

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención en Derecho Administrativo

Desafectación a través de una transferencia de dominio a título gratuito de un bien del Estado por actos o hechos administrativos

José Santiago Espín Moscoso

Tutora: Eddy María de la Guerra

Quito, 2019



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, José Santiago Espín Moscoso, autor de la tesis intitulada “Desafectación a través de una transferencia de dominio a título gratuito de un bien del Estado por actos o hechos administrativos”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Administrativo en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: enero de 2019

Firma:

Resumen

Con este estudio se ha pretendido brindar un acercamiento a la administración de bienes en el sector público. El desarrollo del presente trabajo parte del hecho de que los bienes del Estado pertenecen a toda la población, por ende, el Estado es un administrador de los mismos, y estos bienes deben gozar de un régimen que propenda a su protección.

En este sentido, se colige que existen bienes del Estado que tienen un régimen jurídico especial, denominados bienes de dominio público, los cuales para ingresar a dicho régimen deben ser previamente afectados por el Estado. Los bienes de dominio público gozarán de elementos, requisitos, características y clasificaciones propias, considerando la naturaleza del régimen jurídico que regula a estos bienes.

Así mismo, se establece que existen bienes de dominio privado que, si bien el Estado puede ser propietario de los mismos, sin embargo, estos tendrán un régimen jurídico con características semejantes a los bienes que posee cualquier persona privada.

De igual manera, existen mecanismos por los cuales el Estado tiene la potestad y competencia para transferir los bienes de dominio público a particulares, inclusive de forma gratuita, perdiendo así esos bienes todas sus características del régimen jurídico especial, pasando a ser propiedad de cualquier persona privada.

Por ende, para que un bien de dominio público pueda ser transferido, por cualquier título, a un particular, el Estado debe ejecutar previamente la desafectación de dicho bien, proceso que podrá ser realizado únicamente por el Estado mediante actos y hechos administrativos.

La desafectación de un bien implicará que el Estado, a través de sus representantes, exprese su voluntad de que un bien determinado salga del régimen jurídico de los bienes de dominio público, para que ingrese en el régimen de dominio privado propio del Estado, o para que ingrese en el dominio privado de cualquier administrado.

En una transferencia de dominio de un bien a un particular, necesariamente se deberá considerar tanto el título y modo de adquirir el dominio de dicho bien por parte del particular. Si el Estado pretende desafectar un bien a título gratuito, deberá cumplir con los requisitos legales establecidos para el efecto, así como sobrellevar las limitaciones que dicho proceso involucre.

Tabla de contenidos

Introducción.....	9
Capítulo uno. Estudio de la naturaleza de la desafectación de bienes del Estado.....	11
1. Bienes del Estado	11
1.1. Bienes de dominio público	12
1.1.1. Elementos del dominio público	16
1.1.2. Clasificación de los bienes de dominio público	18
1.1.3. Requisitos de la afectación	24
1.1.4. Características del dominio público.....	29
1.2. Bienes de dominio privado	30
2. Características de la desafectación.....	32
3. Formas de desafectación	34
3.1. Desafectación formal	35
3.2. Desafectación por hechos	39
3.3. Desafectación tácita	40
4. Requisitos de la desafectación	43
Capítulo dos. Análisis de actos y hechos administrativos a través de los cuales se desafectan bienes del Estado a título gratuito.....	49
1. Potestades y competencias de las Autoridades Administrativas en procesos de desafectación de bienes del Estado	50
2. Bienes del Estado que pueden ser desafectados a título gratuito.....	61
2.1. Títulos y modos de adquirir el dominio de bienes desafectados	64
2.1.1. Ocupación	66
2.1.2. Accesión	67
2.1.3. Prescripción	72
2.1.4. Sucesión por causa de muerte.....	76
2.1.5. Tradición.....	77

Conclusiones.....	89
Bibliografía.....	91
Documentos doctrinarios	91
Documentos normativos	92
Anexos.....	95
Anexo 1	95

Introducción

Todas las personas requerimos bienes para poder satisfacer nuestras necesidades elementales. El caso del Estado no es distinto, ya que también es una persona, pero es una persona jurídica, que representa al pueblo, por tanto, debe satisfacer necesidades de la población a través de diferentes clases de bienes.

Ahora bien, el mismo hecho de que el Estado tenga que satisfacer necesidades, que propiamente no son suyas, sino de la población que representa, conlleva a que la adquisición, administración y enajenación de sus bienes tengan un régimen jurídico distinto al que tenemos las personas privadas.

En el desarrollo del capítulo uno se va a analizar los dos regímenes que ostentan los bienes del Estado, los de dominio público y de dominio privado. En este sentido, se desarrollará la naturaleza que tiene los bienes de dominio público, y su relación con el proceso de afectación. De igual manera, se analizarán los elementos indispensables del dominio público, así como las diferentes clasificaciones y características que se pueden presentar, considerando el régimen especial al cual se encuentran sometidos los bienes de dominio público.

Posteriormente se examinará el cambio de régimen de un bien de dominio público a uno de dominio privado mediante un proceso de desafectación, analizando las diferentes formas en que puede producirse.

Mientras que a partir del capítulo dos se determinarán las potestades y competencias que tiene el Estado sobre la administración de sus bienes, para que en uso de ellas pueda afectar y desafectar bienes de dominio público.

Finalmente, una vez que se hayan determinado competencias y potestades, se estudiarán los títulos y modos de adquirir el dominio a través de los cuales una persona privada adquiere bienes provenientes de la desafectación realizada por el Estado. Con ello se pretende determinar los requisitos y la legalidad de actos o hechos administrativos a través de los cuales el Estado pueda realizar transferencias gratuitas de dominio a personas particulares.

El análisis de los aspectos señalados tendrá principalmente un componente doctrinario, desarrollando lo que establece la teoría acerca del ingreso y salida de bienes en el dominio público del Estado, y verificando como aquella doctrina se podría aplicar

en la realidad administrativa de las instituciones públicas, considerando que las mismas están regidas por normas y principios de derecho administrativo.

Capítulo uno

Estudio de la naturaleza de la desafectación de bienes del Estado

El Estado tiene la capacidad de adquirir bienes, con el fin de que los mismos sean usados por toda la colectividad de personas que lo conforman. En este mismo sentido, al estar los bienes del Estado a disposición de toda la ciudadanía, mediante su uso público, dichos bienes deben estar sometidos a un régimen jurídico especial que proteja la disposición arbitraria de los mismos. El acceso de un bien a este régimen jurídico justamente estará determinado por el uso público que un bien ostente. Cuando el Estado considere que un determinado bien deba salir de este régimen jurídico, se producirá un fenómeno en el derecho administrativo en el cual el bien estatal pasará a manos privadas, cambiando así de régimen, sometiéndose aquel común para todos los bienes privados.

1. Bienes del Estado

El Estado, para ejecutar sus distintas actividades se conforma de organismos y entidades, las mismas que constituyen el sector público.¹ Así, el Estado a través de los órganos que componen el sector público, para la consecución de sus fines tiene la capacidad de adquirir toda clase de bienes. El primer inciso del artículo 31 del Reglamento General para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes e Inventarios del Sector Público,² emitido por la Contraloría General del Estado determina que la adquisición de bienes por parte de todas las entidades del Estado, se lo realizará

¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 225 y 315. El artículo 225 de la Constitución detalla cuales son las entidades que conforman el sector público. “El sector público comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones ejecutiva, legislativa, judicial, electoral y de transparencia y control social. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.” De igual manera el 1.º inc. del art. 315 de la carta magna determina que las empresas públicas también forman parte del sector público. “El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.”

² Ecuador Contraloría General del Estado, *Acuerdo 041-CG-2017*, Registro Oficial 150, Suplemento, 29 de diciembre de 2017, art. 31. “Artículo. 31.- Proceso.- La adquisición o arrendamiento de bienes de todas las entidades y organismos señalados en el artículo 1 del presente reglamento, se realizará sobre la base de las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su reglamento general y demás disposiciones legales de la materia; sin perjuicio de lo anterior, se podrá adquirir bienes mediante donación o herencia de conformidad a las disposiciones del Código Civil o por otros medios que señalen las leyes y el presente reglamento.”

atendiendo la disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública³ y su reglamento general,⁴ entendiéndose que la adquisición realizada por el Estado es a título oneroso por tanto se sometió a un proceso de contratación pública normado en la ley en mención; o también podrá adquirir bienes el Estado a título gratuito de conformidad a las disposiciones establecidas en el Código Civil,⁵ o mediante otras normas que regulen el proceso de adquisición de bienes. Por lo tanto, los bienes del Estado son aquellos adquiridos a cualquier título, cuya propiedad es ostentada por el Estado.

Por ende, el Estado como toda persona puede adquirir bienes de cualquier clase, y ser propietario de los mismos. Sin embargo la propiedad que el Estado ejerce sobre sus bienes tiene dos clases de regímenes jurídicos, la propiedad del Estado sobre sus bienes puede ser de dominio público o de dominio privado,⁶ “[l]a clave para ubicar los bienes del Estado en una u otra categoría son la afectación y desafectación”.⁷

Los bienes que serán usados por todos los ciudadanos, son los denominados de dominio público, y la característica principal de los mismos es que deben estar afectados al Estado, consecuentemente se integran al dominio público, gozando de protección, lo cual será explicado más adelante en el desarrollo del presente trabajo. Mientras que los bienes que son del Estado, pero cuyo uso no es público, son los denominados de dominio privado, bienes en los cuales no existe afectación, y por ende su regulación está regida por normas que determinan relaciones entre privados, sin que gocen de mayores privilegios o protecciones.

1.1. Bienes de dominio público

Son bienes aquellas cosas “[s]usceptibles de apropiación y todo derecho que forme parte de un patrimonio”.⁸ Similar acepción la comparte nuestro Código Civil⁹ señalando dicho cuerpo normativo que existen clases de bienes, los cuales consisten en

³ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, Suplemento, 4 de agosto de 2008.

⁴ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1700*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009.

⁵ Ecuador, *Código Civil Codificación 2005-010*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.

⁶ Luciano Parejo Alfonso, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 7.^a ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014), 958.

⁷ Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia” en *Juicio 280-2001*, 27 de mayo de 2002.

⁸ Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Universitario*, 2.^a ed. (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2004), 1:120.

⁹ Ecuador, *Código Civil Codificación 2005-010*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 583.

cosas reales que pueden ser percibidas por los sentidos, o meros derechos. De lo mencionado se colige que el término bienes no se restringe a una determinada clase de cosas, por el contrario, el mismo abarca todas las cosas que pueden ser adquiridas dentro del marco jurídico, ya sean bienes muebles, inmuebles, semovientes, derechos reales, derechos personales, etc.

Los bienes de dominio público son aquellos bienes que son de propiedad del Estado, y cuyo destino o afectación es una finalidad pública, un uso público, un servicio público, o el fomento de la riqueza nacional.¹⁰ Por lo tanto, los bienes de dominio público son cosas de uso general, de uso de todos, que están al servicio de todas las personas. Justamente por esta particularidad de que los mencionados bienes están destinados al uso o servicio público, siempre tendrán un propio régimen, con características específicas, que deben estar determinadas en el ordenamiento jurídico.

Si bien se ha mencionado que los bienes de dominio público son de propiedad del Estado, sin embargo, cabe la reflexión si el titular de dichos bienes es el pueblo o el Estado.

Se puede afirmar con certeza que “[u]n sector de la doctrina sostiene que el sujeto del dominio público es el Estado, al que le atribuyen sobre este conjunto de bienes, ya sea un derecho de propiedad idéntico al de derecho privado”.¹¹ Esto quiere decir que puede haber la idea de que la simple existencia del Estado conlleve a que el mismo sea titular de los bienes de dominio público, y por ende use, goce y disponga de los ellos como mejor le convenga.

Así mismo se puede tener la idea de que el pueblo es el titular de los bienes de dominio público, negándose la titularidad del Estado sobre los bienes, reconociéndole a dicha entidad únicamente un derecho de custodia.¹²

Ambas posiciones tienen falencias en su argumentación. El Estado por sí mismo no puede existir sin el pueblo como uno de sus elementos esenciales, por ende, el Estado de forma solitaria no puede usar, gozar y disponer de los bienes de dominio público como en un régimen de bienes de personas particulares. Los bienes de dominio público, como ya se ha mencionado y se desarrollará en el presente documento, tienen un régimen especial con caracteres y elementos propios que lo diferencian del régimen que rige a los

¹⁰ Ramón Parada, *Derecho Administrativo III, Bienes Públicos, Derecho Urbanístico*, 12.^a ed. (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010), 42.

¹¹ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t.V, 2.^a ed. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988), 59-60.

¹² *Ibíd.*, 64.

bienes de personas particulares. De igual manera, considerar al Estado únicamente como un custodio de los bienes de dominio público no es adecuado, ya que la representación del pueblo se la realiza a través del Estado y los órganos que lo componen, por tanto, el Estado en representación del pueblo toma decisiones en la administración de los bienes de dominio público. Lo manifestado se reafirma con el hecho de que los órganos que pertenecen al sector público son responsables de la administración, utilización, manejo y control de los bienes de dominio público.¹³

La Constitución de la República del Ecuador determina que la voluntad del pueblo se ejerce a través de los órganos del poder público.¹⁴ Dicho cuerpo normativo también reconoce el derecho a la propiedad de forma pública.¹⁵ De conformidad con las argumentaciones expuestas, se puede colegir que la titularidad de los bienes de dominio público la ostenta el pueblo, sin embargo, es indispensable que sea representado por el Estado. A través de mecanismos de democracia directa, el pueblo debe elegir a las autoridades que encabezarán los órganos del Estado, produciéndose así la representación que el pueblo requiere. En este sentido, si bien el pueblo es el titular de los bienes de dominio público, es el Estado el ente responsable por la administración de los bienes, sin que exista la necesidad imperiosa de que el pueblo sea consultado por cada decisión que el Estado tome respecto de la administración de los bienes públicos. A mi criterio, el titular de los bienes de dominio público es el pueblo, y de ahí radica el régimen específico al cual se encuentra sometidos. A lo largo del presente trabajo me referiré a los mismos como bienes del Estado, en virtud de que es más sencillo relacionar dichos bienes con la entidad que los administra y toma decisiones sobre ellos, que estar recordando continuamente que el titular en este contexto es el pueblo.

Se debe enfatizar en que la afectación de un bien implica la vinculación de este a un uso o servicio público, integrándolo al dominio público, y buscando como finalidad que el bien pueda prestar un servicio más adecuado a los intereses generales. Así, afectar un bien conlleva a que el Estado tenga la voluntad de incorporar al mismo a un régimen de dominio público. Sin afectación, el bien no puede pertenecer al dominio público.

¹³ Ecuador Contraloría General del Estado, *Acuerdo 041-CG-2017*, Registro Oficial 150, Suplemento, 29 de diciembre de 2017, art. 1.

¹⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 1, 2.º inc. “La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”.

¹⁵ *Ibíd.*, art. 321. “El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental”.

A pesar de que tanto la afectación de un bien a un servicio público, como a un uso público, tiene la misma finalidad que es responder a los intereses generales del pueblo, hay que establecer la diferenciación entre ellos. Un servicio público “es una actividad regular, continua, permanente y reglamentada para satisfacer necesidades generales”.¹⁶ Es así que el Estado tiene la obligación de satisfacer las necesidades generales de la población, para lo cual tiene la capacidad de afectar aquel bien o conjunto de bienes que cumplan con dicho objetivo. De manera excepcional el Estado podrá delegar que las actividades que satisfagan dichas necesidades sean ejecutadas por iniciativa privada.¹⁷

En lo que respecta a los bienes afectados por uso público, se debe realizar una diferenciación ya que se distinguen dos tipos de utilización:

a) Uso común: “[E]s ejercido por las personas en su condición de tales y sin determinación de sujeto específico, pues, no está destinado a usuario determinado sino del colectivo general, con la sola observancia de normas reglamentarias dictadas por la autoridad competente”.¹⁸ Este uso tiene que ser libre, gratuito, impersonal e ilimitado.¹⁹ Esto quiere decir que el Estado puede afectar bienes al dominio público cuya utilización será libre por toda la población, cuya única limitación será el cumplimiento de la normativa pertinente respecto del uso de bienes públicos.

b) Uso especial:

El usuario reserva para sí una fracción exclusiva del dominio público en virtud de la facultad que le ha sido conferida, previo el cumplimiento de formalidades, de acuerdo con el respectivo ordenamiento jurídico; en este caso, el uso que otorga una facultad específica es privativo y se efectúa mediante un permiso de uso o autorización, o, por concesión de uso.²⁰

Esto quiere decir que el Estado si bien puede afectar un bien para el uso público de la población, también tiene la capacidad de que el uso de determinado bien de dominio público sea otorgado de forma exclusiva a un privado, siempre que dicha utilización sea satisfactoria y en favor de los intereses de la colectividad.

