Técnicas contractuales al servicio del aprovechamiento de los bienes públicos

09/07/2020

¿Qué ocurre, en cambio, con los bienes del dominio público, es decir, aquellos bienes del patrimonio estatal afectados a un destino específico de uso público? ¿Cuáles son las dificultades que plantea su aprovechamiento económico, en particular cuando tal aprovechamiento se intenta llevar adelante con la participación del sector privado?

---

1. **Planteamiento del tema**

Si hay algo evidente, tanto en la Argentina como en la enorme mayoría de los países, es que el Estado es propietario de un inmenso patrimonio. Y cuando hablo de “Estado” lo hago en términos genéricos, que en un país de estructura federal como el nuestro comprende al Estado Nacional, las provincias, los municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Este patrimonio estatal está conformado principalmente por bienes inmuebles, entre los cuales es preciso hacer de entrada una distinción fundamental.

Muchos de estos inmuebles tienen un destino específicamente asignado, lo cual los excluye del tráfico comercial. Ahí tenemos a los edificios gubernamentales, los juzgados, las legislaturas, los regimientos, los hospitales públicos, las escuelas y las universidades públicas, las comisarías, las cárceles, los museos, las bibliotecas públicas, los archivos. Podemos también mencionar dentro de este rubro a las rutas, las instalaciones que conforman las redes ferroviarias (las vías y las estaciones), los aeropuertos, los puertos, y cualquier otra infraestructura de titularidad estatal.

A la par de los bienes descriptos, que tienen asignado un destino o uso público específico, existen, sin embargo, muchos otros bienes estatales que carecen de un uso determinado, y que se encuentran por tanto lisa y llanamente ociosos, es decir, absolutamente desaprovechados. Allí se encuentran lo que comúnmente se conoce como “tierras fiscales”.

Como es sabido, esta distinción entre bienes públicos afectados a un uso público específico y otros que no lo están es decisiva para el Derecho, a punto tal que el régimen jurídico que aplica a unos y otros es sustancialmente distinto. A los primeros se los considera bienes del dominio público, y están sujetos a un régimen sumamente restrictivo en cuanto a lo que su titular público puede hacer con ellos, precisamente porque, por definición, están excluidos del tráfico jurídico, son indisponibles o (en terminología del régimen civil) inalienables. Los segundos pertenecen a lo que se llama el dominio privado estatal, y están primordialmente sometidos al mismo régimen patrimonial que los bienes de cualquier persona privada, que es el previsto en el Código Civil y Comercial de la Nación, si bien con algunas singularidades en razón de la condición pública de su propietario.

Hace ya unos cuantos años en diversas latitudes se ha comenzado a tomar conciencia de la enorme riqueza que encierra este patrimonio estatal, así como también de los cuantiosos recursos públicos que hace falta destinar anualmente para mantener en buen estado de conservación ese enorme caudal de inmuebles[1]. Esta toma de conciencia ha dado lugar a una verdadera corriente de pensamiento en el Derecho comparado que nos habla de la "valorización de los bienes públicos"[2], es decir, de la necesidad de reparar en su valor intrínseco y en la potencialidad que ofrece maximizar su aprovechamiento, en particular en lo concerniente a los bienes que integran lo que en Derecho administrativo se conoce como "dominio público", que son precisamente aquellos bienes públicos que tienen asignado un destino especial y por tal motivo están fuera del tráfico comercial.

Frente a las dimensiones del patrimonio estatal, que supone por un lado un pesado lastre para el Tesoro público que tiene que hacerse cargo de su conservación, pero también la evidencia del potencial que encierra ese mismo patrimonio como posible fuente generadora de recursos para el propio Estado, lo que postula esta mirada renovada es procurar valorizar los bienes públicos a través, precisamente, de la identificación de instrumentos jurídicos que faciliten la participación del sector privado en el financiamiento y explotación de esos mismos bienes públicos, pero sin poner en cuestión la titularidad estatal que les es propia.

