- éstas pueden ser gravadas con ciertos derechos reales del derecho civil (v. gr. servidumbres).¹¹⁹ La inalienabilidad trae como consecuencia el que estos bienes deban ser desafectados para poder transferir su dominio.
- Imprescriptibilidad: No se pueden adquirir por prescripción las cosas que están fuera del comercio humano. Si bien el Código no establece de manera expresa que las cosas públicas lo estén, la Corte Suprema de Justicia y la generalidad de la doctrina se han pronunciado en este sentido.¹²⁰ Así, CLARO SOLAR considera que los bienes públicos “están fuera del comercio, no pueden ser poseídos exclusivamente por nadie; y por consiguiente no pueden ser objeto de declaraciones de voluntad ni pueden ser prescritos”.¹²¹

¹¹⁶ G. CABANELLAS DE TORRES, *Diccionario Jurídico Elemental*, Heliasta, 16ta. ed., Buenos Aires, 2003. p. 143.

¹¹⁷ DROMI, “*Derecho (...)*”, *op. cit.* p. 892.

¹¹⁸ DELGADILLO GUTIÉRREZ, “*Compendio (...)*”. *op. cit.*, p. 76.

¹¹⁹ DROMI, “*Derecho (...)*”, *op. cit.* p. 892.

¹²⁰ Ver la resolución de la Tercera Sala de 23 de julio de 1986. Gaceta Judicial XIV, N°12 p. 2.738; adicionalmente, ver las resoluciones citadas con anterioridad (pie de página 80).

¹²¹ CLARO SOLAR, “*Explicaciones (...)*”, *op. cit.*, p. 175.

Entre los partidarios de la teoría opuesta encontramos al tratadista español GARCÍA DE ENTERRÍA, quien considera que en ciertas circunstancias no se justifica el mantener a un bien dentro del dominio público si un particular lo ha poseído exclusivamente por un determinado período, operando en tal hipótesis una suerte de desafectación.¹²² MARIENHOFF, abogando por la tesis contraria, considera que la protección integral del dominio público “aconseja mantener en todo su rigor la nota jurídica de “imprescriptibilidad” que hoy le caracteriza.”¹²³

Cabe anotar que la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad de un bien es una consecuencia de su inclusión en el dominio público, no una causa para ello. Dicho régimen no es de por sí suficiente para que se considere a un bien como integrante del dominio público. La inalienabilidad y la imprescriptibilidad no son atributos exclusivos de los bienes dominiales.¹²⁴ Como dice MARIENHOFF, “la inalienabilidad y la imprescriptibilidad son notas derivadas de la dominicalidad; pero la inversa no es exacta: la dominicalidad no deriva de la inalienabilidad ni de la imprescriptibilidad”.¹²⁵

Según el autor, existen en el derecho argentino muchos bienes que, a pesar de su carácter inalienable e imprescriptible, pertenecen al dominio privado del Estado, como acontece con los yacimientos de hidrocarburos.¹²⁶ La razón por la que llega a tal conclusión es simple: a pesar de que la ley considera a los hidrocarburos¹²⁷ como inalienables e imprescriptibles, por no estar destinados a la utilidad o comodidad común¹²⁸, no forman parte del dominio público.

3.2.5. Desafectación.

¹²² E. GARCÍA DE ENTERRÍA, citado por MARIENHOFF, EN “*Tratado (...)*”, *op. cit.*, p. 262.

¹²³ MARIENHOFF, “*Tratado (...)*”, *op. cit.*, p. 263.

¹²⁴ DROMI, “*Derecho (...)*”, *op. cit.*, p. 891.

¹²⁵ MARIENHOFF, “*Tratado (...)*”, *op. cit.*, p. 258.

¹²⁶ MARIENHOFF se refiere a la ley N° 14,773 que 12 de noviembre de 1958, que disponía: “Los yacimientos de hidrocarburos sólidos, líquidos y gaseosos existentes en el territorio de la República Argentina y los de su plataforma submarina son bienes exclusivos, imprescriptibles e inalienables del Estado nacional (...)”, “*Tratado (...)*”, *op. cit.*, p. 259.

¹²⁷ Discrepamos con el autor. La ley en cuestión no se refería a los hidrocarburos, sino a sus yacimientos.

¹²⁸ La utilidad o comodidad común constituye el elemento teleológico de un bien público a la luz de lo que dispone el Código Argentino.