¹⁶ Herman Jaramillo Ordóñez, *Manual de Derecho Administrativo*, 5.^a ed. (Loja: Universidad Nacional de Loja, 2005), 186.

¹⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 316.

¹⁸ Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Contencioso Administrativo, “Sentencia” en *Juicio 116-2003*, 19 de septiembre de 2006.

¹⁹ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, 5.^a ed. (Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996).

²⁰ Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Contencioso Administrativo, “Sentencia” en *Juicio 116-2003*, 19 de septiembre de 2006.

El Estado para prestar servicios públicos a través de bienes afectados, o para que los bienes sean de uso público, tiene la capacidad de realizar obras públicas. “[N]o hay obras públicas cuya existencia física sea extraña a la mano del hombre”.²¹ Así las obras públicas se constituyen en medios ya sea para prestar un servicio público, o para que un bien sea usado por la colectividad. No existen obras públicas naturales, siempre realizar las mismas conllevan a la gestión por parte del Estado o a través de una concesión. Toda obra pública genera la creación de bienes de dominio público.

La expresión “dominio público”, en textos jurídicos puede ser referida mediante diferentes locuciones como por ejemplo “bienes dominicales”, “bienes dominiales”, “bienes o cosas públicas”. “[T]odos estos términos hacen referencia a un mismo concepto: dominio público. Cuando se habla de ‘dominicalidad’ o de ‘dominialidad’ se entiende referir pues al ‘dominio público’, o a los bienes públicos, que son los que integran el dominio público”.²² De igual manera, se asimilará las expresiones “demanio”, “demanialidad”, “demanial”, “demaniales”, a la locución dominio público. Según Miguel Marienhoff, rechaza dichas expresiones equivalentes o sinónimas a dominio público, al considerarlas una forma indebida de uso de término italianos.²³ Con el fin de no generar confusiones en el presente documento, se procurará usar la expresión “bienes de dominio público” para referirse de forma general aquellas cosas que son de propiedad del Estado y que se encuentran afectados a dicho Estado.

1.1.1. Elementos del dominio público

Según el tratadista Roberto Dromi, en su obra “Derecho administrativo”,²⁴ los bienes de dominio público tienen cuatro elementos para ser considerados como tales:

a) Elemento subjetivo: Los bienes de dominio público no son bienes que no tengan un titular, por el contrario estos bienes siempre tienen un propietario, que es la población representada por el Estado. Los entes que conforman el Estado se encuentran determinados en el artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador.²⁵ Por lo tanto, un bien de dominio público siempre tendrá como titular a uno de los organismos que conforman el sector público y que representan a la población. Además, es

²¹ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t.V, 37.

²² *Ibíd.*, 32.

²³ *Ibíd.*, 33.

²⁴ Dromi, *Derecho Administrativo*.

²⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 225.

indispensable que para que un bien sea de dominio público, el mismo debe estar afectado por el Estado. “[L]a afectación es el hecho o la manifestación de voluntad del poder público, en cuya virtud la cosa queda incorporada al uso y goce de la comunidad”.²⁶ Solo después de la afectación de un bien, este queda incorporado al dominio público, sometándose así a las normas de derecho público que lo regulen.

b) Elemento objetivo: Este elemento determina las cosas que pueden conformar los bienes de dominio público. El Estado, como cualquier persona privada o particular, puede adquirir toda clase de bienes que no estén expresamente prohibidos por la ley. El Estado puede ser propietario, asimilándose a una persona privada, de cualquier bien que considere necesario para la consecución de sus fines, sin embargo dicho bien estará sometido un régimen jurídico específico.

c) Elemento finalista: La inclusión y afectación de un bien al dominio público debe responder a que el mismo cumpla con una finalidad pública, o bien sea de uso público, preste un servicio público, o su finalidad sea el fomento de la riqueza del Estado.

d) Elemento normativo: Los bienes de dominio público van a estar sometidos a un régimen de derecho público y se van a regir bajo el principio de legalidad,²⁷ por ende la norma legal es la que va a dar ese carácter de dominio público a un bien. “[L]a determinación de lo que ha de entenderse por dominio público depende de cada ordenamiento jurídico en particular”.²⁸ En este sentido se determina que no hay bienes públicos por naturaleza, es el Estado quien establece que bien es o no de dominio público.²⁹

De esta manera se determina que para que un bien sea considerado como de dominio público, se debe establecer quién es el titular del bien (elemento subjetivo), cual es el bien que se forma parte del dominio público (elemento objetivo), cual es el fin que cumplirá dicho bien (elemento finalista), y cuáles son las normas que regulan ese bien y que lo incorporan al régimen jurídico del dominio público. Los elementos descritos son de suma importancia, ya que solo la conjunción de los mismos determina que un bien sea

²⁶ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t.V, 176.

²⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 226. En la legislación del Ecuador, el principio de legalidad se encuentra establecido en el art. 226 de la Constitución de la República del Ecuador: “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”

²⁸ Dromi, *Derecho Administrativo*, 546.

²⁹ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t.V, 130.

considerado como de dominio público. Si un bien no reúne alguno de los elementos descritos, este no puede ser considerado de dominio público.

1.1.2. Clasificación de los bienes de dominio público

En virtud de que hemos examinado los elementos que deben tener los bienes de dominio público para ostentar tal calidad, a continuación determinaremos criterios para clasificar a los bienes de dominio público.

Como se ha señalado en elemento objetivo del dominio público, el Estado puede adquirir cualquier clase de bien que no se encuentre prohibido por la ley. En este sentido, es necesario analizar la normativa pertinente que regula de manera general los bienes que podemos adquirir todas las personas. En tal virtud, nos vamos a remitir a la clasificación general que realiza el Código Civil³⁰ respecto de los bienes. De esta manera, el primer criterio es que los bienes de dominio público se clasifiquen en bienes corporales e incorporales.

a) Bienes corporales: Son aquellos que pueden ser percibidos por los sentidos. El Código Civil ejemplifica a los mismos señalando que los bienes corporales son los muebles, inmuebles, semovientes, productos de los inmuebles, accesorios a los inmuebles, fungibles, no fungibles. Es así que el Estado podrá adquirir edificaciones, lotes de terreno, vehículos, materiales de construcción, materiales de oficina, animales, etc. Siempre que el bien pueda ser apercibido por los sentidos, es susceptible de apropiación por parte del Estado.

b) Bienes incorporales: Son aquellos bienes que son meros derechos. Así mismo, el Código Civil los ejemplifica señalando que estos se encuentran constituidos por los derechos de herencia, servidumbres, prenda, hipoteca, objetos inmateriales.

La presente clasificación tiene relevancia ya que ni el Estado ni ninguna persona puede adquirir bienes que se encuentren fuera de ella.

Según el tratadista Luciano Parejo Alfonso, en su obra “Lecciones de Derecho Administrativo”,³¹ los bienes de dominio público se clasifican según dos criterios: según la forma de la afectación y según el destino que comporte la afectación

³⁰ Ecuador, *Código Civil Codificación 2005-010*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 583.

³¹ Parejo Alfonso, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 984.

En este sentido, el segundo criterio para la clasificación de los bienes de dominio público según la forma de afectación, es que los bienes se clasifiquen en: dominio público natural y dominio público artificial.

a) Dominio público natural: Son aquellos bienes “[d]eclarados públicos tomándoselos en el estado en que la naturaleza los presenta”.³² En este sentido podemos señalar que son bienes de dominio público natural el mar, las playas, los nevados perpetuos, conforme lo determina el Código Civil; así mismo lo son los ríos, lagos y cauces naturales, las plataformas o zócalos submarinos, continental e insular, adyacentes a las costas ecuatorianas, minas, yacimientos, el mar adyacente, el espectro radio eléctrico, etc.³³ Esta clase de bienes, por su naturaleza, son afectados directamente por la ley³⁴, por ende la sola presencia del bien implica que el Estado es titular del mismo.³⁵ De lo señalado se desprende que esta categoría de bienes provienen de los recursos otorgados por la naturaleza, y serán afectados por la norma que determine que dicho bien forma parte del dominio público. Si en la enumeración que realiza la legislación que regula los bienes que provienen de recursos naturales, no se señala que determinado bien es de dominio público, no existe afectación y por tanto no pertenece a este régimen jurídico.

b) Dominio público artificial: Son aquellos bienes “[c]uya creación dependen de un hecho humano”.³⁶ Son bienes de dominio público artificial las calles, plazas, puentes, caminos,³⁷ edificios del gobierno, parques, etc. Se evidencia así que los bienes de dominio público artificial son bienes creados por la mano del hombre. En este sentido los de dominio público artificial requieren un pronunciamiento por parte del Estado³⁸ para ser afectados, ya que no están enumerados como los de dominio público natural. Es así que en el proceso de creación de un bien de dominio público artificial es indispensable que exista actividad por parte del Estado. “[E]sta actividad es justamente la técnica de la afectación del bien a un uso o a un servicio público y puede resultar formalmente de un

³²Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t.V, 140.

³³Ecuador, *Código Civil Codificación 2005-010*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, arts. 604, 607, 609, 611, 616.

³⁴Parejo Alfonso, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 984.

³⁵ Colombia Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, “Sentencia T-150/95”, en *Expediente T-54186*, 4 de abril de 1995, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-150-95.htm>.

³⁶Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t.V, 140.

³⁷Ecuador, *Código Civil Codificación 2005-010*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 604.

³⁸Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia” en *Juicio 79-2004*, 3 de marzo de 2006.

acto administrativo o, incluso de una situación de hecho, si así lo dispone la norma”.³⁹ Por lo tanto, en esta clasificación de bienes, la afectación puede ser expresa, mediante un acto administrativo que determine el uso o servicio público que realizará un bien determinado, o puede ser implícita mediante actos o hechos de la administración pública, que puede conllevar a un uso público de un bien, o a satisfacer un servicio público con el mismo, sin embargo el acto o hecho no declara expresamente la afectación del bien en mención.

Siguiendo la misma doctrina de Luciano Parejo Alfonso, en su obra “Lecciones de Derecho Administrativo”,⁴⁰ el tercer criterio desarrollado es que los bienes se clasifiquen según el destino que comporte la afectación en: bienes de uso público, bienes de servicio público, y bienes afectados al fomento de la riqueza nacional.

a) Bienes de uso público: Son aquellos bienes que se encuentran a disposición de todos los ciudadanos, para su utilización en común.⁴¹ El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que es la norma que regula a los gobiernos autónomos descentralizados⁴² que forman parte de la administración pública, caracteriza a esta clase de bienes como aquellos cuya utilización es de forma directa, general y gratuita, o podrán también ser materia de utilización exclusiva y temporal mediante el pago de una regalía. Ejemplos de estos bienes son las calles, avenidas, puentes, pasajes, vías de comunicación y circulación, plazas, parques, espacios destinados a la recreación u ornato público y promoción turística, aceras que formen parte integrante de las calles, quebradas con sus taludes y franjas de protección, esteros, los ríos con sus lechos.⁴³

b) Bienes de servicio público: Son los bienes directamente afectados al desarrollo del servicio de que se trate.⁴⁴ Como se ha señalado anteriormente, el Estado adquiere bienes para satisfacer sus fines. Entre dichos fines existen ciertas necesidades básicas de la comunidad, que la administración pública está en la obligación de satisfacerlas, y cuya potestad es de su exclusividad. Esto quiere decir que los bienes en mención son aquellos

³⁹ Parada, *Derecho Administrativo III Bienes Públicos Derecho Urbanístico*, 55.

⁴⁰ Parejo Alfonso, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 984.

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 238. De conformidad con el art. 238 los gobiernos autónomos descentralizados se constituyen de juntas parroquiales rurales, concejos municipales, concejos metropolitanos, concejos provinciales y concejos regionales.

⁴³ Ecuador, *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*, Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de mayo de 2010, art. 417.

⁴⁴ Parejo Alfonso, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 985.

a través de los cuales el Estado satisface las necesidades básicas de la comunidad, son bienes con los cuales se presta un servicio público.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, considera que estos bienes son aquellos que se han adquirido o construido para la provisión de un servicio público de competencia del gobierno autónomo descentralizado respectivo, como por ejemplo los edificios destinados a la administración de los gobiernos autónomos descentralizados o a empresas públicas creadas y administradas por dichos gobiernos, bibliotecas, museos y demás funciones de carácter cultural, edificios destinados a hospitales y demás organismos de salud y asistencia social, obras de infraestructura realizadas bajo el suelo tales como canaletas, ductos subterráneos, sistemas de alcantarillado entre otros, o cualquier bien que sea usado para un servicio público.⁴⁵ Es decir, son bienes que lo que buscan es satisfacer las necesidades fundamentales de la población, a través de la provisión de servicios básicos a la ciudadanía, creando para aquello infraestructura a favor de la colectividad.

c) Bienes afectados al fomento de la riqueza nacional: Son los bienes que propenden a que el Estado incremente su patrimonio. En realidad todos los bienes de dominio público tiene la calidad de incrementar el patrimonio del Estado, sin embargo existen algunos bienes que por su naturaleza podrán constituirse en una fuente de ingresos económicos importante para el Estado. De esta manera se establece por ejemplo que tanto las minas como los hidrocarburos son bienes de dominio público. Sin embargo, estos serán parte del dominio público únicamente mientras no hayan sido concesionados o su explotación no haya sido autorizada por el Estado.⁴⁶ Esto quiere decir que las minas y los hidrocarburos pertenecerán al dominio público mientras no hayan sido explotados y se encuentren debajo del suelo. Se colige que esta clasificación se ha desarrollado con el fin de proteger tanto minas como hidrocarburos mientras no sean explotados y que no sean susceptibles de apropiación. El momento en que los mismos se explotan a través de una concesión o autorización administrativa, es evidente que no están afectados a un uso público ni a un servicio público.⁴⁷

⁴⁵ Ecuador, *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*, Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de mayo de 2010, art. 418.

⁴⁶ Parada, *Derecho Administrativo III Bienes Públicos Derecho Urbanístico*, 47.

⁴⁷ *Ibíd.*, 48.

En el caso del Ecuador, se determina que son de propiedad del Estado los recursos no renovables, en los cuales se incluye a los yacimientos de minas e hidrocarburos.⁴⁸ De conformidad con la clasificación expuesta, dichos bienes pertenecerán al dominio público del Estado ecuatoriano, antes de que sean concesionados o explotados.

Las nociones expuestas nos dan un acercamiento de los bienes que pueden ser abarcados por el dominio público, pero dichas clasificaciones también pueden ser criticables ya que se excluyen de las mismas ciertos bienes de dominio público. En este sentido, me parece importante hacer una aportación al presente trabajo, realizando una clasificación propia de los bienes de dominio público, en las que referenciaré a los bienes de las clasificaciones antes mencionadas, procurando abarcar a todos los bienes que son parte del dominio público, y que no fueron mencionados anteriormente. Es así que los bienes de dominio público por su origen comercial pueden clasificarse en bienes que se encuentran dentro del comercio, y bienes fuera del comercio.

El criterio que se ha usado para esta clasificación es que el régimen jurídico especial que se otorga aquellos bienes que son de dominio público, según el análisis realizado permite que el Estado afecte bienes que se encuentran dentro del comercio, y que inclusive pueden ser objeto de negociación entre privados. Sin embargo, el Estado también puede afectar bienes que se encuentran fuera del comercio, como lo explicaré a continuación.

a) Bienes fuera del comercio: Esta clase de bienes se definen como aquellos cuya enajenación entre privados se encuentra prohibida por las normas legales.

Un claro ejemplo de lo manifestado son los bienes de dominio público natural antes descritos, el mar, la playa, los nevados, los ríos, los lagos, son bienes que la naturaleza los ha hecho comunes a todos los hombres, y en tal virtud su propiedad no puede pasar a manos de privados.⁴⁹

En esta categoría también se van a incluir algunos bienes de dominio público artificial, y que al mismo tiempo son bienes de uso público no susceptibles de una negociación entre privados, como por ejemplo las plazas, parques, calles.⁵⁰

En las anteriores categorías no se ha hecho referencia respecto de los bienes arqueológicos que sean descubiertos, los cuales son afectados al Estado, y no pueden ser

⁴⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 408.

⁴⁹ Ecuador, *Código Civil Codificación 2005-010*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 602

⁵⁰ *Ibíd.*, art. 604

transferidos, sin importar su lugar de descubrimiento, de conformidad con la normativa establecida en Ley Orgánica de Cultura.⁵¹

De igual manera en esta categoría se pueden enmarcar aquellos bienes de dominio público que fomentan la riqueza nacional, como lo son los recursos naturales no renovables, entre los que se incluyen los yacimientos mineros y petroleros, los cuales tampoco pueden ser enajenados entre particulares, al igual que el espectro radio eléctrico, de conformidad con la Constitución.⁵²

Los bienes antes señalados pueden ser usados o explotados por particulares a través de un permiso o de una concesión, pero la titularidad de los mismos una vez que han sido afectados la mantiene el Estado, y no puede ser objeto de negociación alguna entre particulares. Por ejemplo, un peaje en una vía pública puede conllevar que un particular cobre un valor por el uso de la vía, a través de una autorización del Estado, pero ese particular a pesar de la explotación que realiza en el camino, no es titular de la vía pública en la que cobra el peaje.