Se trata, sin duda, de un complejo desafío para el Derecho administrativo, porque requiere armonizar el carácter inalienable que desde siempre se ha predicado de esos bienes (y que no hay ánimo de modificar, porque sigue muy arraigada la idea de que sólo siendo el Estado el dueño de tales bienes quedará garantizado su destino de uso público), con una arquitectura jurídica que brinde al inversor privado la plena seguridad de que los dineros que está dispuesto a invertir no serán confiscados por el Estado una vez concretada la inversión, un riesgo ciertamente presente, sobre todo, en un país como el nuestro, tan poco afecto a respetar las reglas de juego y, en particular, el derecho de propiedad.

2. **Los bienes del dominio privado estatal**

Es importante que nos apresuremos a señalar que la problemática que estamos planteando concierne fundamentalmente (aunque no de manera exclusiva) a los bienes del dominio público estatal[3]. Aquellos inmuebles que forman parte del domino privado del Estado, las llamadas "tierras fiscales" a las que ya hicimos alusión, se encuentran dentro del tráfico jurídico, lo cual facilita enormemente las cosas a la hora de procurar mejorar su aprovechamiento.

Estos inmuebles son propiedad del Estado en términos equivalentes al de cualquier propietario privado, y están sometidos, sustancialmente, a las reglas del Código Civil y Comercial de la Nación en lo que hace al derecho de dominio. Esto significa que entran dentro del tráfico comercial y no hay ningún impedimento para que el Estado los venda, arriende o celebre respecto de ellos cualquiera de los negocios jurídicos que contempla el régimen civil. Evidentemente, en este ámbito es donde se presentan con mayor facilidad las ocasiones para desarrollar, por ejemplo, proyectos inmobiliarios sobre bienes públicos, porque los escollos jurídicos son mucho menores, pero en razón de esa misma menor complejidad del tema, no es mucho lo que hay para analizar desde la perspectiva jurídica en este terreno.

Es cierto que el Estado no puede administrar y disponer de estos bienes con la misma libertad con que lo hace un particular. Pero en este caso, esos límites no responden a una distinta configuración del derecho de dominio que el Estado ejerce sobre estos bienes, sino más bien a las restricciones que el Derecho administrativo impone a los funcionarios que tienen a su cargo la gestión de ese patrimonio, en resguardo de la transparencia y del respeto de la igualdad ante la ley.

De allí que, en paralelo a las reglas del Código Civil y Comercial que rigen toda propiedad, se aplique en este ámbito del dominio privado del Estado el régimen específico vigente en cada jurisdicción en materia de gestión de bienes públicos. En el caso particular del Estado Nacional, la administración y gestión de esos bienes patrimoniales está en manos de la Agencia de Administración de Bienes del Estado (AABE), la cual debe ejercer ese cometido en los términos previstos por el decreto 1382/2012 (DNU) y sus normas complementarias y reglamentarias. Dicho decreto atribuye, concretamente, a la AABE la función de "disponer y administrar los bienes inmuebles desafectados del uso, declarados innecesarios y/o sin destino"[4].

En el año 2018, la propia AABE aprobó por Resolución 213/2018 el Reglamento de Gestión de Bienes Inmuebles del Estado Nacional. Entre los principios generales consagrados en dicho reglamento se establece que tales inmuebles "no podrán encontrarse ociosos, subutilizados" y que "podrán ser enajenados cuando el ESTADO NACIONAL los considere prescindibles"[5].

La venta de los inmuebles del Estado Nacional está regulada, a su vez, en el decreto 2670/2015, reglamentario del decreto 1328/2012. Ella debe concretarse, preferentemente, a través del procedimiento de subasta pública electrónica[6], y solo eventualmente mediante licitación pública[7], pudiendo por excepción recurrirse a la venta directa "cuando concurrieran circunstancias técnicas, sociales, económicas o de interés general que lo justifiquen"[8]. La tasación estará a cargo del Tribunal de Tasaciones de la Nación, y servirá de base para la subasta.

El Reglamento de Gestión de Bienes Inmuebles también contempla la locación de inmuebles de propiedad del Estado Nacional, reservando a la AABE la competencia exclusiva para la celebración de ese tipo de contratos, con sujeción a las normas de. mismo reglamento y, supletoriamente, a las del Código Civil y Comercial de la Nación[9]. En la determinación del valor locativo deberá intervenir el Tribunal de Tasaciones de la Nación.

3. **La valorización de los bienes del dominio público**

¿Qué ocurre, en cambio, con los bienes del dominio público, es decir, aquellos bienes del patrimonio estatal afectados a un destino específico de uso público? ¿Cuáles son las dificultades que plantea su aprovechamiento económico, en particular cuando tal aprovechamiento se intenta llevar adelante con la participación del sector privado?