No puede transferirse el dominio de un bien público; primero debe desafectárselo.¹²⁹ Desafectar significa sustraer a un bien del régimen de derecho público, lo que trae como consecuencia un cambio en su condición jurídica: deja de ser público y pasa a ser privado, lo que no quiere decir que se extinga el dominio que se ostenta sobre él.

Como ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina:

La propiedad pública (...) termina por la desafectación (...) y tal desafectación, (...) produce el efecto general de cambiar la condición jurídica del bien, que se torna a partir de ella enajenable, prescriptible, embargable y regido, no ya por las disposiciones del derecho administrativo relativas a la policía de los caminos y de las calles, sino por el derecho civil, a cuyo campo de acción ha ingresado, como consecuencia de aquella.¹³⁰

Puede desafectarse un bien público de dos maneras: ya sea a través de una manifestación de voluntad del poder público, ya sea a través de ciertos hechos. La primera, denominada también “desafectación formal”, se realiza a través de una ley; la segunda tiene lugar como consecuencia del acaecimiento de ciertos sucesos naturales o de algunos hechos del hombre. Cabe acotar que los bienes públicos de origen natural no pueden ser desafectados por hechos humanos.¹³¹ La razón, en nuestro sentir, es muy lógica: los bienes públicos de origen natural integran del demanio en razón de su condición natural; no resulta posible que dejen de conformarlo sino modificando su naturaleza, transformándolos. La determinación de su condición jurídica importa su afectación.¹³² La única manera en la que resulta posible desafectarlos sin modificar su condición es derogando o reformando la norma que les atribuye tal carácter, a través de una desafectación formal.

Ejemplo de la primera forma de desafectación sería la promulgación de una reforma al Código Civil en virtud de la cual los nevados perpetuos dejen de integrar el

¹²⁹ Sobre el particular, seguiremos al tratadista argentino Miguel MARIENHOFF, a quien con frecuencia hemos citado; dado que, de las obras consultadas, es en la suya la única donde parece habérselo desarrollado debidamente. “*Tratado (...)*”, *op. cit.*, pp. 206 y ss.

¹³⁰ Citado por MARIENHOFF, en “*Tratado (...)*”, *op. cit.*, p. 208.

¹³¹ *Ibid.*, p. 232.

¹³² DROMI, “*Derecho (...)*”, *op. cit.*, p. 898.

dominio público; ejemplo de la segunda, el cierre de una calle por parte de la autoridad competente de manera que, de forma permanente, deje de tener como destino la utilización general del público.¹³³

Hemos estudiado ya todas las características de los bienes nacionales de uso público. Pasaremos ahora a hacer lo propio con la segunda categoría de bienes nacionales: los bienes fiscales.

3.3. Bienes Fiscales.

Son bienes fiscales aquellos que conforman el patrimonio privado del Estado. El derecho que éste ostenta sobre ellos no difiere, en principio, del derecho de dominio que tienen los particulares sobre sus bienes.

GALINDO CAMACHO considera que la diferencia esencial entre los bienes públicos y los bienes fiscales yace en que estos últimos “están sujetos en parte al Derecho Público, en todo lo relativo a la competencia de los órganos que intervienen en la adquisición, uso o aprovechamiento de dichos bienes” mientras que, en lo relativo a los “actos jurídicos respectivos, como la compraventa, arrendamiento, etc., están sujetos al Derecho Privado en todo lo relacionado con el vínculo entre el Estado (...) y la persona que compre o vende o celebre cualquier otro contrato de los que pueden ser materia u objeto”.¹³⁴

Los denominados por la legislación española como “bienes patrimoniales” parecen guardar una gran similitud con los bienes fiscales de nuestro ordenamiento jurídico. Se determina cuáles son, como dice SÁNCHEZ MORÓN, excluyendo a los bienes del Estado afectados que conforman el dominio público. Es decir que, en nuestro ordenamiento jurídico, bienes fiscales son aquellos bienes del Estado que no están afectados al uso público.¹³⁵

¹³³ MARIENHOFF, “*Tratado (...)*”, *op. cit.* p. 234.

¹³⁴ GALINDO CAMACHO, “*Derecho (...)*”, *op. cit.*, p. 30.

¹³⁵ SÁNCHEZ MORÓN, “*Los bienes (...)*”, p. 45.