Esta categoría de cosas que se encuentran fuera del comercio deben ser establecidas en la legislación correspondiente. En este mismo sentido, aquellos bienes que se encuentran fuera del comercio deben ser obligatoriamente afectados por el Estado a través de normas legales.

Si bien es cierto, como desarrollaremos más ampliamente en el presente documento, todos los bienes de dominio público gozan las características de ser inalienables, inembargables e imprescriptibles, por lo tanto, en teoría ningún bien de dominio público se encontraría dentro del comercio. Ante esta premisa, debo señalar que a pesar de que los bienes de dominio público gocen de esas características, no obstante, a través de la desafectación ciertos bienes podrán ser incluidos en el desarrollo comercial. Es por esta razón que he incluido la siguiente categoría de bienes de dominio público.

b) Bienes dentro del comercio: Son aquellos bienes de dominio público que, si bien no se encuentran dentro del comercio al ser afectados por parte del Estado, sin embargo, si no existiere tal afectación los mismos podrían ser comercializados por particulares.

⁵¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Cultura*, Registro Oficial 913, Suplemento, 30 de diciembre de 2016, art. 65.

⁵² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 408.

Es así que existen bienes de dominio público artificial, que son creados por la mano del hombre, y que son necesariamente afectados por el Estado para el cumplimiento de sus fines. Por ejemplo, si no hubiera afectación en un edificio, para que el mismo pueda brindar un servicio público, dicho inmueble podría estar dentro del comercio y ser enajenado entre particulares, sea a título gratuito y oneroso. Así mismo un vehículo, si el mismo no estaría afectado al Estado para el cumplimiento de determinado servicio, podría ser materia comercial entre privados. También podemos citar en el presente caso material de oficina, maquinaria, equipos informáticos. Todos los bienes que se han descrito, su comercialización no se encuentra expresamente prohibida entre privados, si dichos bienes no estuvieren afectados al Estado. Mientras que el mar, la playa, los nevados, el petróleo, restos arqueológicos, aunque dichos bienes no estuvieren afectados por el Estado, por la naturaleza y fines de los mismos, no podrían ser comercializados entre privados.

En esta clasificación desarrollada, lo que determinaría que un bien pertenezca a cierta categoría es justamente su origen comercial, el hecho de que dicho bien pueda ser comercializado entre personas privadas, si el mismo no estuviere afectado al Estado.

La pretensión de esta clasificación propia que he desarrollado, es demostrar que el Estado puede adquirir cualquier clase de bien, inclusive aquellos bienes que por su naturaleza los particulares no tenemos la capacidad legal de adquirirlos. En este sentido también se puede señalar que hay bienes que corresponden a la exclusiva propiedad del estado, aquellos que se encuentran fuera del comercio.

Considero que la presente clasificación nos dará un acercamiento a la temática que se va a tratar en el segundo capítulo del presente trabajo, ya que con la misma estamos demostrando que dentro del dominio público existen bienes de dominio público cuyas características son bastante similares a las de un bien de propiedad de una persona particular, pero también hay bienes de dominio público con características muy alejadas a las negociaciones que pueden realizar entre privados.

1.1.3. Requisitos de la afectación

De las clasificaciones descritas, podemos deducir que la afectación es un elemento indispensable para que un bien sea de dominio público. Así mismo para que la afectación surta efectos jurídicos, requiere de ciertos requisitos. El tratadista Miguel Marienhoff, en

su obra “Tratado de Derecho Administrativo”,⁵³ estableció una serie de requisitos para que opere la afectación, los cuales serán desarrollados a continuación:

a) Primer requisito: “[A]sentimiento de la respectiva autoridad”.⁵⁴ Para que una afectación sea válida es necesario que sea realizada por una autoridad estatal, un bien no puede ser afectado por la voluntad de un particular, y dicha autoridad debe actuar dentro de las competencias que le han sido conferidas. En este sentido, la manifestación de voluntad que el Estado tiene para incorporar un bien a su dominio, expresado a través de sus autoridades, puede ser una afectación expresa o tácita. La afectación expresa se puede presentar cuando hay una manifestación directa de voluntad del Estado de afectar determinado bien, como por ejemplo con la emisión de un acto administrativo o una ley que establezca que un bien es de dominio público. La afectación tácita implica que el estado ha realizado una serie de hechos que conllevan a que determinado bien sea de uso público, o este prestando un servicio público, sin que exista de por medio una manifestación expresa de aquello.

Mi parecer es que este primer requisito es fundamental para la afectación de cualquier bien. Es indispensable que la afectación de un bien, que conllevará a que el mismo sea transferido al Estado, sea realizado por la autoridad competente. Lo contrario podría conllevar a una reclamación por parte de un particular que pretenda ejercer su derecho de propiedad sobre el bien, y por ende se pondría en discusión si el Estado afectó o no determinado bien.

Por ejemplo, mediante resolución de la Corte Nacional de Justicia,⁵⁵ se dispuso la factibilidad de que instituciones públicas interpongan prescripciones extraordinarias de dominio para obras y servicios públicos, en inmuebles privados. A través de la sustanciación de dichos procesos judiciales, el Estado podría afectar dichos bienes inmuebles. Si tales procesos, no son interpuestos por autoridades competentes, tampoco se podrían afectar dichos bienes.

b) Segundo requisito: “[P]ara que la administración pública pueda afectar válidamente una cosa al uso público, es indispensable que dicha cosa se halle en poder del Estado en virtud de un título jurídico que le haya permitido adquirir el dominio de esa cosa”.⁵⁶ Para que la afectación surta efectos jurídicos, el Estado debe ostentar un

⁵³ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t.V, 189-96

⁵⁴ *Ibíd.*, 189.

⁵⁵ Ecuador Corte Nacional de Justicia, *Resolución*, 4 de febrero de 2009.

⁵⁶ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t.V, 194-5.

documento válido que establezca que es el titular de dicho bien. El título jurídico bien puede ser una figura del derecho público como una expropiación, un acto o hecho administrativo, o del derecho privado como una compraventa o una donación. En el caso de los bienes de dominio público naturales, el título jurídico que produce la afectación será la ley en que se establece que un bien determinado es de dominio público.

En lo que respecta a los bienes inmuebles que el Estado haya resuelto adquirir para la satisfacción de necesidades públicas, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prevé que es necesario que la autoridad competente declare de utilidad pública y de interés social dicho inmueble, para posteriormente expropiarlo.⁵⁷ En este sentido la expropiación es entendida como:

Un procedimiento legal por medio del cual los organismos del Estado por causas de utilidad pública o de interés social privan del derecho de propiedad que goza una persona, a cambio de una indemnización económica. Por medio de la expropiación se transfiere el dominio privado al dominio público, por acto unilateral de la administración pública central, institucional o seccional.⁵⁸

Es de esta manera que el Estado, en lo que se refiere a la adquisición de bienes inmuebles, tiene la obligatoriedad de adquirirlos mediante expropiación, previamente realizando el acto unilateral de declaratoria de utilidad pública.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que el Estado entregará un valor económico al propietario del inmueble que ha sido declarado de utilidad pública, el cual podrá ser incluso negociado en un máximo de 30 días, sin perjuicio de que se inicie la ocupación del predio, y no podrá superar el 10% sobre el valor del avalúo registro en el catastro del municipio correspondiente.⁵⁹ En caso de llegar o no a un acuerdo, la administración emitirá el acto de expropiación, el cual podrá ser impugnado por la persona expropiada únicamente en lo que respecta al precio justo.⁶⁰

Se entiende que la legislación señalada establece la entrega del valor económico como una indemnización por la adquisición que realiza el Estado de forma unilateral, al privado dueño del predio. Si en el inmueble materia de la expropiación existe una industria o se realiza alguna actividad económica, la indemnización que debe pagar el Estado inclusive podría abarcar la pérdida económica de dichas actividades productivas.

⁵⁷ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, Suplemento, 4 de agosto de 2008, art. 58.

⁵⁸ Jaramillo Ordóñez, *Manual de Derecho Administrativo*, 347.

⁵⁹ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, Suplemento, 4 de agosto de 2008, art. 58.1.

⁶⁰ *Ibíd.*, art. 58.2.

En este requisito puede entrar en análisis el hecho de que una afectación sea tácita, ya que si bien es cierto se puede cumplir con el primer requisito descrito, en el que una autoridad competente afecte un bien, sin embargo, si se lo realiza de forma tácita habría que cuestionarse cuál es el título jurídico que le ha permitido adquirir el dominio de determinada cosa al Estado. En el presente caso, así como debe existir una autoridad competente que tenga la facultad y capacidad para afectar determinado bien, entendería que así mismo debe existir una autoridad competente que reconozca dicha afectación, y que por ende emita el título jurídico que le permita adquirir el dominio de la cosa. Por ejemplo, en lo que respecta a los bienes inmuebles, sin importar la forma en que afecte el Estado a determinado bien inmueble, sea de forma expresa o tácita, el registro de la propiedad del cantón respectivo es el llamado a emitir un acto en el que certifique si el del Estado posee la propiedad y dominio sobre un inmueble.

Considero que es importante que siempre el Estado cuente con un título jurídico que le haya permitido adquirir el dominio, ya que dicho título constituirá una garantía de que determinado bien pertenece al dominio público y ha sido afectado. En este sentido, todo bien de dominio público deberá tener un título que respalde su propiedad y dominio por parte del Estado. Inclusive existen bienes naturales que aparentemente no tendrían título, sin embargo cabe recordar que los mismos son afectados por ley, por ende la misma ley será el título para que el Estado pueda ejercer el dominio sobre determinado bien.

c) Tercer requisito: El bien afectado debe hallarse al uso público en forma efectiva y actual.⁶¹ Efectivo quiere decir que el bien pueda ser usado de forma inmediata por la ciudadanía en general, y aunque el bien no sea usado, de igual manera exista la posibilidad de que en cualquier momento pueda ser usado. Por ejemplo un parque al que no van las personas, sin embargo en cualquier momento ese mismo parque estará a disposición de cualquier ciudadano. Mientras que actual implica que se niega la posibilidad de que la afectación pueda realizarse en un bien futuro, la afectación de un bien se produce en ese momento en que existe el bien, no puede realizarse en un bien que no existe, o tener meras expectativas de que se afectará un bien que existirá en el futuro. Por ejemplo, el edificio que aún no se ha construido no puede ser afectado ya que el mismo no existe. Si no hay uso efectivo y actual, es evidente que se afectará el elemento finalista de los bienes de dominio público.⁶²

⁶¹ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t.V, 190.

⁶² *Ibíd.*

Los bienes del Estado son de la población, administrados y gestionados a través de los representantes del Estado. Es por esta razón que se origina este requisito, ya que se determina que los bienes puedan estar a disposición del uso público de forma inmediata, considerando que pertenecen a toda la población. Bajo esta misma premisa, el Estado deberá garantizar que los bienes afectados, que pertenecen al dominio público, se encuentren en condiciones en las cuales puedan ser usados por la ciudadanía en general.

A pesar de lo señalado, en mi criterio el tercer requisito puede ser cuestionado. Ejemplo de aquello se presenta cuando el administrado solicita un trámite de reversión en una expropiación, en el cual en el plazo de dos años, contados a partir de que quede inscrita en el Registro de la Propiedad la transferencia de dominio, no se cumplieren los fines para los cuales fue realizada dicha declaratoria de utilidad pública.⁶³ Esto implica que respecto a los bienes inmuebles expropiados, si los mismos no cumplen con el fin para el cual se declaró la utilidad pública, no podrán ser usados en forma efectiva por la ciudadanía, ya que la persona expropiada puede revertir dicho acto.

Es de esta manera que Miguel Marienhoff ha desarrollado los requisitos que se deben cumplir para la afectación de bienes. A pesar de ello, haciendo referencia al elemento normativo del dominio público, así como al principio de legalidad, la legislación de cada nación estará facultada para establecer dentro de normas jurídicas, requisitos adicionales para el proceso de afectación, así como determinar un procedimiento específico para aquello.

En este mismo sentido, considero que no son suficientes el desarrollo de los requisitos antes señalados, ya que inclusive he cuestionado el tercer requisito. En mi criterio, basado en el principio de legalidad, el proceso de afectación debería tener como requisito inicial el marco normativo que determine tanto los bienes que pueden ser adquiridos por el Estado, así como prohibiciones en los procesos de afectación. Esta propuesta nace debido a que es bastante común observar que el Estado adquiere activos que no son productivos, administrando de forma inadecuada los recursos de la población. A partir de aquella determinación podríamos, verificar la concurrencia del resto de requisitos enunciados.

De igual manera considero que un estamento del Estado también debe verificar el cumplimiento de estos requisitos. Si bien es necesario que la afectación sea realizada por una autoridad competente, pero la afectación también debe ser reconocida por una

⁶³ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, Suplemento, 4 de agosto de 2008, art. 58.7.

autoridad competente, la cual estará llamada a verificar la existencia de los requisitos desarrollados. Solo de esta manera el Estado tendrá certeza de los bienes que pertenecen al dominio público, previniendo conflictos posteriores por el régimen al cual un bien pertenezca.

1.1.4. Características del dominio público

Como se ha podido observar, el hecho de que un bien de dominio público sea puesto a disposición de todas las personas en general, cuya titularidad recaiga en el Estado, conlleva a que los mismos tengan ciertas características específicas encaminadas a su protección. Tanto la doctrina como nuestra legislación instituyen que los bienes de dominio público son inalienables, inembargables e imprescriptibles.⁶⁴ Al respecto el tratadista Luciano Parejo Alfonso, en su obra “Lecciones de Derecho Administrativo”⁶⁵ realiza un desarrollo de dichas características del dominio público.

Que estos bienes sean imprescriptibles implica que no pueden ser poseídos o apropiados por particulares. Que sean inalienables significa que a pesar de que el Estado es titular de los bienes de dominio público, el dominio de los mismos no puede ser transferido a nadie, por tanto estos bienes se encuentra fuera del comercio. Que los bienes sean inembargables implica que no pueden ser retenidos, embargados o secuestrados dichos bienes por mandamiento de un juez o de una autoridad competente.⁶⁶

A través de estas características, se evidencia que los bienes pertenecientes al dominio público, ostentan un régimen especial, distinto a los bienes de las personas particulares. La finalidad de estas características es justamente que el Estado, en su administración de los bienes de la población, no pueda disponer libremente aquellos bienes afectados.

La inalienabilidad e imprescriptibilidad, son figuras a través de las cuales se previene la pérdida de dominio sobre un bien afectado. La protección a los bienes de dominio público es tan rígida que inclusive establece que los mismos no sean

⁶⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, arts. 12, 379, 408. En lo que respecta a la carta magna, determina dicha característica a ciertos bienes de dominio público como lo son el agua (ibíd., art. 12), los bienes culturales patrimoniales (ibíd., art. 379), o los recursos naturales como lo son los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, substancias 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 (ibíd., art. 408).

⁶⁵ Parejo Alfonso, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 993-4.

⁶⁶ Ibíd., 994.

embargables. El embargo de un bien no implica necesariamente la pérdida o disposición de un bien, el embargo es una medida sobre bienes con la cual se pretende garantizar el cumplimiento de una obligación determinada; a pesar de ello, se establece que los bienes de dominio público son inembargables, es decir, que los bienes afectados ni siquiera pueden garantizar obligaciones legales y legítimas asumidas por el Estado.

En definitiva, el régimen de dominio público es excepcional, el cual, si bien cuenta con elementos, así como requisitos para la afectación, sin embargo así mismo cuenta con beneficios únicos que ninguna bien privado los ostenta. Nuevamente haciendo referencia al elemento normativo de los bienes de dominio público, siempre este régimen debe contar con un respaldo legislativo, que en el presente caso, establezca a través de normas jurídicas que los bienes de dominio público son inembargables, imprescriptibles e inalienables.

1.2. Bienes de dominio privado

Los bienes de dominio privado, o también llamados bienes patrimoniales,⁶⁷ son aquellos que su propiedad la ostenta el Estado, sin embargo no están afectados a un uso o servicio público.

De esta manera se debe señalar que las diferencias esenciales entre los bienes de dominio privado con los de dominio público están dadas tanto por la afectación del bien, como por la naturaleza de su dominio.

En lo que respecta a la afectación del bien, los de dominio público ostentarán dicha afectación al uso o servicio público, mientras que los bienes que no han sido afectados, pero su titularidad es del Estado son conocidos como bienes de dominio privado.