Como ya se recordó, estos bienes públicos están sujetos a un régimen de dominio especial, caracterizado fundamentalmente por la nota de su inalienabilidad[10], que los deja afuera del tráfico jurídico ordinario. La razón de ser de este tratamiento diferenciado está ligada al destino específico que, en cada caso, tales bienes tienen asignado, un destino típicamente público que se asume que se vería frustrado en caso de que el Estado pudiera disponer del bien (por ejemplo, a través de su venta), en tanto el nuevo propietario (por hipótesis, privado), una vez incorporado el bien a su patrimonio, estaría en condiciones de darle otro destino o, al menos, podría verse tentado a no guardar con tanto celo el destino de uso público impuesto al bien.

Para comprender los cambios que, a nivel mundial, se están dando en este terreno, es importante tener bien presente que el destino al que están consagrados estos bienes es la razón de ese límite tan radical que pesa sobre su titular estatal, quien pese a ser su dueño se encuentra jurídicamente imposibilitado de disponer del bien. Y es importante tener esto en claro, porque si esta es la causa de esa restricción que pesa sobre el propietario estatal, habremos de reconocer que también allí se encuentra el límite de esa restricción. Dicho de otro modo, la exclusión del bien del tráfico jurídico sólo se justifica hasta donde lo requiere la preservación de su destino específico, no más allá[11].

Es a partir de esta observación que la corriente valorizadora de los bienes públicos ha procurado abrirse camino para proponer formatos de aprovechamiento de los bienes del dominio público que permitan algún grado de incorporación de esos mismos bienes al tráfico jurídico[12]. La cuestión pasa, en definitiva, por encontrar fórmulas que, dejando a buen resguardo del destino especial que tales bienes tienen asignado y que requiere, entre otras cosas, mantener en pie su pertenencia al Estado (garantizada por la regla de su indisponibilidad), habiliten el ingreso de inversores o gestores privados en beneficio de su mejor aprovechamiento.

Se trata, pues, de una óptica que está muy en sintonía con los tiempos actuales, donde la lógica universalmente imperante desde hace ya varias décadas va en dirección de procurar establecer puntos de encuentro entre lo público y lo privado, entre otras razones debido a la estrechez por la que atraviesan los presupuestos públicos de los países en general. La ola de privatizaciones vivida durante los años ochenta y noventa del siglo pasado, y la moda de las PPP que arrancó poco después en la gran mayoría de los países, son claro ejemplo de ello.

Pero el camino señalado se basa en un presupuesto ineludible: es imprescindible diseñar una arquitectura jurídica sólida, que proporcione a los inversores las garantías necesarias, ya que si no se logra generar confianza, no habrá inversión. Esto lo sabemos de sobra.

4. **Técnicas jurídicas disponibles para el aprovechamiento de los bienes del dominio público**

Ahora bien, ¿cuáles serían instrumentos jurídicos concretos de que se vale este impulso para aprovechar mejor las posibilidades que brindan los bienes que integran el dominio público, a partir de un mayor protagonismo del sector privado?

Me apresuro a señalar que muchas de las técnicas empleadas para alcanzar este propósito de dar cabida a la inversión y aprovechamiento privados en el campo de los bienes del dominio público son las clásicas. La rueda ya se inventó hace mucho tiempo, y podremos mejorar su diseño y prestaciones, pero no volver a inventarla.

La técnica más conocida y usual para hermanar la titularidad pública de los bienes a su gestión o explotación en manos privadas es, sin lugar a dudas, la concesión.

Cuando hablamos de concesión en el Derecho administrativo nos referimos a varias cosas distintas, pero que tienen algo en común. Existe la concesión de servicios públicos, donde una empresa privada tiene a su cargo la prestación de un servicio particularmente relevante para la vida económica y social; la concesión de obra pública, en la que el concesionario construye o amplía una infraestructura y se hace cargo de financiar la obra, a cambio de incorporar el derecho a explotarla durante un lapso determinado, percibiendo el correspondiente peaje de los usuarios; y la concesión de uso de bienes del dominio público, que se da cuando la Administración otorga a un particular el derecho a utilizar o aprovechar privativamente un bien del dominio público o una porción de ese bien durante un período determinado, normalmente a cambio del pago de un canon y/o del compromiso de realizar ciertas inversiones sobre el mismo bien.