Según DROMI, el dominio privado del Estado está sujeto a las reglas de la propiedad privada, salvo algunas excepciones.¹³⁶ Como ha dicho la Cámara Nacional Federal Civil y Comercial argentina,

Desde un enfoque estrictamente civil, el dominio privado del Estado no se diferencia del derecho similar de los particulares y, por tanto, de las atribuciones del Estado sobre los bienes de su dominio privado y los eventuales derechos de los particulares se rigen por las disposiciones del Código Civil, aunque el principio no es absoluto y admite excepciones.¹³⁷

La Corte Suprema, en la sentencia a la que con reiteración hemos aludido, ha dicho que

(e)l dominio privado del Estado, por el contrario, no se diferencia del derecho similar de los particulares y, por ende, las atribuciones del Estado sobre los bienes del derecho privado y los eventuales derechos de los particulares se rigen por las disposiciones del Código Civil, salvo algunas excepciones.¹³⁸

SERRA ROJAS mantiene un criterio similar:

El dominio privado de la Federación¹³⁹ está formado por todos los bienes que no han sido catalogados como bienes de dominio público y sujetos a un régimen jurídico semejante al de los bienes de los particulares, con algunas modificaciones (...) El Estado está en posesión de estos bienes por cualquiera (sic) título translativo de dominio(...)¹⁴⁰

Según CLARO SOLAR, no hay razón para no aplicar a los bienes fiscales las normas de derecho privado; “el interés público no lo exige, desde que como personas jurídicas, el Estado, las Municipalidades (...) o los establecimientos públicos, son llamados a participar en la vida jurídica del mismo modo que las personas naturales”.¹⁴¹

En síntesis, parece ser de la diferencia sustancial entre bienes públicos y bienes privados es el elemento teleológico, la finalidad que deben perseguir. La utilización por

¹³⁶ DROMI, “*Derecho (...)*”, *op. cit.*, p. 886.

¹³⁷ Fallo de 8 de septiembre de 1971, citado por DROMI, en: “*Derecho (...)*”, *op. cit.*, p. 886.

¹³⁸ Ver pie de página 60.

¹³⁹ Su obra trata sobre la normativa administrativa de los Estados Unidos Mexicanos, razón por la que alude a la “Federación”.

¹⁴⁰ SERRA ROJAS, “*Derecho (...)*”, *op. cit.*, p. 335.

¹⁴¹ CLARO SOLAR, “*Explicaciones (...)*”, *op. cit.*, p. 249.

parte del público es el fin esencial de los bienes públicos, mientras que en los bienes fiscales dicha facultad no le corresponde.

Al dominio privado del Estado le es aplicable *mutatis mutandis* lo que hemos expuesto sobre el derecho real de dominio.¹⁴² Empero, insistimos en que existen algunas distinciones entre éste y aquél. Para poder determinar cuál es el régimen jurídico de cada uno de los bienes del Estado, consideramos que es preciso hacer un examen particularizado de cada uno de ellos; lo que, para efectos del presente trabajo, resultaría inoficioso. Basta con decir que no están sujetos al régimen jurídico propio del demanio, siendo, en principio, alienables, embargables y adquiribles por usucapión.

4. Naturaleza jurídica de los hidrocarburos.

Habiendo determinado cuáles son los caracteres propios de los bienes públicos y cuáles son sus diferencias con los bienes fiscales, nos corresponde establecer cuál es la clasificación jurídica de los hidrocarburos en lo atinente a su titularidad¹⁴³; es decir, estableceremos si integran el dominio público o si, por el contrario, conforman el dominio privado del Estado. Para el efecto, analizaremos primeramente lo dispuesto en la normativa aplicable y revisaremos las soluciones que ha dado del derecho comparado.

4.1. Normas de la Constitución de la República.

La Constitución de la República del Ecuador dispone que los recursos naturales no renovables forman parte del patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible del

¹⁴² Ver el punto 2 del presente capítulo.

¹⁴³ DE DIEGO considera que son tres los principales tipos de clasificaciones de los bienes: aquella que mira al bien considerado en sí mismo (v. gr. entre las que se encuentra la distinción entre bienes consumibles y no consumibles); aquella que mira al bien según sus relaciones con los demás (v. gr. encontrándose aquí la clasificación que los distingue según sean principales o accesorios); y aquella que los clasifica en función de su apropiabilidad o titularidad (v. gr. entre la que se halla la clasificación que distingue entre bienes públicos y bienes privados). C. DE DIEGO, *Curso elemental de derecho civil*, citado por Parraguez, en: “*Manual (...)*”, *op. cit.*, p. 18.