En cuanto a la naturaleza del dominio, los bienes de dominio público se someten a las normas de derecho público que se establezcan para su regulación, siendo bienes que están fuera del comercio debido a las características que poseen, como es que los mismos sean inalienables, inembargables e imprescriptibles; mientras que los bienes de dominio privado se someten de normas de derecho privado, “[l]o que se traduce en definitiva en una diferencia de régimen jurídico”,⁶⁸ por ende los de dominio privado son “[b]ienes que se ubican dentro del tráfico comercial”.⁶⁹

⁶⁷ En ese sentido revisar Luciano Parejo Alfonso y Ramón Parada.

⁶⁸ Parejo Alfonso, 960.

⁶⁹ Walter Vásquez Rebaza, “Acerca del dominio público y el dominio privado del Estado . A propósito de sus definiciones en la Nueva Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales y su

A pesar de que los bienes de dominio privado se regulan por normas civiles y de derecho privado, ya que son bienes que se encuentran dentro del comercio, sin embargo estos bienes al ser de propiedad del Estado, su uso, goce y disposición debe responder a los fines que busca el Estado y al beneficio de toda la colectividad. Por lo tanto, no puede asimilarse la libertad con la cual los particulares gestionan sus bienes con la administración que el Estado debe tener sobre sus bienes, así estos sean de dominio privado el Estado debe buscar la consecución de sus fines con la gestión de sus bienes. En tal virtud, los bienes de dominio privado deberán tener normativa especial y específica, la cual regulará su manejo y administración dentro del campo del derecho civil.

En nuestra legislación la norma que hace referencia a los bienes de dominio privado es el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización⁷⁰ que los define como aquellos que no están destinados a la prestación directa de un servicio público, sino a la producción de recursos o bienes para la financiación de los servicios de los gobiernos autónomos descentralizados; señalando así mismo que los bienes de dominio privado deben ser administrados en condiciones económicas de mercado, y son regulados bajo principios del derecho privado. Esta misma normativa ejemplifica que bienes son considerados de dominio privado, como es el caso de los inmuebles que no forman parte del dominio público, los bienes de las empresas de los gobiernos autónomos descentralizados que no prestan los servicios de su competencia, bienes mostrencos,⁷¹ o las inversiones financieras directas del gobierno autónomo descentralizado que no estén formando parte de una empresa de servicio público, como acciones, cédulas, bonos y otros títulos financieros.⁷²

Como se ha podido observar del análisis que se ha realizado, los bienes de dominio público son aquellos que se encuentran afectados por el Estado, a diferencia de los de dominio privado, que si bien el Estado es propietario de los mismos, sin embargo no existen afectación en ellos, por ende no cabría hablar de desafectación en los bienes de dominio privado.

En este sentido, se debe ser enfático en el hecho de que los bienes de dominio privado no gozan de las características que tienen los bienes de dominio público, por ende

Reglamento”, *Derecho & Sociedad*, 30 (2008): 276, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/17357/17643>.

⁷⁰ Ecuador, *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*, Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de mayo de 2010, art. 419.

⁷¹ *Ibíd.*, art. 481. “De conformidad con el inciso quinto del art. 481, se consideran que son bienes mostrencos aquellos inmuebles que carecen de dueño conocido”.

⁷² *Ibíd.*, art. 419.

pueden ubicarse en el tráfico comercial. Los bienes de dominio privado siempre estarán desafectados, no es procedente la afectación de los bienes de dominio privado, solo los bienes de dominio público son afectados.

Definida y descrita la entrada de un bien al dominio público a través de la afectación, a continuación se pretende analizar la forma en que un bien de dominio público sale de este régimen jurídico a través de la desafectación.

“[D]esafectar un bien significa sustraerlo de su destino al uso público, haciéndolo salir, por lo tanto, del dominio público para ingresar al dominio privado, sea del Estado o de los administrados”.⁷³

2. Características de la desafectación

Las características de la desafectación son las siguientes:

a) En mi criterio establezco que la principal característica de la desafectación es que el bien desafectado sale del dominio público e ingresa al dominio privado. Considero a la mencionada como principal característica ya que de esta se derivarán las siguientes. En definitiva, el bien al ser desafectado pasa a ser de dominio privado, y pierde todos los elementos y características de protección de aquellos que son de dominio público. A través de la desafectación el bien tiene características similares con aquellos cuya titularidad corresponde a personas privadas.

b) Como segunda característica de la desafectación de bienes, se debe mencionar que tales bienes pierden esa calidad de prestar un servicio público o de que sea usado por el público en general,⁷⁴ y como consecuencia de aquello dicho bien puede ingresar al dominio privado del Estado, o bien puede ingresar al dominio privado de una persona particular.

Esto quiere decir que a través de la desafectación el dominio público pierde su elemento finalista, el bien aún pertenece a la propiedad del Estado, sin embargo ya no puede ser usado de forma libre por la población, o prestar un servicio público para la población, hasta el punto en que el bien puede ser transferido a un privado para la explotación personal del mismo.

De las dos primeras características enunciadas se puede indicar que la desafectación no necesariamente implica que se extinga el dominio del Estado frente a un determinado bien, por el contrario, si el titular del bien desafectado continúa siendo el

⁷³ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t.V, 206.

⁷⁴ *Ibíd.*, 208.

Estado, lo que se produce únicamente es una modificación del régimen jurídico, de dominio público a dominio privado. Mientras que si el Estado, el momento de desafectar un bien realiza una transferencia del mismo a un particular, en ese caso el Estado si perderá la titularidad de dicho bien, y este será administrado por el particular en un régimen jurídico regulado con normas de derecho privado.

c) Como una tercera característica de la desafectación se debe indicar que los bienes del Estado dejan de ser inalienables, inembargables e imprescriptibles⁷⁵. Esto quiere decir que los bienes del Estado pierden sus características para su protección con el cambio de régimen jurídico, y por el contrario estos bienes son susceptibles de ingresar a la actividad comercial regida por normas de derecho privado.

Mi enfoque respecto a la característica mencionada es que la comparto plenamente, ya que si el bien de dominio público pierde dicha calidad con la desafectación, a mi entender el bien de dominio privado, aunque forma parte del Estado, se encontrará en una igualdad comercial frente a cualquier otro bien de personas privadas, por ende podrá ser enajenado, embargado o susceptible a una prescripción.

Es importante analizar la presente característica ya que los bienes del Estado, una vez que han sido desafectados, podrían ser transferidos a personas privadas, siempre y cuando se cumplan con la normativa establecida para el efecto en el ordenamiento jurídico, basado en el principio de legalidad.

d) Como cuarta característica que se establece es que los bienes accesorios al bien principal, también pierden su calidad de bien de dominio público, por tanto los efectos que se produzca de la desafectación del bien principal, serán seguidos de igual manera por el bien accesorio del mismo.⁷⁶

La característica señalada guarda lógica en lo que se refiere a bienes inmuebles, manteniendo el precepto de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Es así que, si se desafecta un lote de terreno, así mismo se desafectarán las construcciones o edificaciones que forman parte de dicho inmueble. Sin embargo, la característica puede ser cuestionable al involucrar diferentes clases de bienes, por ejemplo si dentro del lote de terreno existieren bienes muebles, o semovientes, la desafectación del inmueble no necesariamente implicaría la desafectación de los bienes muebles o de los semovientes,

⁷⁵ Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia” en *Juicio 280-2001*, 27 de mayo de 2002.

⁷⁶ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t.V, 208.

ya que estos podrían ser trasladados a otro lugar por parte del Estado, manteniendo su dominio público.

e) De lo antes mencionado, he determinado que existe una quinta característica. Ésta implica que los bienes desafectados, pasarán a ser regulados en su mayoría por normativa de derecho civil, a diferencia del régimen de bienes de dominio público afectados, los cuales en su mayoría se rigen por normas de derecho administrativo.

El dominio privado del Estado no se diferencia del derecho similar de los particulares y, por tanto, 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.⁷⁷

En este sentido, se debe señalar que las propiedades privadas del Estado, o los bienes desafectados que pertenecen a su dominio privado, no son completamente asimilables a las propiedades de los particulares, porque la administración no tiene las mismas libertades que un particular.⁷⁸

Es pertinente enfatizar que si el Estado desafecta un bien de dominio público y mantiene la titularidad de dicho bien, la mayoría de actuaciones que se realicen con el bien en mención se someterán a normas de derecho civil, sin embargo el Estado se sigue sometiendo a la normativa que regula la administración de todos sus bienes, sean estos de dominio público o privado, que evidentemente son normas de derecho administrativo. Por tanto, la aplicación de normas de derecho civil no será plena si el Estado mantiene la titularidad de un bien desafectado. Por el contrario, si producto de la desafectación el Estado transfirió el dominio de un bien a un administrado, evidentemente el particular administrará el bien bajo el régimen de derecho civil que regule las actividades de dicho bien.

El desarrollo de las características señaladas en los bienes de dominio público se podrá observar de manera integral en las formas en que los bienes del Estado pueden ser desafectados.

3. Formas de desafectación

Previo a establecer cuáles son las formas de desafectación, hay que tomar en cuenta la clasificación realizada respecto de los bienes de dominio público según su forma de afectación, determinándose que existen bienes de dominio público natural y dominio

⁷⁷ Dromi, *Derecho Administrativo*, 545.

⁷⁸ Parejo Alfonso, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 960.

público artificial. A través del desarrollo de la presente temática, iremos señalando las formas de desafectación que se presentan en la doctrina, y como cada una de estas formas se relaciona respecto de los bienes de dominio público natural y artificial, considerando que los mismos poseen una naturaleza jurídica diferente, así cada uno tendrá características específicas en una desafectación.

Los criterios respecto de cómo se afectan bienes, son bastante correlativos a los de la desafectación. Evidentemente en la desafectación debe existir una manifestación de voluntad por parte del Estado en la que demuestre su deseo de que un bien de dominio público cambie de régimen jurídico a un dominio privado. Sin embargo, lo manifestado no constituye una regla exacta, ya que al igual que el texto que ha sido desarrollado para exponer como operan las afectaciones en bienes de dominio público artificial, se pueden presentar casos en los cuales la desafectación opera a través de hechos, sin que se haya expresado de manera explícita la voluntad del Estado.

Por lo expuesto, he adoptado dos criterios de tratadistas para realizar una clasificación integral de las formas de desafectar los bienes del Estado. El tratadista Miguel Marienhoff, en su obra “Tratado del Dominio Público”⁷⁹ establece que existen dos formas de desafectar, la desafectación formal y la desafectación por hechos. Mientras que el tratadista Roberto Dromi, en su obra “Derecho Administrativo”⁸⁰ incorpora una forma de desafectación denominada desafectación tácita.

3.1. Desafectación formal

La desafectación formal es una manifestación de voluntad del poder público⁸¹. Esta desafectación es aquella en la que el Estado expresa su voluntad de que un determinado bien salga del dominio público al dominio privado, a través de un acto administrativo, de una norma legislativa, o de cualquier tipo de actuación.

La desafectación de un bien de dominio público tiene distintas modalidades considerando si el bien de dominio público es natural o artificial.

En los bienes de dominio público natural lo primero que se debe considerar es si el bien a desafectarse va a conservar su individualidad, no va a ser objeto de ningún

⁷⁹ Miguel Marienhoff, *Tratado del Dominio Público* (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1960), 193.

⁸⁰ Dromi, *Derecho Administrativo*, 656

⁸¹ Marienhoff, *Tratado del Dominio Público*, 179.

cambio físico, o si por el contrario el bien se va a transformar en una cosa diferente, si el bien va a dejar de existir.

Un bien de dominio público natural que continúa su conservación únicamente estará sometido a un cambio de régimen jurídico en su desafectación. Si se desafecta una isla en el presente caso, significa que no hay ningún cambio físico en la misma, por tanto la isla seguirá siendo isla después de la desafectación. Así como los bienes dominio público natural son afectados mediante ley, la forma de desafectar los mismos si se conserva su individualidad de igual manera deberá realizarse mediante la emisión de una ley, que cambie el régimen jurídico del bien desafectado.

Lo manifestado se observa en la práctica en la resolución 478-2000 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia,⁸² en la cual el accionante solicita a los Jueces en mención se declare el amparo posesorio sobre un bien inmueble que se encuentra en una zona de playa y bahía, determinando la Sala de la Corte Suprema de Justicia que el inmueble forma parte de los bienes nacionales del Estado, de conformidad con el art. 52 de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero vigente a dicha fecha,⁸³ constituyendo el inmueble parte del dominio público natural, razón por la que su desafectación únicamente podía realizarse por otra ley que cambien su régimen jurídico, y solo de aquella forma el bien podrá ser susceptible de posesión y reconocimiento de la misma a través de un amparo posesorio.⁸⁴

En un bien de dominio público natural que modifica su estado físico, o se transforma, se va alterar su individualidad en todo o en parte de dicho bien, por tal razón este bien va a modificar en parte o en todo su estructura. Por ejemplo, un río que por diferentes circunstancias se seca, transforma por completo la estructura física del bien, considerando que al no existir el río físicamente el Estado será propietario de la tierra por

⁸² Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia” en *Juicio 7-2000*, 4 de diciembre de 2000.

⁸³ Ecuador, *Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero*, Registro Oficial 497, 19 de febrero de 1974, art. 52. “Artículo. 52.- Los Ministerios de Recursos Naturales y Energéticos y de Defensa Nacional, conjuntamente y previo informe de la Dirección de la Marina Mercante y del Litoral, determinará los espacios marítimos, playas, esteros, riberas de ríos y lagos de uso público destinados al desarrollo pesquero y las zonas en las que se pueda realizar actividades como las siguientes: a) Establecimiento de viveres o depósitos de conservación o ceba de especies bioacuáticas, y de laboratorios, acuarios o centros de experimentación; b) Asentamiento de poblaciones de pescadores; c) Construcción de puertos, muelles o atracaderos destinados a carga y descarga de productos pesqueros, astilleros de embarcaciones pesqueras y varaderos.”

⁸⁴ La Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero fue codificada, según consta en Registro Oficial 15, de 11 de mayo de 2005. Mediante dicha codificación se derogó en su totalidad el art. 52 referido.

la cual cruzaba el río, sin embargo ya no tiene el dominio del río y sus riberas al haberse modificado su estado físico.

En el presente caso, la desafectación del inmueble podrá realizarse mediante ley, sin embargo si cabe la posibilidad de que la desafectación se realice mediante acto administrativo, que sea motivado en la ley correspondiente, considerando que el uso o servicio público que brindaba el bien de dominio público no puede ejecutarse debido a la transformación del bien, y el Estado debe determinar cuál es el mejor destino del bien para la consecución de sus fines.

Lo manifestado en la práctica lo podemos observar en la figura del aluvión, que es una forma de adquirir el dominio por accesión, que consiste en el acrecimiento de terrenos ubicados al margen de una corriente de agua, por la acumulación de arenas⁸⁵ o por la pérdida de caudal. En este sentido se debe manifestar que los ríos, con su caudal de agua, son parte del Estado⁸⁶ y constituyen el dominio hídrico público;⁸⁷ sin embargo si el caudal de agua del río se seca, el espacio de terreno que ocupaba la corriente de agua puede ser adquirido por el propietario del terreno contiguo a dicho al espacio de terreno que se ha creado por el secamiento del río, a través de la accesión.⁸⁸ En el presente caso, la desafectación del bien la deberá realizar el Estado a través de una ley o acto administrativo, que refiera la normativa que regula esta forma de adquirir el dominio, y en el presente caso la desafectación generará que el dominio del bien se traspase a un particular.

Al igual que en la desafectación del bien de dominio público natural, en la desafectación de un bien de dominio público artificial, “[p]uede asimismo dar como resultado la extinción del bien o el simple cambio de su condición jurídica. Ello depende del bien de que se trate”.⁸⁹

Si un bien de dominio público artificial se extingue en su desafectación producto de cambios físicos sufridos, así como da una finalidad diferente para su uso, el mismo pierde su individualidad, por tanto dicho bien dejará de existir para un futuro. Por ejemplo una calle que será desafectada, y se transformará en un terreno, se entiende que la calle

⁸⁵ Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Universitario*, 1:73.

⁸⁶ Ecuador, *Código Civil Codificación 2005-010*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 613.

⁸⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua*, Registro Oficial 305, Suplemento, 6 de agosto de 2014, art. 10.

⁸⁸ Ecuador, *Código Civil Codificación 2005-010*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 666.

⁸⁹ Marienhoff, *Tratado del Dominio Público*, 180.

dejará de existir para el futuro, por ende no habrá tránsito de ninguna persona por esa calle, y el terreno que se ha formado se registrará por la normativa pertinente que regula bienes inmuebles.