Son fundamentalmente las dos últimas variantes, esto es, la concesión de obra pública y, más frecuentemente, la concesión de uso especial de bienes del dominio público, las que interesan a los fines de concitar iniciativas de inversión privada sobre bienes públicos.

El Reglamento de Gestión de Bienes Inmuebles aprobado por Resolución 213/2018 de la AABE contiene un régimen específico sobre la concesión de uso especial de bienes inmuebles del Estado Nacional. Allí se prevé que tales derechos de uso privativo deben otorgarse, como regla, en el marco de una licitación pública, cuyo pliego debe determinar la base del canon o contraprestación de otro tipo a cargo del concesionario a partir de la tasación que deberá realizar el Tribunal de Tasaciones de la Nación. En principio, el criterio de selección del concesionario estará en función del mayor canon ofrecido[13].

Como ha sido tradicional en este tipo de regímenes, el reglamento prevé que “todas las mejoras edilicias permanentes, tecnológicas o de cualquier tipo que el concesionario introduzca en los inmuebles del Estado Nacional afectados al cumplimiento del contrato, quedarán incorporadas al patrimonio estatal desde su ejecución y, en principio, no darán lugar a compensación alguna” [14]. Frente a las críticas que nos suscita este criterio[15], porque convengamos en que no contribuye a alentar las inversiones en mejoras, al menos en este caso se atenuó en cierto punto su alcance al disponer que tal regla se aplicará “en principio”, lo cual habilitaría a que en ciertos casos los pliegos se aparten de ese temperamento.

En sintonía, también en esto, con el criterio que históricamente ha imperado, el reglamento comentado dispone que las concesiones de uso podrán ser revocadas en cualquier momento por la Administración por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, debiéndose indemnizar al concesionario solo el daño emergente, incluyendo en este concepto las inversiones no amortizadas. Se excluye expresamente la indemnización del lucro cesante[16].

Otra variante que viene cobrando cierto auge es la del derecho de superficie, que ha suscitado interés en particular a partir de su recepción entre las modalidades de derechos reales admisibles por parte del Código Civil y Comercial sancionado en el año 2014[17].

Como se sabe, lo característico de esta figura está dado por la separación entre la titularidad del inmueble y la propiedad de lo edificado sobre él[18]. Aun cuando la “propiedad” que ostenta el superficiario será siempre de carácter temporario, y revertirá al dueño del bien subyacente al momento de la extinción del derecho de superficie otorgado[19], es indudable que la posición del superficiario es más ventajosa (o, si se quiere, más sólida) que la que resulta de una mera concesión de uso.

En el Derecho urbanístico, este desdoblamiento entre propiedad sobre el bien y propiedad de lo construido sobre él ha dado origen a la técnica de la división de la propiedad pública en volúmenes o estratos, como una forma de mantener bajo el régimen del dominio público sólo un sector o plano del bien y permitir, simultáneamente, que otros espacios (por ejemplo, el subsuelo o el vuelo, aunque también a nivel del suelo) puedan quedar librados al régimen de propiedad privada, con vistas a su aprovechamiento para fines distintos[20]. La condición para que esto sea posible es que esos volúmenes o planos resulten separables y su segregación no vaya en desmedro del destino de uso público del bien del que forman parte[21].

Cabe recordar que el régimen civil fija como plazo máximo de los derechos de superficie un lapso de setenta años. Al momento del vencimiento del plazo legal o contractualmente fijado, lo construido sobre el bien pasará a manos del propietario[22]. El Código Civil y Comercial, sin embargo, establece que, al extinguirse el derecho de superficie, el dueño del suelo deberá indemnizar al superficiario, excepto pacto en contrario. El monto de la indemnización será el que hayan acordado las partes, y a falta de acuerdo se tomará en cuenta el valor de las mejoras incorporadas por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización[23]. Es interesante observar, sin embargo, que cuando el derecho de superficie se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional, los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo se mantienen vigentes hasta el vencimiento del plazo del derecho de superficie[24].