Estado (Art. 1 Inc. 3¹⁴⁴, Art. 317¹⁴⁵). Son considerados un sector estratégico cuya administración, regulación, control y gestión corresponden al Estado (Art. 313¹⁴⁶), teniendo éste competencias exclusivas para ello (Art. 261.11¹⁴⁷).

En tratándose de los yacimientos de hidrocarburos y de las sustancias que los acompañan, según dispone dicho cuerpo normativo:

Art. 408.- Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución.

El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota.

El Estado garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad.

La refinación de hidrocarburos es también un sector estratégico (Art. 313), y su extracción es un servicio que no puede ser paralizado (Art. 326.15¹⁴⁸).

¹⁴⁴ “Art. 1.- (...) Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.”

¹⁴⁵ “Art. 317.- Los recursos naturales no renovables pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado. En su gestión, el Estado priorizará la responsabilidad intergeneracional, la conservación de la naturaleza, el cobro de regalías u otras contribuciones no tributarias y de participaciones empresariales; y minimizará los impactos negativos de carácter ambiental, cultural, social y económico.”

¹⁴⁶ “Art. 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.”

¹⁴⁷ “Art. 261.- El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre: (...) 11. Los recursos energéticos; minerales, hidrocarburos (sic), hídricos, biodiversidad y recursos forestales.”

4.2. Normas de la Ley de Hidrocarburos.

La Ley de Hidrocarburos, publicada en el Registro Oficial 711 de 15 de noviembre de 1978, dispone que los yacimientos de hidrocarburos y las sustancias que los acompañan pertenecen al patrimonio inalienable del Estado:

Art. 1.- Los yacimientos de hidrocarburos y sustancias que los acompañan, en cualquier estado físico en que se encuentren situados en el territorio nacional, incluyendo las zonas cubiertas por las aguas del mar territorial, pertenecen al patrimonio inalienable del Estado (...).

4.3. Normas del Código Civil.

Según dispone el Código Civil, las minas y yacimientos que determinen las leyes especiales respectivas pertenecen al Estado:

Artículo 607.- El Estado es dueño de todas las minas y yacimientos que determinan las leyes especiales respectivas, no obstante el dominio de las corporaciones o de los particulares, sobre la superficie de la tierra en cuyas entrañas estuvieren situados.

Pero se concede a los particulares la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio, para buscar las minas a que se refiere el precedente inciso, la de labrar y beneficiar dichas minas, y la de disponer de ellas como dueños, con los requisitos y bajo las reglas que prescriben las leyes de minería.

4.4. Derecho Comparado.

4.4.1. España.

El numeral segundo del artículo 132 de la Constitución española dispone que son bienes de dominio público estatal aquellos determinados por la ley, entre otros. Según dispone el artículo 2 la Ley de Hidrocarburos española, son de dominio público estatal los

¹⁴⁸ “Art. 326 (...) 15. Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. La ley establecerá límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios”.

yacimientos de hidrocarburos y los almacenamientos subterráneos existentes en el territorio del Estado, conforme a la legislación y a los tratados internacionales vigentes.¹⁴⁹

4.4.2. Venezuela.

La Constitución venezolana de 1999, en su artículo 12, dispone que los yacimientos de hidrocarburos, cualquiera que sea su naturaleza, pertenecen a la República, son bienes de dominio público y, en consecuencia, inalienables e imprescriptibles.¹⁵⁰

Al igual que en el caso del ordenamiento español, son los yacimientos de hidrocarburos los que, de manera expresa, pertenecen al dominio público; no siguen la misma suerte los hidrocarburos.

4.4.3. Argentina.

El artículo 1 de la ley 17,319 de la República argentina disponía que “(l)os yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos situados en el territorio de la República Argentina y en su plataforma continental, pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado nacional.”¹⁵¹

El inciso segundo del artículo 124 de la Constitución argentina establece que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.¹⁵² La ley 24,415 de federalización de hidrocarburos, a propósito de lo

¹⁴⁹ “Artículo 2. Régimen de actividades. A los efectos del artículo 132.2 de la Constitución tendrán la consideración de bienes de dominio público estatal, los yacimientos de hidrocarburos y almacenamientos subterráneos existentes en el territorio del Estado y en el subsuelo del mar territorial y de los fondos marinos que estén bajo la soberanía del Reino de España conforme a la legislación vigente y a los convenios y tratados internacionales de los que sea parte.”