De manera comparada se puede encontrar en Colombia, en la Sentencia T-150/95, de la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, un caso representativo por el que el Consejo Municipal de Villamaría desafectó la calle 4ª, para que el espacio que es ocupado por la calle, se convierta en un lote de terreno que se unifique al inmueble vecino de propiedad de sociedad Colombiana de Baterías Cobatelco S. A. Así mismo, la compañía referida, a través de una permuta, a cambio de la calle desafectada que se transformó en lote de terreno, entregó a título gratuito a la Municipalidad un lote de terreno de su propiedad con el fin de que construya un mercado y centro de acopio.⁹⁰

Mientras que los bienes de dominio público artificiales que son desafectados pero no han sido modificados de ninguna forma en su estructura física, conservan su individualidad ya que el bien va a seguir existiendo en su estructura a futuro, y la desafectación lo que generará únicamente es un cambio en la condición jurídica del bien, ya que no podrá ser usado de forma general por los ciudadanos, o no servirá para prestar servicios públicos, por el contrario el bien se constituirá en un instrumento de carácter privado.

Por ejemplo, podría presentarse una situación en la que el Gobierno, dando ejecución a las Normas de Optimización y Austeridad del Gasto Público,⁹¹ resuelve que un edificio cuyo propietario es el Estado, y que se encuentra siendo utilizado por una institución pública, prestando así servicios públicos, sea desafectado por el Estado. Esta situación implicaría que el edificio continuará conservándose como tal, en su estructura física, sin embargo ya no será utilizado para prestar servicios públicos, este en su desafectación podrá ser transferido a un particular cambiando así la condición jurídica del bien y la finalidad para que el mismo sea usado por dicho particular, pero seguirá conservando su individualidad.

Como se ha desarrollado anteriormente, la afectación en general en bienes de dominio público artificiales se produce a través de la emisión de actos administrativos, en virtud de que la creación de estos bienes está dada por la generación de hechos

⁹⁰ Colombia Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, “Sentencia T-150/95”, en *Expediente T-54186*, 4 de abril de 1995, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-150-95.htm>.

⁹¹ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 135*, Registro Oficial 76, Suplemento, 11 de septiembre de 2017.

humanos. Es de esta manera que su desafectación no será diferente. La desafectación tanto de bienes de dominio público artificiales que conserven o no su individualidad, se realizará mediante actos administrativos.

3.2. Desafectación por hechos

Podríamos definir a los hechos como cualquier suceso o evento que ocurra en el mundo, producidos por el hombre (hechos humanos) o por acontecimientos extraños a él (hechos de la naturaleza), los cuales pueden producir consecuencias jurídicas.⁹² En este sentido debemos señalar que la desafectación de bienes de dominio público se puede realizar por hechos de la naturaleza o por hechos humanos. Para poder analizar estos hechos, al igual que en la desafectación formal, clasificaremos a los bienes de dominio público en naturales y artificiales.

Los bienes de dominio público naturales pueden ser desafectados por hechos de la naturaleza, como por ejemplo el cambio de curso de un río sin que haya existido intervención de persona alguna, generado por cual clase de acontecimiento. Este cambio de curso de un río, determina que se desafecte el espacio por donde recorría su antiguo cauce, que ahora se convertirá en una porción de terreno, constituyéndose dicho espacio en un bien de dominio privado.

Los bienes de dominio público naturales no pueden ser desafectados por hechos humanos ya que “[l]os hechos de la naturaleza valen por sí tales como se presentan”.⁹³ Esto quiere decir que si un bien de dominio público ha sido desafectado por hechos de la naturaleza, no se requiere de un acto administrativo o pronunciamiento de una autoridad pública que ratifique el hecho por el que se produjo la desafectación, el hecho por sí mismo produce consecuencias jurídicas. “[L]a Administración Pública, si lo cree pertinente y ello resulta factible, podrá después rectificar o modificar la desafectación operada; incluso podrá volver las cosas a su primitivo estado, mas ello no obsta a que la desafectación de referencia surta, mientras tanto, por sí misma, plenos efectos”.⁹⁴

En lo que respecta a los bienes de dominio público artificiales, estos pueden ser desafectados por hechos de la naturaleza o por hechos humanos. Por ejemplo, entre los hechos de la naturaleza, un terremoto, una inundación, o cualquier otro fenómeno natural,

⁹² Jaramillo Ordóñez, *Manual de Derecho Administrativo*, 223.

⁹³ Marienhoff, *Tratado del Dominio Público*, 196.

⁹⁴ *Ibíd.*, 197

que destruya un bien artificial, al destruirse ese bien el mismo es desafectado del dominio público.

“[L]a desafectación de los bienes públicos artificiales por hechos del hombre, puede responder a hechos del Estado, o de terceros, siempre, en este último caso, que los terceros cuenten con el asentimiento indubitable de las autoridades”.⁹⁵ Por ejemplo, se puede desafectar por hechos del hombre aquel bien de dominio público que es destruido por los bomberos, en su intención de sofocar un incendio.

Hay que precisar que la destrucción de un bien no es lo mismo que su desafectación. La destrucción de un bien implica su desaparición o extinción, mientras que la desafectación es un cambio de régimen jurídico, que puede derivarse de la modificación de un bien o de su desaparición.

Además, se debe destacar que si la desafectación por hechos del hombre, se produce por un tercero o administrado, el hecho deberá ser consentido por las autoridades competentes. Esto quiere decir que un particular no puede desafectar un bien de dominio público, bajo el mismo principio de que un particular no puede afectar un bien de dominio público ya que dicha circunstancia sería contraria al elemento subjetivo de los bienes de dominio público.

3.3. Desafectación tácita

La desafectación tácita se presenta cuando los bienes del dominio público dejan de poseer tal carácter, por la cesación de esa calidad dada por un hecho exterior que apartan la cosa de su destino público, con el consentimiento de la autoridad competente.⁹⁶

Esto quiere decir que un bien de dominio público puede ser desafectado tácitamente, por el simple transcurso de acontecimientos que alejen el destino público para el cual fue concebido y afectado, sin que existan declaraciones de la autoridad administrativa de por medio.⁹⁷ “[E]l abandono muy prolongado de parte de la Administración Pública, agravado por la total ausencia de los más elementales trabajos de mantenimiento requeridos esencialmente por el uso público no se efectúa o es de muy difícil realización, podría interpretarse como desafectación tácita de la cosa”.⁹⁸

⁹⁵ *Ibíd.*, 181

⁹⁶ Dromi, *Derecho Administrativo*, 656.

⁹⁷ Eduardo García de Enterría, “Sobre la imprescriptibilidad de dominio público”, *Revista de Administración Pública*, 13 (1954): 15, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2111928.pdf>.

⁹⁸ Marienhoff, *Tratado del Dominio Público*, 201.

Existen autores como Miguel Marienhoff, que en sus obras “Tratado de Dominio Público”⁹⁹ y “Tratado de Derecho Administrativo, Tomo V”,¹⁰⁰ asimilan la clasificación de la desafectación tácita como a la desafectación por hechos en bienes de dominio público, en las cuales no existe indispensablemente un pronunciamiento formal del Estado acerca de dicha desafectación, y la misma puede generarse por hechos o circunstancias en las que la autoridad pública ha dado su consentimiento, no de manera expresa, o ha guardado silencio ante dicha circunstancia.

Ante lo manifestado, debo indicar que si bien es cierto la desafectación puede producirse de manera general por hechos, ya que la posición teórica en mención así lo demuestra, sin embargo en la práctica siempre debe existir un acto administrativo a través del cual se reconozca dicha desafectación. Hay que entender que la desafectación de un bien del Estado no se puede concebir como un proceso que se da de forma automática, el Estado no puede perder de manera fácil los bienes que están afectados al dominio público. Si la desafectación se produce por hechos, dicha desafectación se traducirá en la emisión de un acto administrativo por parte de la autoridad pública en el cual se reconoce la desafectación en mención. Ejemplo de lo manifestado puede darse en la marginación en libros a su cargo que daría el registrador de la propiedad, respecto de un bien inmueble que haya sido desafectado por hechos, y que se encuentre dentro del dominio privado del Estado o de un particular.

No se puede confundir la desafectación por hechos con la desafectación tácita, ya que si bien es cierto en que no existe un pronunciamiento de forma expresa por parte del Estado en las dos clases de desafectación señaladas, sin embargo en la desafectación por hechos deben confluír una serie de acontecimientos, generados ya sea por la naturaleza o por el hombre, que afectarán la individualidad o la integridad del bien para que opere dicha desafectación; mientras que en la desafectación tácita se plantea el descuido e inclusive hasta la negligencia del Estado frente a bienes que son de dominio público, sin embargo en su estado de abandono han dejado de cumplir un destino público.

Bajo esta concepción se determina que el no uso inmemorial es una forma de desafectación tácita, ya que existe una desafectación de un bien de dominio público artificial por hechos humanos, en la cual a pesar de que un bien de dominio público, cuya titularidad es del Estado y se encuentra afectado al uso público, es usado por un particular para su propio beneficio, con el beneplácito de las autoridades públicas. En concordancia

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo, t V.*

con este pensamiento se establece que no existe la desafectación mediante prescripción¹⁰¹, porque un particular no puede estar ni si quiera en posesión de un bien de dominio público que se encuentra fuera del comercio, gracias a sus características como lo es la inalienabilidad e imprescriptibilidad.

Mientras que existen autores como Eduardo García de Enterría, que en sus apuntes “Sobre la imprescriptibilidad de dominio público”¹⁰², dan una categoría propia a la desafectación tácita, indicando que inclusive la posesión abusiva de un bien de dominio público por parte de un particular, podría derivar en la prescripción del mismo. Así el autor en mención señala que si la posesión de un particular sobre un bien de dominio público, conlleva a que dicho bien se aparte de su función propia por la cual fue afectado, con el consentimiento de la autoridad pública, en este caso opera la desafectación tácita, y por ende el bien al pasar a un régimen jurídico de dominio privado, en el cual son susceptibles de comercio, la posesión del bien deja de ser abusiva, y la continuada posesión sobre un bien de dominio privado concluirá en la adquisición del mismo por un particular por prescripción.

Igualmente de manera comparada, podemos observar como la desafectación tácita opera en la Sentencia del Recurso de Casación 967/2012, sustanciada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, con sede en Madrid. El representante legal de la entidad pública denominada “Administrador de Infraestructuras Ferroviarias” interpone una demanda solicitando se declare titular del dominio de la Finca 4108 de Barajas, la cual se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre Infraestructuras Industriales S.A. (Infisa) y Lubrima S.A., solicitándose también la nulidad de cualquier acto mediante el cual dicho inmueble haya sido adquirido. Se detalla así que la finca era de propiedad de la entidad Corralejos S.A., que pasó a denominarse Infisa S.A.; en el año 1955 el predio en mención, fue expropiado y pagado se justo precio, con el fin de prestar un servicio público ferroviario, por ende se construyó en dicho inmueble una vía férrea para abastecer de combustible al aeropuerto de Barajas. En el año 1993 Infisa S.A constituyó una hipoteca en esa finca, inmueble que posteriormente fue rematado, siendo adquirido por Lubrima S.A., actual propietario. Se detalla que en el año 1983, cesó de manera definitiva

¹⁰¹ Ecuador, *Código Civil Codificación 2005-010*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 2392. El 1.º inc. del art. 2392 del Código Civil, define a la prescripción de la siguiente manera: “Prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”

¹⁰² García de Enterría, “Sobre la imprescriptibilidad de dominio público”, 15.

el servicio ferroviario por dicha vía. También el fallo señala tres circunstancias en las cuales se puede presentar la desafectación tácita:

- a) cuando no se ejecuta la obra o no se establece el servicio que motivó la expropiación,
- b) cuando realizada la obra o establecido el servicio queda alguna parte sobrante de los bienes expropiados y c) cuando desaparece la afectación de los bienes o derechos de las obras o servicios que motivaron la expropiación, pudiendo ser la desafectación expresa, mediante acuerdo de la Administración, o tácita, deduciéndose de otros acuerdos o actos que claramente impliquen dicha expresión de voluntad.¹⁰³

En el presente caso se aplicó el literal c) estableciéndose que a pesar de que la estructura de la vía antigua continúa en el finca, sin embargo es evidente que desde el año 1983 no se presta el servicio ferroviario para la cual fue afectada, por tanto la desafectación tácita operó en dicho año; también por esa razón se pudo constituir una hipoteca sobre dicho inmueble, al estar dentro del comercio y al haber sido desafectado, posteriormente siendo rematado a su actual propietario. Además, el 26 de mayo de 1998 operó la desafectación tácita de la finca, ya que el Estado ordenó la suspensión de la vía férrea que se dirigía al aeropuerto de Barajas en Madrid, que en parte pasaba por este inmueble. En este sentido, se desechó la demanda de la institución denominada Administrador de Infraestructuras Ferroviarias.

4. Requisitos de la desafectación

Al igual que la afectación, la desafectación necesita del cumplimiento de determinados requisitos. A continuación he desarrollado tres requisitos necesarios para la desafectación. Los dos primeros requisitos han sido adoptados de la sentencia T-150/95 emitida por la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia.¹⁰⁴ El tercer requisito ha sido desarrollado por el tratadista Miguel Marienhoff, en su obra “Tratado del Dominio Público”¹⁰⁵

a) Primero requisito: Para que opere la desafectación es indispensable que el bien de dominio público haya perdido el propósito para el cual fue afectado. Esto quiere decir, que el bien tendrá que haber perdido su utilidad pública o el servicio público que prestaba,

¹⁰³ España Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, “Sentencia”, en *Recurso de Casación 967/2012*, 12 de enero de 2015, <http://www.poderjudicial.es/stfls/SALA%20DE%20PRENSA/NOTAS%20DE%20PRENSA/TS%20civil%20Pleno%2012-01-2015%20rec%2020967-2012.pdf>.

¹⁰⁴ Colombia Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, “Sentencia T-150/95”, en *Expediente T-54186*, 4 de abril de 1995, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-150-95.htm>.

¹⁰⁵ Marienhoff, *Tratado del Dominio Público*, 202.

sin embargo dicha pérdida no podrá ser fruto del incumplimiento de la ley.¹⁰⁶ Por ejemplo, no puede operar una desafectación si un bien es arrebatado por un particular al Estado de forma violenta, contraviniendo disposiciones legales en ese arrebato.

Ejemplo de este requisito podemos observarlo en los procesos de reversión que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹⁰⁷, determinándose que si un bien inmueble expropiado, que ha sido afectado por el Estado al declarárselo de utilidad pública, puede ser desafectado a solicitud del expropiado si el Estado en el plazo de dos años, contados a partir de la inscripción de la transferencia en el registro de la propiedad, dicho inmueble no cumple con el fin para el cual fue declarado como de utilidad pública. En este caso, el bien expropiado si no cumple con la finalidad pública para la que fue adquirido, puede ser readquirido por la persona expropiada, produciéndose la desafectación del mismo.

Sin embargo, según criterio de la Procuraduría General del Estado¹⁰⁸ si ha transcurrido el plazo indicado, y el expropiado ha renunciado a su derecho a la readquisición y desafectación, el Estado no podrá enajenar el bien inmueble a pesar de que no ha cumplido con el fin para el cual este fue declarado como de utilidad pública. Esto quiere decir que en la presente situación el Estado estará obligado a cumplir con la finalidad para la cual declaró de utilidad pública el bien inmueble, sin que inclusive pueda disponer de su propiedad.

Otro ejemplo que se podría citar es aquel que ocurre con la Ley expropiatoria que faculta a la muy Ilustre Municipalidad de Guayaquil, la legalización de la tenencia de la tierra en sectores urbano marginales y rurales del cantón Guayaquil.¹⁰⁹ En esta normativa se determina que se debía declarar de utilidad pública y expropiar en favor del Municipio de Guayaquil los terrenos en que personas se han asentado de forma informal, en los sectores denominados Guasmo Norte, Guasmo Sur, Guasmo Este, Guasmo Oeste, Sector Pascuales, y demás lugares del cantón donde existan asentamientos irregulares.

¹⁰⁶ Colombia Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, “Sentencia T-150/95”, en *Expediente T-54186*, 4 de abril de 1995, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-150-95.htm>.

¹⁰⁷ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, Suplemento, 4 de agosto de 2008, art. 58.7.

¹⁰⁸ Ecuador Procuraduría General del Estado, *Oficio PGE. No.: 02061*, Registro Oficial 323, 10 de septiembre de 2019.

¹⁰⁹ Ecuador, *Ley expropiatoria que faculta a la muy Ilustre Municipalidad de Guayaquil, la legalización de la tenencia de la tierra en sectores urbano marginales y rurales del cantón Guayaquil*, Registro Oficial 195, Suplemento, 17 de noviembre de 1997.

La declaratoria de utilidad pública en el caso de Guayaquil, tenía como propósito ejecutar un plan de formalización y legalización de la tenencia de la tierra. Es decir, esta ley pretendía que se regularice la situación de todas las personas que se encontraban en posesión de inmuebles, sin un título de propiedad, considerando que ésta problemática se presentaban en grandes sectores dentro de Guayaquil.