Durante los últimos años del macrismo se registran algunos casos de constitución de derechos de superficie sobre bienes estatales[25]. Es cierto que en todos los casos se trató de inmuebles que se encontraban abandonados, total o parcialmente, sin un destino específico (lo cual denota su pertenencia al dominio privado estatal, y su consiguiente sometimiento sustancial al Código Civil y Comercial). En dichos precedentes se ponderó la necesidad de incentivar la puesta en valor de los inmuebles en juego, a través de proyectos de desarrollo local impulsados con la cooperación del sector privado.

La anticresis comporta otra figura contractual de interés para generar sinergias entre el sector público y el privado con vistas al mejor aprovechamiento del patrimonio estatal. Según el Código Civil y Comercial, la anticresis es un derecho real de garantía que puede constituirse sobre cosas registrables, cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero designado por las partes, a quien se autoriza a percibir los frutos para imputarlos al pago de la deuda[26]. El plazo máximo autorizado por el Código en el caso de inmuebles es de diez años[27].

Como puede advertirse, se trata de un instrumento eminentemente orientado a facilitar la obtención de financiamiento, lo cual lo torna particularmente apto para promover la realización de las obras que resulte necesario acometer sobre bienes públicos, pues habilitará a ofrecer en garantía al financiador la explotación del bien, haciéndole entrega de su posesión a fin de que lo explote y se apropie de la utilidad obtenida (es decir, de los frutos civiles generados a partir de tal explotación).

Por último, el fideicomiso constituye, también, un instrumento jurídico valioso como posible cauce para el aprovechamiento de los bienes públicos en cooperación con el sector privado.

Existe, sin embargo, una discusión respecto de la posibilidad o no de que los bienes del dominio público formen parte de los activos subyacentes que integran un fideicomiso. La dificulta que se plantea consiste en dilucidar si la inalienabilidad del dominio público sería un obstáculo para incorporar ese tipo de bienes a un fideicomiso, en tanto se considere que tal incorporación configure un acto de disposición prohibido por la regla de la inalienabilidad[28].

Como es sabido, la propiedad fiduciaria consiste en una propiedad imperfecta: el fiduciante solo transmite el dominio fiduciario, que es temporal y circunscripto a los fines específicamente fijados en el acto de constitución del fideicomiso. Por ende, en tanto esos fines sean compatibles con el destino de uso público al que está consagrado el bien, y no se altere la premisa de que la titularidad del bien deberá continuar estando en cabeza del Estado al vencer el plazo del fideicomiso, no parecería haber razones para excluir esta alternativa, toda vez que –cabe reiterarlo- la afectación del bien al destino de uso público es la razón y el límite de su indisponibilidad.

5. **Relevancia de la caracterización del derecho del inversor privado como un "derecho real"**

El profundo cambio de enfoque que se ha venido analizando, tendiente a ampliar las posibilidades de aprovechamiento privado de bienes del dominio público, tiene también su correlato en el modo en que se califica la posición del particular al que se le otorga un derecho especial de aprovechamiento del bien público. Al influjo de esta corriente valorizadora, en efecto, ha cobrado mucha fuerza la idea de que el concesionario de uso de tales bienes es titular de un auténtico derecho real[29], al igual que quien goza de un derecho de superficie.

Es verdad que, en el caso de la concesión de uso, no sería uno de los derechos reales de los previstos en el Código Civil y Comercial de la Nación, sino lo que se conoce como un "derecho real administrativo", en razón de su origen público. Derecho real, no personal, oponible frente a cualquier tercero (*erga omnes*), también frente al propio Estado, y de allí su mayor solidez, e idealmente también su aptitud para ser registrado en el Registro Público de la Propiedad (cosa que hoy no está prevista en nuestro ordenamiento), como ocurre en otros países.

Pero ese derecho real es adjetivado como "administrativo", y de allí que, así como su fuente y origen está en un acto de la Administración que otorga la concesión, también es cierto que su vigencia queda expuesta al alcance del poder revocatorio de la misma Administración por razones de interés público, si bien con los límites y garantías que rodean el ejercicio de esa potestad revocatoria. Los pormenores de esta dinámica quedan relegados a lo que digan las normas de Derecho administrativo, en cada caso[30].