¹⁵⁰ “Artículo 12. Los yacimientos mineros y de hidrocarburos, cualquiera que sea su naturaleza, existentes en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental, pertenecen a la República, son bienes del dominio público y, por tanto, inalienables e imprescriptibles. Las costas marinas son bienes del dominio público.”

¹⁵¹ Al parecer, este cuerpo normativo ha sido derogado.

¹⁵² “Artículo 124.- Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico - 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

dispuesto por el texto constitucional, transfirió a las provincias el dominio de los hidrocarburos.

DROMI considera los hidrocarburos conforman el dominio público de las respectivas provincias, constituyendo el elemento finalista en ese caso el ser estos bienes una fuente para el desarrollo económico social de cada uno de los Estados locales.¹⁵³

Consideramos equivocado el razonamiento del autor. En primer lugar, por las razones que ya se han expuesto,¹⁵⁴ a la luz de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico argentino, no puede considerarse que los hidrocarburos hayan pertenecido al dominio público.

En segundo lugar, porque su entendimiento de lo que constituye el “dominio originario” es erróneo. La base de la noción de la propiedad originaria es una bula del Papa Alejandro VI de 1493, mediante la cual se concedía y asignaba perpetuamente a los Reyes de Castilla y de León y a sus sucesores

todas las islas y tierras firmes, halladas y que se hallaren descubiertas y que se descubrieren hacia el Occidente y Mediodía, fabricando y componiendo una línea del Polo Ártico, que es el Septentrión, al Polo Antártico, que es el Mediodía; ora se hayan de hallar hacia la India o hacia cualquiera parte, la cual línea dista de cada una de las islas que vulgarmente dicen de las Azores y Cabo Verde, cien leguas hacia el Occidente y Mediodía y de cuyas tierras no hubiere tomado posesión ningún otro Rey o Príncipe Cristiano hasta el día de navidad de 1492 (...).¹⁵⁵

La expresión propiedad originaria o “primer propietario” involucra la necesidad de explicar cómo una persona se atribuye el dominio de un bien; implica desentrañar de dónde se origina el derecho real de dominio.¹⁵⁶ Es equivocado asimilar al dominio

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. Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.”

¹⁵³ DROMI, “*Derecho (...)*”, *op. cit.*, p. 902.

¹⁵⁴ Ver pie de página 129.

¹⁵⁵ Citado por DELGADILLO GUTIÉRREZ, en: “*Compendio (...)*”, *op. cit.*, p. 53.

¹⁵⁶ DELGADILLO GUTIÉRREZ, “*Compendio (...)*”, *op. cit.*, p. 53.

originario con el dominio público. El primero alude a quién es el “primer propietario” de un bien, aquel sujeto que transmitió *prima facie* su dominio, su dueño original; el segundo se refiere a un conjunto de bienes afectados a una determinada finalidad pública y sometidos a un régimen jurídico especial. En consecuencia, al referirse la normativa argentina al “dominio originario”, se refiere a que las provincias son las “primeras dueñas” de los recursos naturales que se hallan en su territorio; no que éstos integren el dominio público de aquéllas. Como dice PRITZ, “no obstante estas menciones al dominio público (...) el legislador ha sometido a los hidrocarburos a un régimen especial de propiedad, (pero) no puede hablarse de un objeto incluido en nuestro dominio público”.¹⁵⁷

4.4.4. México.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone, en el inciso cuarto del artículo 27, que corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental; de todos los minerales, incluidos el petróleo y los hidrocarburos líquidos, sólidos o gaseosos.¹⁵⁸

Como expone DELGADILLO GUTIÉRREZ, hay varias tesis que pretenden explicar cuál es la naturaleza jurídica del dominio directo. Considera que la más acertada es aquella expuesta por Fraga, según quien el dominio directo es un verdadero derecho de propiedad; los bienes sobre los que el Estado mexicano tiene un dominio directo, son

¹⁵⁷ PRITZ, “*Dominio (...)*”, *op. cit.*, p. 1112.

¹⁵⁸ “Artículo 27.- (...) Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos; y el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional.”

bienes de su propiedad; no quedándonos del todo claro si el autor los considera parte de su propiedad privada o pública.¹⁵⁹

5. Conclusión preliminar.

ERROR: syntaxerror
OFFENDING COMMAND: --nostringval--

STACK:

80
12196
2