Sin embargo, el formalizar la tenencia de las tierras por parte de sus poseedores implicó en esta ley que una vez que se expropien los inmuebles sobre los cuales personas se asentaron informalmente, los mismos se vendan y adjudiquen a sus poseedores en el precio que ponga dicho Municipio, con el objetivo de cumplir la finalidad pública perseguida. Es decir, el Municipio de Guayaquil, afectaba el inmueble en el que se encontraban los asentamientos irregulares, y a través de la misma ley los desafectaba para que estos sean enajenados en favor de sus poseedores.

En este ejemplo va a operar la desafectación de los bienes afectados al dominio público, sin embargo no se cumplirá el requisito de que se haya perdido el propósito para el cual fue afectado, por el contrario, el propósito para el cual fue afectado es legalizar y regularizar la tenencia de la tierra en Guayaquil, por ende el propósito para el cual fue afectado es justamente enajenar el inmueble, previa desafectación, en favor de los poseedores.

A pesar de que considero que es indispensable que se cumpla el primer requisito para la desafectación de bienes, este ejemplo es la excepción a la regla. Este ejemplo tampoco comparte el criterio de la Procuraduría General del Estado de que un bien declarado de utilidad pública no puede ser enajenado, sin embargo, por principio de jerarquía normativa, las disposiciones de esta ley que se encuentra vigente, son superiores a las del criterio de la Procuraduría, por tanto no serían contradictorias al ordenamiento jurídico.

b) Segundo requisito: “[E]l asentamiento inequívoco de las autoridades”.¹¹⁰ Para que se produzca la desafectación de un bien es necesario el pronunciamiento de una autoridad respecto del bien desafectado. Si bien es cierto, en la desafectación formal, el pronunciamiento de la autoridad competente es expreso y directo hacia el bien que se pretende desafectar, lo mismo no ocurre en la desafectación por hechos o en la desafectación tácita. Los hechos, para que surtan efectos jurídicos en la desafectación, deben contar con el asentamiento o aceptación de la autoridad pública. Nuevamente

¹¹⁰ Marienhoff, *Tratado del Dominio Público*, 202.

retomo el ejemplo expuesto en la aceptación tácita; en el año 1983 ya no se prestaba el servicio de ferrocarril para la cual fue afectada la finca 4108, razón por la que año 1993 Infisa S.A. constituyó una hipoteca sobre dicho inmueble, acto que fue inscrito ante la autoridad pública denominada registro de la propiedad. El hecho por el que opera la desafectación tácita es aceptado por la autoridad pública, ya que si no hubiera sido así el registro de la propiedad no hubiese inscrito una hipoteca sobre un bien de dominio público que es inembargable. En dicho caso, en 1998 otra autoridad pública se pronuncia nuevamente de forma indirecta sobre la desafectación de la finca en mención, ordenándose por parte del Estado la suspensión de la vía férrea que se dirigía al aeropuerto de Barajas en Madrid, y que pasaba por la finca. A pesar de que en ningún momento las autoridades públicas se pronuncian directamente acerca de una posible desafectación en la finca señalada, sin embargo en sus dos pronunciamientos aceptan que el inmueble no es de uso público y ya no presta un servicio público. En este sentido, la falta de uso de un bien de dominio público no es una circunstancia determinante para que opere la desafectación, lo que viene a ser determinante es que la autoridad pública acepta que la falta de uso de ese bien ha generado que el mismo pierda la calidad para la cual fue afectado y consecuentemente se produzca la desafectación del mismo.

c) Tercer requisito: “[q]ue, tanto al manifestar su asentamiento como al emitir el respectivo acto, las autoridades actúen en ejercicio legítimo de su competencia.”¹¹¹ La competencia “[e]s el grado de idoneidad jurídica, de correspondencia que tiene el servidor para conocer y decidir sobre un asunto determinado”.¹¹² El presente requisito implica que en las desafectaciones formales, los actos administrativos o leyes, sean dictados por funcionarios o autoridades públicas que tengan la competencia, derivada de la ley, para pronunciarse y decidir sobre determinada desafectación. De igual manera, en las desafectaciones por hechos y tácita, el asentamiento o aceptación de los hechos que derivaron en una desafectación debe provenir de autoridades que tenga la facultad suficiente para pronunciarse sobre dicho hecho. La falta de competencia de la autoridad pública, conllevará a que el acto sea nulo, y por tanto la desafectación no generará efecto jurídico alguno.

En mérito de lo expuesto, se deduce del presente capítulo que un bien para pertenecer al dominio público debe ser afectado a través de la voluntad del Estado,

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² Patricio Secaira Durango, *Curso breve de derecho administrativo* (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 129.

teniendo dicho régimen características propias que buscan proteger a esos bienes, considerados de toda la población. A través de la desafectación los bienes de dominio público, estos cambian de régimen de dominio público a uno de dominio privado, similar al de los bienes de personas particulares y comerciales. Por dicho cambio de régimen, la desafectación de un bien debe cumplir una serie de requisitos. A pesar de que existen diferentes formas de desafectar un bien, es importante señalar que, sin importar la forma, siempre habrá una manifestación por parte del Estado respecto de la desafectación realizada a un bien y el cumplimiento de los requisitos para que se produzca la desafectación. El Estado expresará su manifestación de desafectar un bien, a través de actos y hechos administrativos, emitidos por autoridades competentes.

Una vez que he determinado que solo los bienes de dominio público se encuentran afectados al Estado, y las formas en que se pueden desafectar dichos bienes, es pertinente estudiar los actos y hechos a través de los cuales se pueden desafectar bienes. También es necesario establecer las competencias y potestades que tendrán las autoridades y entidades estatales el momento en que se produce la desafectación de bienes de dominio público, así como los títulos y los modos por los cuales pueden ser adquiridos dichos bienes para parte de personas privadas.

Capítulo dos

Análisis de actos y hechos administrativos a través de los cuales se desafectan bienes del Estado a título gratuito

El acto administrativo es la “[d]eclaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa”.¹¹³ Mientras que el hecho administrativo puede ser definido como “[t]oda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos”.¹¹⁴

En este sentido se debe manifestar que la forma que tiene para expresarse el Estado y la administración pública es a través de la emisión de actos administrativos, y de hechos administrativos que pueden provenir de efectos producidos por actos administrativos, o de simples operaciones materiales. Si bien es cierto que el Estado en un acto administrativo exterioriza una manifestación de su voluntad, se debe destacar que los hechos administrativos también producirán efectos jurídicos, a pesar de que el Estado en los mismos no tiene una decisión directa, constituyendo estos hechos más una serie de actividades físicas, pero con efectos jurídicos.

Tanto hechos como actos administrativos podrán ser ejecutados en aplicación de las potestades del Estado, y gozarán de legalidad determinando la competencia de la autoridad que emita los mismos.

En el presente capítulo se pretende establecer los actos y hechos administrativos a través de los cuales se pueden desafectar bienes. Así mismo se analizará las potestades del Estado que se encuentran inmersas en la desafectación de bienes de dominio público, y quienes son los órganos competentes. Con tales estudios se determinarán los bienes que el Estado puede desafectar y sus formas de transferir el dominio.

¹¹³ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, t. 1, 1.ª ed. (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017), X-9.

¹¹⁴ Dromi, *Derecho Administrativo*, 197.

1. Potestades y competencias de las Autoridades Administrativas en procesos de desafectación de bienes del Estado

Con el fin de que se pueda alcanzar a comprender el desarrollo de ésta investigación, en un principio realizaré un análisis de ciertos conceptos, y posteriormente se verificará como se produce su aplicación en nuestra legislación.

La potestad pública puede ser entendida como “[e]l poder público que el Estado tiene para cumplir los objetivos de su creación, la fuerza moral que nacida de la soberanía permite gobernar a la nación”.¹¹⁵ En otros términos, la potestad pública es el poder que tiene el Estado para tomar decisiones, en nombre del pueblo.

Como se ha señalado en el presente trabajo, manejamos la teoría de que el Estado es un administrador de los bienes de la población, los bienes de dominio público son del pueblo, el Estado realiza diferentes gestiones de dichos bienes, teniendo el poder inclusive para desafectar bienes.

La potestad pública se caracteriza por ser inalienable, intransferible, imprescriptible, e irrenunciable.¹¹⁶ El poder de decisión del Estado, no puede ser cedido en forma definitiva, no se pierde en el transcurso del tiempo, ni el Estado puede renunciar o dimitir de la utilización de dicho poder. Así, las potestades administrativas son únicas e inherentes al Estado.

El jurista Patricio Secaira,¹¹⁷ realiza la siguiente clasificación de la potestad pública:

a) Potestad legislativa: Es el poder que tiene el Estado para dictar leyes. Ésta potestad es ejercida por la función legislativa, representada por la Asamblea Nacional.¹¹⁸ La presente potestad es de gran relevancia ya que a través de la emisión de leyes se regulará todo lo inherente a la administración pública, en aplicación del principio de legalidad. En este sentido, a través de la potestad legislativa, se dictarán “[n]ormas para cualquier función realizada por la administración: puede legislar sobre la función pública y el servicio civil, sobre la organización y el funcionamiento administrativo interno, sobre cualquiera de los actos que dicte la administración”.¹¹⁹

¹¹⁵ Secaira Durango, *Curso breve de derecho administrativo*, 121.

¹¹⁶ Jaramillo Ordóñez, *Manual de Derecho Administrativo*, 100.

¹¹⁷ Secaira Durango, *Curso Breve de Derecho Administrativo*.

¹¹⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 118, 1.º inc. “La función legislativa se ejerce por la Asamblea Nacional, que se integrará por asambleístas elegidos para un periodo de cuatro años”.

¹¹⁹ Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, VII-8.

Esto quiere decir que el Estado tiene un monopolio legislativo, solo el Estado tiene la potestad de establecer normas que regulen la conducta de todas las personas. Por tanto, el Estado podrá afectar bienes a través de la potestad legislativa, incorporándolos al dominio público al ser estos regulados en las leyes, como es el caso de los bienes de dominio público natural. También a través de la legislación se podrá establecer si determinado bien será de uso público o su utilización constituirá un servicio público, produciéndose de igual manera una afectación del bien.

El Estado así mismo, en uso de su potestad legislativa podrá desafectar bienes, al determinar en normas legislativas que bienes no pertenecen al dominio público, produciéndose una desafectación formal. En uso de esta potestad el Estado podría regular la clasificación de los bienes de dominio público por su origen comercial, que se ha desarrollado en el anterior capítulo.

Le ley es un precepto normativo, el cual tiene un carácter general, con el propósito de lograr el bien común¹²⁰. En este sentido, es imposible que la ley regule cada situación específica que se presente en el Estado, consecuentemente, a través de la potestad legislativa no se podrán normar todas las situaciones de desafectación o afectación de bienes del dominio público, pero la ley si podrá establecer procesos y principios generales respecto de los bienes del Estado.

El monopolio legislativo no implicará arbitrariedad del Estado en uso de la facultad legislativa, es decir, siempre ésta responderá a la satisfacción de intereses generales.

b) Potestad reglamentaria: Es el poder del Estado para dictar normas de menor jerarquía, que serán complementarias a las leyes dictadas por el legislativo. “[E]sta prerrogativa es consecuencia de la discrecionalidad de que gozan los órganos de la administración para emitir estos instrumentos legales”.¹²¹

Hay que destacar que también tiene gran importancia la presente potestad ya que al igual que la anterior, conlleva a la emisión de normas que regularán la actividad administrativa y de los particulares, de menor jerarquía y de mayor especificidad.

La mayor cantidad de normas del ordenamiento jurídico se producirá justamente a través de la potestad reglamentaria, las cuales se subordinarán a las normas con rango

¹²⁰ Secaira Durango, *Curso breve de derecho administrativo*, 66.

¹²¹ Jaramillo Ordóñez, *Manual de Derecho Administrativo*, 102.

y fuerza de ley; así mismo, ésta potestad tiene su fundamento en habilitaciones legislativas específicas.¹²²

Lo señalado implica que la potestad reglamentaria de los órganos de la administración pública estará dada por la potestad legislativa, es decir, la ley establecerá que dependencias del Estado tendrán poder suficiente para emitir reglamentos.

Según lo que determina el Código Orgánico Administrativo, ésta potestad estaría reservada para el Presidente de la República, con el fin de que el mismo emita los reglamentos que fueren necesarios para las leyes del dictadas por la Asamblea Nacional.¹²³

Particularmente considero que la potestad reglamentaria no es exclusiva del Presidente de la República, o de la función ejecutiva ya que existen otros estamentos del Estado, que dentro de sus competencias también gozan de dicha potestad. Un ejemplo de ello es la Contraloría General del Estado, ente autónomo perteneciente a la función de transparencia y control social, el cual tiene dicha potestad para dictar reglamentos a todas las instituciones del Estado, respecto del sistema de control y determinación de responsabilidades.¹²⁴

Los bienes de dominio público artificial podrán ser afectados y desafectados en uso de ésta potestad, considerando que son situaciones más específicas en las cuales el Estado puede expresar su voluntad, de incorporar o sacar del dominio público determinado bien creado por la mano del hombre, a través de un reglamento. Hay que considerar que la regulación de afectación y desafectación de los bienes de dominio público natural, está reservada para la potestad legislativa.

c) Potestad controladora: “[E]s una potestad que tutela la legalidad de las operaciones administrativas en todas sus derivaciones”.¹²⁵ Esta potestad constituye el poder que tiene el Estado para poder verificar si un acto o hecho ha cumplido con los requerimientos y requisitos establecidos en la normativa legal vigente. Es así que en uso

¹²² Parejo Alfonso, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 138-9.

¹²³ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, art. 129. “Potestad reglamentaria del Presidente de la República. Le corresponde al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria en relación con las leyes formales, de conformidad con la Constitución. El ejercicio de la potestad reglamentaria es independiente de la competencia normativa de carácter administrativo que el Presidente de la República ejerce en relación con el conjunto de la administración pública central.”

¹²⁴ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial 595, 12 de junio de 2002, art. 7, numeral 5.

¹²⁵ Secaira Durango, *Curso breve de derecho administrativo*, 124.

de ésta potestad se pretende que el Estado tenga la capacidad de controlar actos y hechos muy específicos que se presenten dentro de la población.

El Estado en uso de ésta potestad deberá verificar que se cumplan con todos los requisitos tanto de afectación como de desafectación de bienes de dominio público, entendiendo que los mismos deberían estar desarrollados en leyes y reglamentos, dados por las potestades anteriormente descritas. De igual manera se verificará si en la legislación existieren requisitos adicionales para la afectación o desafectación de bienes.

d) Potestad jurisdiccional: Es el poder a través del cual el Estado brinda acceso a toda persona para acudir a los órganos judiciales, a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, garantizando que sean de obligatorio cumplimiento las resoluciones judiciales.¹²⁶ Es decir, a través de la mencionada potestad, el Estado tendrá el poder para contar con un sistema de administración de justicia, el cual será aplicable tanto para instituciones públicas como para particulares.

En nuestra legislación, la administración de justicia es ejercida por órganos que pertenecen a la función judicial, y en materia constitucional es ejercida por la Corte Constitucional.¹²⁷

La potestad jurisdiccional garantiza que tanto el Estado como personas particulares puedan acudir a los órganos judiciales, si consideraren que la afectación o desafectación de un bien ha vulnerado sus derechos como parte de la población.

El ejercicio de la potestad jurisdiccional podemos observarlo en la resolución 67-2006, de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia¹²⁸. Los moradores de la urbanización “Vista Hermosa”, a través de su procurador en común, siguieron un juicio de nulidad de contrato de compraventa en contra del Municipio de Tulcán y el señor Jackson Fabricio Hinojosa. Es así que el Municipio de Tulcán, a través de su Alcalde, vendió un lote de terreno al señor Jackson Fabricio Hinojosa, el cual se encontraba dentro de la urbanización “Vista Hermosa”. Dicho lote de terreno, antes de su venta, fue entregado previamente por la urbanización “Vista Hermosa” al Municipio del cantón, con el fin de que el mismo se constituya en el área verde y de uso comunal del conjunto. Es así que el bien fue afectado por el Municipio de Tulcán a través de la

¹²⁶ Jorge Zavala Egas, “La unidad jurisdiccional”, *Iuris Dictio*, 1 (2000): 20, doi: 10.18272/iu.v1i1.467.

¹²⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, arts. 178, 429.