Pero lo importante es entender que la relevancia de esta calificación como "derecho real administrativo" de la posición que surge de la concesión o de los otros títulos que reconocen el derecho a usar de un bien público no se reduce al plano académico, sino que reviste al derecho del inversor de una mayor fortaleza[31] y, en particular, de una autonomía que hasta ahora no le era reconocida. Y esta mayor autonomía también es decisiva para dinamizar el tráfico jurídico en este ámbito.

Hay que advertir, en efecto, que gracias a esta entidad jerarquizada de la cual se dota a la posición del particular que adquiere un derecho de aprovechamiento privativo del bien público, mientras el derecho real de dominio (en el caso, “dominio público”) sobre ese bien mantiene su carácter inalienable, el derecho “real” de uso incorporado por el concesionario o por el superficiario podrá considerarse plenamente disponible, y logrará así ingresar al tráfico jurídico. Esto es fundamental, porque habilita a su titular a gravar y, eventualmente, a ceder su derecho de uso, siempre con las limitaciones que son propias de su condición de concesionario o de superficiario (o de cualquier otro derecho) sobre un bien de dominio público, entre ellas la de respetar la finalidad asignada al bien sobre el que se ejerce el derecho en cuestión[32].

La distinción y separación entre titularidad pública del bien y titularidad privada del derecho al uso o aprovechamiento especial de dicho bien no configura, desde luego, una separación absoluta, y menos aún definitiva. No debe perderse de vista que el derecho real administrativo bajo análisis configura un “derecho sobre cosa ajena”, de modo que aun cuando alcanza la autonomía señalada, no llega a producir un desmembramiento completo del bien sobre el cual recae. Aun así, se comprenderá la relevancia que tiene esta consideración del derecho en cuestión como un auténtico derecho real, porque brinda al inversor la posibilidad de obtener el financiamiento necesario para las obras que deba acometer, ofreciendo su derecho de uso o explotación del bien como garantía real a quien le brinde tal financiamiento[33].

6. **Aplicación de los derechos reales del Código Civil y Comercial al ámbito del dominio público**

La aplicación de las normas del Derecho privado a la actividad jurídico-pública que despliega la Administración es un tema recurrente en el Derecho administrativo, que ha dado lugar a muy interesantes elaboraciones doctrinarias dirigidas a precisar la modalidad (analógica, supletoria, directa) bajo la cual, según los casos, tal aplicación debe llevarse a cabo[34]. En el tema que nos ocupa, el problema se complejiza en razón de la expresa exclusión del comercio que la misma ley civil establece para los bienes públicos[35].

El *quid* de la cuestión estriba, en mi opinión, en dilucidar si la inalienabilidad de los bienes del dominio público excluye por completo la posibilidad de constituir sobre ellos alguno de los derechos reales taxativamente previstos en el artículo 1887 del Código Civil y Comercial. Tal interrogante es particularmente pertinente respecto del dominio –puntualmente, del fiduciario-, del derecho de superficie y de la anticresis.

Si se compartirse la idea de que ninguna de estas figuras conlleva la enajenación del bien, podría admitirse, sin mayor dificultad, su empleo sobre los bienes demaniales en tanto ello ocurra sin alterar la finalidad de uso público a la que primordialmente están consagrados esos bienes. En ese caso, la categorización del derecho como real no ofrecería ningún reparo valedero, a mi juicio.

Dado el indudable dinamismo que tales alternativas conferirían al patrimonio conformado por los bienes del dominio público merced a la posibilidad de transmitir, gravar e, incluso, registrar los derechos reales resultantes, parece altamente aconsejable que las normas administrativas recepten de modo expreso esas variantes, para despejar de ese modo toda duda sobre su procedencia y dar al inversor el necesario respaldo y seguridad jurídica[36].

En nuestro país algo se ha avanzado en esa dirección, pero es tal vez mucho todavía lo que queda por hacer.

En su día, el Régimen para la Promoción de la Participación Privada en el Desarrollo de Infraestructura, aprobado por el decreto 1299/2000 y ratificado por ley 25.414, contempló la posibilidad de autorizar la cesión del contrato al acreedor crediticio, ante el incumplimiento del desarrollador, sujeto siempre a la aprobación del ente estatal contratante, quien sólo podrá negarla alegando que el cesionario, o la persona a la cual éste encomiende el cumplimiento del contrato cedido, no reúnen las condiciones exigidas al efecto. El régimen también permite ceder el derecho al cobro de la contraprestación debida por el ente contratante[37].