¹²⁸ Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia” en *Juicio 79-2004*, 3 de marzo de 2006.

ordenanza que aprobó la constitución de la urbanización y la respectiva transferencia del lote en mención a favor del municipio, considerando que se afecta dicho inmueble para que sea de uso público de la comunidad, integrándolo así el dominio público. El órgano de justicia a través de ésta resolución determinó que no existió desafectación previa del inmueble en el contrato de compraventa celebrado por el Municipio de Tulcán y el señor señor Jackson Fabricio Hinojosa, ya que la afectación del mismo se produjo mediante una ordenanza municipal, mientras que el acto en el que se resolvió su disposición fue en una resolución simple, la cual no contó con los requisitos para producirse la desafectación del bien. En este sentido, el bien al continuar perteneciendo al dominio público, no es susceptible de enajenación debido a las características del mismo, declarándose procedente la demanda de nulidad de contrato.

Al respecto al caso señalado, cabe hacer mención al principio de jerarquía normativa. A través de este principio, establecido en la Constitución,¹²⁹ determina las normas que son superiores a otras, y como aquellas inferiores deben adecuarse a lo establecido en las superiores. La constitución de la urbanización “Vista Hermosa” fue aprobada por ordenanza del Municipio de Tulcán en la que se afectó el área verde de dicha urbanización, pasando a ser parte del dominio público del Municipio en mención. Mientras que la venta del área verde y comunal de dicho conjunto, con la desafectación correspondiente, fue aprobada por resolución del alcalde.

De conformidad con lo expuesto se determina que la resolución del alcalde no podía contravenir normas superiores, en el presente caso, no podían violentar a las disposiciones emitida ordenanza donde se afectó el inmueble.

En mi criterio, al evidenciarse que la ordenanza es una norma superior a la resolución del alcalde, para que se produzca la desafectación del inmueble en mención sería necesario realizarlo a través de otra ordenanza, o a través de una norma jerárquicamente superior a dicha ordenanza, aplicando así el principio de jerarquía normativa.

En general, cualquier tipo de litigio respecto de los bienes de dominio público, acerca de su afectación o desafectación, puede ser puesto en conocimiento de las

¹²⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 425. “Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior”.

autoridades judiciales correspondientes, quienes resolverán dichas controversias. La potestad jurisdiccional garantizará el presente ejercicio.

e) Potestad sancionadora: Es el poder que tiene el Estado para “[m]antener el acatamiento a las normas jurídicas, restaurar el orden jurídico lesionado, y evitar que prevalezcan actos contrarios a la ley”.¹³⁰ Es decir, en el uso de la presente potestad el Estado tendrá el poder para que sus decisiones sean cumplidas, caso contrario la administración a través de sus diferentes órganos puede multar o poner penas por el incumplimiento de sus mandatos, e inclusive hacer cumplir sus decisiones de manera forzosa.

Esta potestad podrá ser utilizada por el Estado cuando a pesar de que afectó bienes, personas particulares pretenden apropiarse de los mismos a través de actos y hechos antijurídicos. Por ejemplo, el Código Orgánico Integral Penal, agrava el delito de robo, si el mismo corresponde a un bien público,¹³¹ justamente con el fin de sancionar de manera más drástica aquel acto en el cual un particular se apropie de un bien que pertenece a todo el pueblo.

Mientras que el Reglamento General para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes e Inventarios del Sector Público,¹³² permite que la Contraloría General del Estado vigile la adecuada administración de los bienes del Estado, estableciendo responsabilidades administrativas, civiles y penales sobre aquellos funcionarios que incumplan sus normas, valorando los daños que se pudieron causar por una inadecuada administración de bienes públicos.

f) Potestad de mando: “[E]s el poder estatal por medio del cual la administración pública está capacitada para tomar decisiones, imponerlas a los administrados y hacer que éstas sean debidamente cumplidas”.¹³³

Me he permitido hacer referencia al final a ésta potestad, ya que considero que en ella se resumen las anteriores. El Estado, en representación de la población debe tomar decisiones, ya sea la creación de leyes, reglamentos, o multas, con el objetivo de beneficiar a toda la colectividad, así como satisfacer sus necesidades.

¹³⁰ Jaramillo Ordóñez, *Manual de Derecho Administrativo*, 102.

¹³¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 189.

¹³² Ecuador Contraloría General del Estado, *Acuerdo 041-CG-2017*, Registro Oficial 150, Suplemento, 29 de diciembre de 2017.

¹³³ Secaira Durango, *Curso breve de derecho administrativo*, 126.

Por ejemplo, en la clasificación de los bienes de dominio público por los fines que persigue la afectación, el Estado justamente al afectar determinado bien está tomando la decisión de que el mismo pertenezca al dominio público, ya sea para su uso público, para su utilización en un servicio público, o para el fomento de la riqueza nacional. Así mismo, en la desafectación formal, el Estado tomará la decisión, plasmada en una ley, reglamento o acto administrativo, de que un bien de dominio público salga de dicho régimen, con el fin o propósito de que la desafectación del bien beneficie a la población.

De esta manera, el Estado a través de la administración pública, es la única entidad que tiene el poder o la potestad de mando para decidir sobre el fin de los bienes de dominio público, y si los mismos resultan desafectados por conveniencia del propio Estado, siempre que dicha desafectación responda de manera beneficiosa a los intereses colectivos.

La competencia es el “[c]onjunto de funciones que un agente puede legítimamente ejercer; el concepto de competencia da así la medida de las actividades que de acuerdo al ordenamiento jurídico corresponden a cada órgano administrativo”.¹³⁴ La competencia vienen a ser las funciones establecidas legalmente a determinado órgano del Estado. Esto implicará que la competencia siempre estará ligada a que una norma legal otorgue determinada función a una entidad de la administración pública.

El análisis de las competencias dentro del Estado es básico para llegar a comprender qué funcionarios públicos tienen la capacidad para desafectar bienes, y cómo se llegar a producir la desafectación de bienes de dominio público, en aplicación de la normativa que envuelve este proceso, determinando los fines e intereses públicos que se deben obtener del mismo.

En virtud de que se ha determinado que la competencia proviene de la norma legal que la otorgue, se ha procedido a tomar la clasificación de la competencia establecida en el Código Orgánico Administrativo. Así, la competencia se divide en razón de la materia, tiempo, territorio y grado.¹³⁵

a) Competencia en razón de la materia: Esta competencia ésta dada por la clase de asunto, por el objeto de conocimiento y decisión administrativa.¹³⁶ Así, cada entidad del Estado tendrá una materia de conocimiento, la cual responde a la división de trabajo y a

¹³⁴ Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, XII-5.

¹³⁵ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, art. 65.

¹³⁶ Secaira Durango, *Curso breve de derecho administrativo*, 129.

la especialización de órganos.¹³⁷ Lo manifestado conllevará a que esta competencia se enmarque dentro de las determinadas actividades que va a conocer el órgano del Estado en un sector específico. La legislación determinará cuáles serán los límites del sector de conocimiento de la entidad estatal.

En lo que se refiere a la desafectación de bienes, aquellas organizaciones de derecho público, autónomas, con personería jurídica, patrimonio propio, responsabilidad y especialidad, creadas por el Estado, encargadas de prestar servicios a la colectividad,¹³⁸ podrá realizar desafectaciones dentro de la materia u objetos que la ley les ha otorgado para su conocimiento.

Esto quiere decir que un órgano del Estado no podrá desafectar bienes de otra entidad estatal, la desafectación se producirá únicamente de aquellos bienes que pertenecen a la institución, del patrimonio propio de la misma. De igual manera, una entidad del Estado, no podrá afectar bienes que no respondan al sector específico que se le ha asignado para su conocimiento.

Al respecto de la competencia en razón de la materia, se debe señalar que la función ejecutiva, así como las empresas creadas por el Estado, y en las que cuenta con participación mayoritaria, tienen con una entidad especializada para la gestión de bienes inmuebles. Dicha entidad se denomina Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, y la misma está encargada de autorizar, celebrar y suscribir actos administrativos, así como cualquier otro instrumento en lo que respecta a transferencia de dominio de bienes inmuebles.¹³⁹ Esto quiere decir que el Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, será el ente encargado de afectar y desafectar bienes inmuebles de dominio público, ya sea a título gratuito u oneroso, a través de actos administrativos, siempre y cuando los mismos pertenezcan al ejecutivo o empresas públicas. Al no existir otra entidad especializada en gestión de bienes, entenderíamos que el resto de bienes del ejecutivo y empresas públicas, así como los bienes de otras funciones del Estado, podrán ser afectados y desafectados para cada institución pública, siempre que cuenten con patrimonio propio y respondan al sector específico de conocimiento que la norma jurídica les ha asignado.

b) Competencia en razón del tiempo: “[C]ompetencia que asigna idoneidad al órgano público para que conozca y resuelva los asuntos que le están atribuidos solo dentro

¹³⁷ Parejo Alfonso, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 197.

¹³⁸ Jaramillo Ordóñez, *Manual de Derecho Administrativo*, 94.

¹³⁹ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1377*, Registro Oficial 5, 1 de junio de 2017.

del periodo previamente fijado en la ley; lo cual significa que toda resolución expedida fuera de ese lapso, se realiza cuando esa competencia ha precluido”.¹⁴⁰

Dicha competencia se genera en virtud del plazo o término en el cual determinado órgano puede ejercer sus funciones o atribuciones encomendadas. Al respecto se debe manifestar que en lo que se refiere a la afectación de bienes, los que se afectan de forma frecuente son aquellos de dominio público artificial, los que son adquiridos a título oneroso, a través de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹⁴¹ y su reglamento general,¹⁴² cumpliendo con los plazos y términos establecidos en dichas normas.

Mientras que en lo que se refiere a la desafectación, no existen plazos o términos para desafectar bienes, por el contrario, siempre existe la tendencia de proteger los bienes de dominio público, de ahí la lógica de que los mismos gocen de características que propendan su protección. Sin embargo, se deberá dar cumplimiento a los plazos y términos que se establezcan en normas para circunstancias específicas, si hubiere que desafectar bienes de forma inmediata. Por ejemplo, podemos ver que existe competencia en razón del tiempo para desafectar bienes, en las Normas de Optimización y Austeridad del Gasto Público,¹⁴³ en las cuales el Presidente de la República, a través de su potestad de mando decidió que el Estado debe ahorrar sus recursos. En tal virtud, el Presidente decretó que en el plazo de 180 días se debían enajenar los vehículos de alta gama dentro de la función ejecutiva. Para dicha enajenación, se debe realizar la desafectación correspondiente en el plazo antes señalado.

c) Competencia en razón del territorio: Es aquella en la cual un órgano tiene delimitada su competencia a determinada circunscripción territorial, y por tanto no puede excederse de ella.¹⁴⁴ Es decir, la misma se encuentra dada por la distribución territorial y división política del Estado, en la cual determinado órgano público puede ejercer sus funciones únicamente sobre aquel espacio físico asignado.

Por ende, dentro de ésta competencia se deberán tomar en cuenta los límites territoriales que se han fijado para su ejercicio. Es así que los órganos del Estado cuya competencia sea de índole nacional, tanto afectaciones como desafectaciones de sus

¹⁴⁰ Secaira Durango, *Curso breve de derecho administrativo*, 130.

¹⁴¹ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, Suplemento, 4 de agosto de 2008.

¹⁴² Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1700*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009.

¹⁴³ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 135*, Registro Oficial 76, 11 de septiembre de 2017, art. 18.

¹⁴⁴ Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, XII-14.

bienes podrán ser realizadas en cualquier parte del territorio. De igual manera, los gobiernos autónomos descentralizados, tienen la facultad de desafectar bienes, dentro de sus competencias territoriales.

En lo que respecta a bienes de dominio público natural, al ser los mismos desafectados y afectados por una potestad legislativa ejercida por la Asamblea, órgano que tiene competencia a nivel nacional en lo que respecta a la creación de leyes, se evidencia que en ese caso, la entidad señalada tendrá competencia para realizar una desafectación formal o afectación a nivel de todo el territorio nacional, a través de la ley que emita para el efecto.

La asignación de competencia por razón del territorio permitirá separar la actuación de órganos del Estado con idénticas funciones.¹⁴⁵ A manera de ejemplo podría ser que todos los municipios del Ecuador son entidades que manejan las mismas funciones, pero el Municipio de Quito no tendrá competencia para desafectar bienes del Municipio de Rumiñahui, ya que su competencia radica en la circunscripción territorial del cantón Quito, y no tiene competencia alguna sobre el territorio de otro cantón.

d) Competencia en razón del grado: Se “[r]elaciona con la jerarquía que ocupa el órgano o la persona del aparato administrativo. De modo que la ley se encarga siempre de establecer cuál será el órgano administrativo con facultad jurídica para emitir la voluntad pública, sin que el superior pueda tomar a su arbitrio las que competan al inferior y éste las de aquel”.¹⁴⁶

Como se ha establecido en la conceptualización referida, al hablar de ésta clase de competencia, hay que tener claro el concepto de jerarquía, ya que constituye el parámetro fundamental para determinarla.

La jerarquía es la relación jurídica administrativa interna, que vincula entre sí a los funcionarios, empleados y órganos de la administración, mediante poderes de subordinación, relación que se dará dentro de un mismo ente administrativo.¹⁴⁷ La competencia en razón del grado se dará en función de la jerarquía que un funcionario u órgano ocupe en determinado ente estatal. “[C]ada grado de autoridad conferida corresponde natural y necesariamente un grado de responsabilidad asumida y viceversa”.¹⁴⁸ Lo señalado implica que en cada órgano estatal existirán funcionarios con

¹⁴⁵ Parejo Alfonso, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 197.

¹⁴⁶ Secaira Durango, *Curso breve de derecho administrativo*, 129.

¹⁴⁷ Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, XII-24.

¹⁴⁸ Jaramillo Ordóñez, *Manual de Derecho Administrativo*, 291.

mayor y menor jerarquía, de conformidad con la importancia de las funciones y responsabilidades asumidas.

Esto quiere decir que la ley o norma jurídica determinará que funcionario u órgano, en razón de las responsabilidades que le han sido atribuidas por su jerarquía, es competente para afectar y desafectar bienes de dominio público. De forma general el Código Orgánico Administrativo señala que las máximas autoridades de las entidades públicas ejercen la representación de los órganos del estado para intervenir en actos, contratos y relaciones jurídicas sujetas a su competencia.¹⁴⁹ De lo expuesto se colige que la competencia de las relaciones jurídicas que provengan de la afectación o desafectación de bienes de dominio público radicará en la máxima autoridad de la institución respectiva.

La delegación consiste en un fenómeno en virtud del cual la máxima autoridad transmite el ejercicio de una competencia que le pertenece íntegramente hasta entonces, pero reteniendo la titularidad de la competencia, pudiendo en cualquier momento revocar la delegación.¹⁵⁰ Lo expuesto implica que la máxima autoridad podrá delegar o entregar de forma vertical a uno de sus inferiores, la competencia sobre la representación del órgano al que pertenece, tanto en relaciones jurídicas que provengan de afectaciones o desafectaciones.

De forma más específica, el Reglamento General para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes e Inventarios del Sector Público,¹⁵¹ emitido por la Contraloría General del Estado, determina que los funcionarios competentes para disponer bienes son las máximas autoridades de cada entidad del Estado, o su delegado. Esto quiere decir, que las máximas autoridades de órganos estatales, a través de su potestad de mando, podrán desafectar bienes de dominio público a cualquier título.

En mérito de lo expuesto, se puede colegir que es indispensable determinar la competencia que ostenta una entidad pública previa la desafectación de un bien. Para aquello se debe realizar un análisis respecto de las facultades y la materia que la ley ha conferido a determinado estamento público, así como si goza de patrimonio propio para poder manejar de forma independiente sus bienes. Además, se deberán verificar si existen plazos o términos para la desafectación de un bien determinado. De igual manera, se deberá establecer el territorio físico sobre el cual una entidad estatal puede realizar hechos

¹⁴⁹ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, art. 47.

¹⁵⁰ Parejo Alfonso, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 199.

¹⁵¹ Ecuador Contraloría General del Estado, *Acuerdo 041-CG-2017*, Registro Oficial 150, Suplemento, 29 de diciembre de 2017, art. 9.

o actos de desafectación. Estos actos y hechos deberán provenir de la máxima autoridad de la entidad, o de su delegado.

2. Bienes del Estado que pueden ser desafectados a título gratuito

Para comprender que bienes pueden ser desafectados a título gratuito debemos remitirnos a la clasificación de los bienes del Estado en aquellos que son de dominio público natural y de dominio público artificial, compartiendo estos preceptos con los descritos por el tratadista Miguel Marienhoff en su obra “Tratado de Derecho Administrativo”.¹⁵²

Previo a realizar un análisis de los bienes en mención, cabe determinar que comprende el principio de paralelismo de las formas dentro de la desafectación de bienes. El mismo implica que el acto de desafectación debe ser emitido por las mismas autoridades y los mismos medios utilizados para la afectación del bien.¹⁵³ Como se analizará a continuación la aplicación de este principio es relativa, ya que si bien existirán bienes de dominio público que para su desafectación será indispensable seguir el mismo medio a través del cual fueron afectados, sin embargo existirán bienes que podrán ser desafectados por hechos que no tomarán en cuenta la forma en que el bien fue afectado.

a) Bienes de dominio público natural: Como se había desarrollado en el capítulo anterior, estos bienes son aquellos que se presentan en estado natural, creados por la naturaleza. De igual manera se ha señalado anteriormente que esta clase de bienes únicamente podrán ser afectados por ley. Al respecto cabe indicar que en el presente caso es aplicable el principio de paralelismo de las formas, es decir, para que se pueda producir la desafectación de esta clase de bienes se lo deberá realizar mediante la expedición de una ley que los desafecte del dominio público. Específicamente dicha ley deberá señalar que el cambio de régimen jurídico a dominio privado no representa erogación económica alguna por parte del que adquiere el bien en mención, para que sea adquirido a título gratuito.