Más cerca en el tiempo, la ley 27.328 incorporó a nuestro ordenamiento los contratos de participación público-privada, que admiten como uno de sus posibles objetos el desarrollo de infraestructuras. En ese marco legal se contempla, entre otras cosas, la posibilidad de constituir derechos de superficie[38]; la de gravar los derechos de explotación de bienes del dominio público o privado concedidos al contratista en orden a garantizar el repago del financiamiento necesario para desarrollar el proyecto[39]; la cesión en garantía los derechos de crédito emergentes del contrato[40]; o la cesión, incluso, del contrato mismo a un tercero que reúna similares requisitos que el cedente[41].

[1] Gaudemet, Yves, “El futuro del Derecho de las propiedades públicas”, en la *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 40, octubre-noviembre-diciembre 2000, pág. 11; Spitz, Pierre-Eric, “Les nouvelles méthodes de gestion des biens publics: l’exemple de Paris”, en *L’Actualité Juridique Droit Administratif* núm. 18/2007, pág. 954; y Sauvé, Jean-Marc, “La valorisation économique des propiétés des personnes publiques”, introducción al Coloquio organizado por el Consejo de Estado Francés el 6 de julio de 2011 en la Escuela Nacional de Administración, publicado en http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-valorisation-economique-des-proprietes-des-personnes-publiques.

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

[3] En este sentido, la propia doctrina extranjera que reflexiona sobre la necesidad de valorizar el patrimonio público, deja a salvo que esa cuestión no se circunscribe al terreno de los bienes del dominio público, sino que alcanza también a aquéllos de carácter patrimonial. Ver, al respecto, Fernández Acevedo, Rafael; “La problemática cuestión de la rentabilidad en la explotación de los bienes y derechos patrimoniales. Su regulación jurídica en la Ley del Patrimonio de las Administraciones públicas”, en *Revista de Administración pública* núm. 171, septiembre/diciembre 2006, págs. 79-137.

[4] Cfr. el artículo 8°, inciso 3, del citado decreto 1382/2012.

[5] Cfr. el artículo 4° de la Resolución N° 213/2018 de la AABE.

[6] Cfr. el artículo 11 del decreto 1030/2016 y los artículos 78 y 100 del reglamento aprobado por Resolución N° 213/2018 de la AABE.

[7] Cfr. el artículo 2° de la ley 22.423.

[8] Cfr. el artículo 19 del decreto 2670/2015.

[9] Cfr. los artículos 66 y siguientes de la Resolución N° 213/2018 de la AABE.

[10] Cfr. el artículo 237 del Código Civil y Comercial de la Nación.

[11] Gaudemet ha sintetizado magistralmente esta idea al expresar que "la noción de afectación es la medida de la demanialidad pública" (ver su trabajo titulado "El futuro del Derecho de las propiedades públicas", cit., pág. 19).

[12] Para una noticia más precisa del recorrido concreto transitado por las transformaciones aludidas en Francia, país pionero en esta materia, puede verse el trabajo de Barcelona Llop, Javier; "Novedades en el régimen jurídico del dominio público en Francia", en *Revista de Administración Pública* núm. 137, mayo-agosto 1995, págs. 560-572.

[13] Cfr. los artículos 26, 27, 29, 30 y 80 de la Resolución N° 213/2018 de la AABE.

[14] Cfr. el artículo 32 de la Resolución N° 213/2018 de la AABE.

[15] Me ocupé de analizar este tema en un trabajo anterior, al cual remito, titulado "La concesión de uso del dominio público", publicado en la obra colectiva *Tratado general de los contratos públicos*, dirigida por Juan Carlos Cassagne, Tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2013, pág. 640-649.

[16] Cfr. el artículo 41 de la Resolución N° 231/2018 de la AABE.

[17] Cfr. los artículos 2114 a 2128 del Código Civil y Comercial de la Nación.

[18] Cfr. el artículo 2114 del Código Civil y Comercial de la Nación.

[19] Cfr. los artículos 2117, 2120 y 2125 del Código Civil y Comercial de la Nación.

[20] Cfr. Fernández Scagliusi, M.A.; *El dominio público funcionalizado…*, cit., págs. 237-272.

[21] Un ejemplo clásico es el de la constitución de un derecho de superficie en el subsuelo de un parque público con vistas a la construcción de un estacionamiento subterráneo, pero los casos imaginables son infinitos.

[22] Cfr. los artículos 2117 y 2125 del Código Civil y Comercial de la Nación.

[23] Cfr. el artículo 2126 del Código Civil y Comercial de la Nación.

[24] Cfr. el artículo 2125 del Código Civil y Comercial de la Nación.

[25] Cfr. la Decisión Administrativa 24/2019.

[26] Cfr. el artículo 2212 del Código Civil y Comercial de la Nación.

[27] Cfr. el artículo 2214 del Código Civil y Comercial de la Nación.

[28] Ver, entre otros, Guiridlian Larosa, Javier; "Procedimiento administrativo y fideicomiso público", en AA.VV., *Procedimiento administrativo*, Tomo IV, La Ley, Buenos Aires, 2012, págs. 720-728.

[29] No se trata, por cierto, de una tesis novedosa. Ya Hauriou, en su día, postulaba que el derecho de explotación derivado de la concesión de uso de bienes del dominio público constituye un auténtico derecho real administrativo (cfr. Hauriou, Maurice; *La jurisprudence administrative de 1892 a 1929*, tomo III, Recueil Sirey, Paris, 1929, págs. 270-281). Pero sí es cierto que en los últimos años esta convicción se ha revitalizado, al tomarse conciencia de su enorme utilidad práctica.

[30] Para una reseña de los orígenes de la teoría de los derechos reales administrativos, recomiendo la lectura del excelente trabajo de Gabriel de Reina Tartiére, "La teoría de los derechos reales administrativos: vigencia y aplicación en el Derecho Argentino", en *El Derecho (Administrativo)*, 2006, en particular las págs. 731-735. También se encontrará una clara y completa exposición del tema en Pimiento Echeverri, Julián Andrés; *Derecho administrativo de bienes (Los bienes públicos: historia, clasificación, régimen jurídico)* , Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, págs. 671-689.

Sin perjuicio de las referencias bibliográficas apuntadas, sobre la categoría bajo examen resulta de cita obligada la clásica obra de Jesús González Pérez, *Los derechos reales administrativos* , Civitas, Madrid, 1984.

[31] En el mismo sentido, Fanelli Evans, Guillermo E., "La necesidad de recrear confianza y los derechos reales administrativos", en *LL* 2003-C, págs. 1263-1271; y de Reina Tartiére , Gabriel, "La teoría de los derechos reales administrativos: vigencia y aplicación en el Derecho argentino", en *EDA* 2006, pág. 725.

[32] Fernández Acevedo, Rafael; *Las concesiones administrativas de dominio público*, Thomson Civitas, Navarra, 2007, págs. 320-321.

[33] Remito, para un análisis más detenido de la cuestión, a mi libro *Lo público y lo privado en el Derecho de las infraestructuras*, Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires, 2018, págs. 66-68.

[34] Ver, por todos, Cassagne, Juan Carlos, "La aplicación de las normas del Código Civil y Comercial al derecho administrativo y otras cuestiones interpretativas (con referencia a la responsabilidad del Estado)", en *El Derecho (administrativo)*, edición del 26 de abril de 2016, pág. 1.

[35] Cfr. el artículo 237 del Código Civil y Comercial de la Nación, ya citado.

[36] En el mismo sentido, Mairal, Héctor; "Nuevas ideas en materia de dominio público", en AA.VV., *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral los días 19, 20 y 21 de mayo de 2004, RAP, Buenos Aires, 2005, págs. 110-111.

[37] Cfr. el artículo 28 del decreto 1299/2001.

[38] Cfr. el artículo 9°, inciso g), de la ley 27.328.

[39] Cfr. el artículo 19 de la ley 27.328.

[40] Cfr. el artículo 9°, inciso q), de la ley 27.328. La cesión, total o parcial, del contrato a un tercero a la que alude la norma mencionada sólo resultará posible a partir del momento en que haya transcurrido el veinte por ciento de su plazo de vigencia, o de que se haya concretado al menos ese porcentaje de la inversión comprometida.

[41] Cfr. el artículo 9°, inciso t), de la ley 27.328.