La fundamentación para que se aplique el principio de paralelismo de las formas en los bienes de dominio público natural radica en que el Estado es el único ente que puede determinar el cambio de la condición legal y el carácter jurídico de las cosas.¹⁵⁴

¹⁵² Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t.V, 225-6.

¹⁵³ *Ibíd.*, 226.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, 227.

Por ende, si el Código Civil¹⁵⁵ establece que son bienes de dominio público el mar adyacente, sus playas, los nevados perpetuos o los ríos, la única forma en que dichos bienes pueden ser desafectados es mediante la expedición de una ley. Para que sean desafectados a título gratuito, la ley debe determinar la imposibilidad de erogación económica por parte del administrado en el proceso de desafectación.

De igual manera se determina que el único régimen aplicable para los bienes de dominio público natural, es el de la desafectación formal mediante la emisión de una ley.

b) Bienes de dominio público artificial: Como se ha señalado en el anterior capítulo, estos bienes son aquellos que ha sido constituidos por hechos de personas. El principio de paralelismo de las formas puede ser aplicado en la desafectación de esta clase de bienes. Al haber sido afectados estos bienes por actos administrativos, los mismos pueden ser desafectados por otros actos administrativos, e inclusive podría ser desafectados por leyes.¹⁵⁶ Estas concepciones son coherentes con la aplicación del principio de jerarquía normativa, ya que el acto administrativo que sea emitido para la desafectación de un bien, tendrá que estar ajustado a las normas superiores que lo regulen.

En ese sentido, en un bien de dominio público artificial también es aplicable la desafectación formal, debiendo establecerse al igual que en los de dominio público natural que no existe prestación económica por el administrado en el traspaso de dominio para que este sea a título gratuito.

Por ejemplo, se podría indicar que la adquisición de equipos informáticos en el Estado se lo realiza mediante actos administrativos, para su correspondiente afectación. Así mismo, con el uso de dichos equipos, en años posteriores se determinará que dichos bienes ya no son necesarios para el Estado, y este podrá entregarlos de forma gratuita a instituciones educativas o de asistencia social.¹⁵⁷ En este proceso de desafectación gratuita existe tanto el acto administrativo de afectación, como el de desafectación para entregar a título gratuito dichos equipos a un particular.

Sin embargo, el principio de paralelismo de las formas plantea excepciones en las desafectaciones por hechos y tácitas en los bienes de dominio público artificiales. Como hemos señalado en el capítulo precedente, existirán casos en los cuales se podrán desafectar bienes de dominio público artificial, en los que si bien fueron afectados por un

¹⁵⁵ Ecuador, *Código Civil Codificación 2005-010*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 604, 609, 611, 612.

¹⁵⁶ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t.V, 229.

¹⁵⁷ Ecuador Contraloría General del Estado, *Acuerdo 041-CG-2017*, Registro Oficial 150, Suplemento, 29 de diciembre de 2017, art. 135.

acto administrativo, sin embargo su desafectación se podrá producir por hechos administrativos, rompiéndose el principio en mención.

Por ejemplo, el “[r]emplazo de un mal camino o parte de él, por un nuevo camino que reúne mejor condiciones”.¹⁵⁸ Para dicho reemplazo el Estado emitirá un acto administrativo en el cual resolverá la construcción de un nuevo camino. Con la construcción de este, se producirá el hecho de que ninguna persona o vehículo transite por el mal camino, pudiéndose generar la desafectación del mismo por el hecho en mención, que ya no será usado por el público, y que el mismo no cumpla con el fin para el cual fue creado.

Así mismo tampoco podría ser aplicado el principio de paralelismo de las formas en la desafectación tácita, la cual es considerada como acontecimientos que alejaron del destino público para el cual fue concebido y afectado el bien de dominio público artificial. De la misma manera, un bien de esta clase que fue afectado al Estado por un acto administrativo, podría ser desafectado por sucesos por los cuales el bien ya no tiene una finalidad pública, y por ende ser transferido de forma gratuita a una persona privada.

Ejemplo de lo manifestado lo podemos observar en la resolución No. 72-08 emitida por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Ex Corte Suprema de Justicia.¹⁵⁹ En la misma se resuelve el recurso de casación interpuesto por Angel Yáñez Cabrera y Diego Andrade, Alcalde y Procurador Síndico del Municipio de Riobamba en contra de la parte actora José Luis Ruilova Barrera y Adela Beatriz Rodríguez Navas, dentro de un juicio de prescripción. Es así que tanto el Alcalde y Procurador Síndico del Municipio de Riobamba manifiestan que la parte actora ha pretendido confundir a la autoridad jurisdiccional, al supuestamente posesionarse de un inmueble donde funcionaba los Talleres del Ferrocarril Ecuatoriano, y pretender se declare la prescripción extraordinaria de dominio sobre dicho inmueble. Así mismo, señalan que ese inmueble es un bien de dominio público, al estar destinado al servicio de la comunidad, por ende, no es susceptible a posesión y prescripción. La Corte ha manifestado que Alcalde y Procurador Síndico del Municipio de Riobamba no han podido demostrar el uso público del inmueble, mientras que la parte actora ha demostrado su posesión con la construcción de edificaciones y cultivos, así es procedente la declaratoria de prescripción del inmueble ya que bajo estas circunstancias el mismo pertenecía al dominio privado del Estado.

¹⁵⁸ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t.V, 234.

¹⁵⁹ Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia” en *Juicio* 33/07, 3 de abril de 2008.

En el caso expuesto se evidencia que el inmueble donde funcionaban los Talleres del Ferrocarril Ecuatoriano estuvieron al servicio de la comunidad, cuando el ferrocarril tenía funcionamiento como medio de transporte. Sin embargo, desde hace algunos años el ferrocarril no funciona en la mayor parte del país como medio de transporte, por tanto es bastante lógico que dichos talleres hayan sido descuidados por parte del Estado, se haya perdido su uso público al no funcionar el ferrocarril, y se haya producido la desafectación tácita de ese bien. Así, al encontrarse desafectado, y al pasar a ser parte del dominio privado del Estado, existía la posibilidad de que personas tomen posesión del inmueble, solicitando posteriormente la prescripción extraordinaria de dominio.

Una vez que se ha establecido que el Estado es el único ente que tiene la potestad para desafectar bienes, y ya que hemos analizado las diferentes clases de competencia que deben tener los estamentos públicos, a continuación, se realizará un análisis de los títulos y modos de transferir el dominio de bienes de forma gratuita, y como a través de actos y hechos administrativos se desafectan bienes de dominio público, para que se produzcan dichas transferencias.

El presente estudio se limitará a realizar un análisis de los bienes de dominio público que, al ser desafectados a título gratuito, pasan a un régimen de dominio privado y la propiedad de tales bienes la ostentan personas privadas. No se realizará un análisis de los bienes de dominio público que únicamente cambian de régimen jurídico al dominio privado, pero su propiedad continúa perteneciendo al Estado ya que en dichas circunstancias no existe propiamente transferencia de dominio. Inclusive un bien de dominio público de un órgano del Estado, puede pasar a pertenecer al dominio privado de otro órgano del Estado, sin embargo, a pesar de que en dicho caso existe desafectación, propiamente no existe transferencia de dominio ya que la propiedad del bien le sigue perteneciendo al Estado, pero a otra entidad pública.

2.1. Títulos y modos de adquirir el dominio de bienes desafectados

Para que se produzca la transferencia de dominio de cualquier bien, indiferentemente de las personas que participen en ella, existe la concurrencia de dos elementos: el título y el modo de adquirir. El título constituirá el acto o hecho que sirve de antecedente para la adquisición de dominio, mientras que el modo de adquirir es el hecho o acto que produce efectivamente la adquisición del dominio; por ende solo con el

título no se adquiere el dominio de las cosas, pero de este nace un derecho de exigir que posteriormente se transfiera el dominio mediante el modo de adquirir.¹⁶⁰

Los títulos pueden ser gratuitos u onerosos. En este último, el momento que se produce la desafectación en el título debe haber un pago por parte del privado. En cambio, en los títulos gratuitos la persona privada que adquiere el dominio de un bien desafectado, no tiene la obligación de realizar contraprestación alguna en favor del Estado.

Esto quiere decir que en el momento en que el Estado pretende realizar la transferencia de dominio de un bien de dominio público, en el título gratuito se deberá ver plasmada la voluntad del Estado de desafectar determinado bien ya sea a través de un acto o de un hecho administrativo. En lo que respecta al modo, se determina que a través de este que se realice la entrega física del bien desafectado, ya sea por un acto o hecho administrativo emitido por parte del Estado al particular, perfeccionándose así la transferencia de dominio.

En este punto, es pertinente analizar los modos o formas de adquirir el dominio, que recaigan en aquellos bienes que se pueden transferir a título gratuito, previamente desafectados por actos o hechos administrativos.

De conformidad con el Código Civil,¹⁶¹ las formas de adquirir el dominio son: ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción. Todos estos modos pueden ser adquiridos a título gratuito. La ocupación, accesión, y la prescripción, son modos originarios de dominio, es decir, ellos permiten adquirir la propiedad de determinado bien, independientemente de los derechos de su antecesor. En tales modos, se confunde el título con el modo. Mientras que la tradición y la sucesión por causa de muerte son modos derivativos, es decir, se verificarán los derechos que haya tenido el anterior propietario, pues nadie puede transferir más derechos de los que tiene.¹⁶² Esa misma verificación de derechos permitirá distinguir el título del modo, sin que exista confusión alguna.

Realizaré una explicación de cada uno de los modos para enfocarlos en el contexto del presente estudio, con el fin de determinar los bienes de dominio público que se pueden desafectar, su título, y los actos o hechos administrativos inmersos.

¹⁶⁰ Daniel Peñailillo Arévalo, *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*, 4.ª ed (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 85.

¹⁶¹ Ecuador, *Código Civil Codificación 2005-010*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 603.

¹⁶² Peñailillo Arévalo, *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*, 109-110.

2.1.1. Ocupación

“[E]s el modo de adquirir la propiedad de una cosa que no pertenece a nadie, o respecto de la nadie formula pretensión, por medio de la toma de posesión acompañada de la intención de convertirse en su propietario”.¹⁶³

La presente es una forma de adquisición del dominio que se presenta cuando un determinado bien carece de dueño, y otra persona se apodera de dicho bien. Se evidencia que se adquiere a título gratuito ya que la misma se realiza mediante una apropiación.

Los elementos para que opere la ocupación como modo de adquirir del dominio son: a) que la cosa no tenga dueño; b) aprehensión real o ficta de ella; c) ánimo de dueño; que la adquisición no sea prohibida por el ordenamiento jurídico.¹⁶⁴

Tal ha sido la evolución que ha tenido este modo de adquirir el dominio que algunas legislaciones han adoptado el principio de que los bienes inmuebles que carecen de dueño pertenecen al Estado.¹⁶⁵ El Ecuador no es la excepción, ya que en el Código Civil¹⁶⁶ se establece que las tierras que se encuentren dentro de los límites territoriales y que no tengan dueño, se reputarán como bienes del Estado. En este sentido, la legislación nacional no permite que se puedan adquirir bienes inmuebles por ocupación, ya que dichos bienes siempre tendrán un dueño que es el Estado.

En lo que respecta a bienes muebles, tampoco se podría desafectar un bien de dominio público a través de un título que derive en la ocupación, ya que se evidencia que uno de los elementos de la ocupación es que el bien que se pretende adquirir no tenga dueño. Los bienes de dominio público, para pertenecer a dicho régimen son afectados por el Estado, por tanto, en los bienes de dominio público siempre se va a reputar un propietario que es el Estado. No se podría realizar una transferencia a título gratuito por parte del Estado con este modo de adquisición, consecuentemente tampoco es aplicable la desafectación.

La única situación con características un poco similares a este modo de adquirir el dominio es la pérdida de territorio derivados de conflicto bélicos, ya que el Código Civil¹⁶⁷ establece la posibilidad de que el Estado se haga dueño de todas las propiedades

¹⁶³ Guillermo Ochoa Restrepo, “La ocupación”, *Estudios de Derecho*, 66 (1964): 349, <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/332943/20788939>

¹⁶⁴ Eduardo Carrión Eguiguren, *Curso de Derecho Civil de los Bienes*, 6.^a ed. (Quito: Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1987), 160.

¹⁶⁵ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t.V, 351.

¹⁶⁶ Ecuador, *Código Civil Codificación 2005-010*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 605.

¹⁶⁷ Ecuador, *Código Civil Codificación 2005-010*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 656.

que se toman en guerra de nación a nación.¹⁶⁸ Por lo tanto, existirá la posibilidad que esas propiedades sean afectadas al Estado, si así lo considerare pertinente.

No asimilo esta situación plenamente a la ocupación como modo de adquirir el dominio ya que los territorios de otro Estado apropiados puede que hayan tenido dueño, y que inclusive el ganador se apropie de bienes de dominio público cuyo titular es el Estado que ha perdido el conflicto. De todas maneras, es interesante este ejemplo ya que el Estado ganador de la guerra va apropiarse de los bienes del perdedor, obligándose este último a desafectar sus bienes. Esta desafectación se produciría por hechos administrativos con efectos jurídicos, ya que la situación de que un Estado haya ganado una guerra obedece a la emisión de actos administrativos ordenados por autoridades militares, en cuya ejecución se configuran hechos administrativos como pueden ser los efectos de una la invasión armada a una determinada población, o la destrucción de un campamento militar enemigo.

Así mismo la circunstancia descrita se adaptará a las características de la desafectación por hechos de bienes de dominio público artificial, ya que serán justamente hechos generados por el hombre, como lo es un conflicto bélico, los que conlleven a la rendición del Estado perdedor, el cual permitirá el ingreso de los militares ganadores al territorio del que se están apropiando, hecho administrativo que generará el título de dominio, configurándose al mismo tiempo el modo de adquirir el dominio.

Un ejemplo de lo manifestado se visualiza en el decreto legislativo de 1942¹⁶⁹, emitido por el Presidente de la época en el Ecuador, Carlos Arroyo del Río, en el cual se ratifica el Protocolo de paz, amistad y límites entre el Ecuador y el Perú, firmado en Río de Janeiro el 29 de enero de 1942, en el que el Estado ecuatoriano, entregó territorios en la amazonia al Estado peruano, en virtud de la pérdida en el conflicto bélico entre ambos estados.

2.1.2. Accesión

La accesión es considerado como “[e]l modo de adquisición de la propiedad, por el cual dos cosas pertenecientes a diversos propietarios se unen formando un todo

¹⁶⁸ Carrión Eguiguren, *Curso de Derecho Civil de los Bienes*, 174.

¹⁶⁹ Ecuador, *Decreto Legislativo*, Registro Oficial 516, 14 de mayo de 1942.

inseparable económicamente, ni materialmente, y corresponde ese conjunto al propietario de la cosa principal”.¹⁷⁰

“[S]i las cosas que se unen son de distintos dueños y la ley no dispone su separación, al absorber la cosa principal a la accesoria, la accesión da lugar a una adquisición nueva para el dueño de la cosa principal”.¹⁷¹

Respecto de este modo de adquirir el dominio, este se rige por el principio de que las cosas accesorias siguen la suerte las cosas principales. Es así que, en este modo, uno pasa a ser dueño de lo que produce una cosa, o de lo que se junta a ella. En lo que respecta la aplicación de este modo de adquirir el dominio en el derecho administrativo hay que tomar con ciertas precauciones con el principio señalado. Para determinar si un bien accesorio integra o no el dominio público, es decisivo establecer si el accesorio contribuye o no, en forma permanente, directa e inmediata, a que el bien de dominio público cumpla con su destino; si el bien accesorio es esencial para que el bien de dominio público cumpla con su destino, dicho accesorio también será de dominio público.¹⁷²

En este sentido, se presentará a la accesión como un modo de adquirir el dominio, en el cual en ciertos casos no será aplicable la transferencia de dominio a título gratuito, o no se podrá aplicar la desafectación ya que se constituyen en bienes de dominio privado, que ya fueron desafectados, pero son parte de la propiedad del Estado.

Nuestra legislación ha previsto cuatro clasificaciones en la accesión como modo de adquirir el dominio, las que serán analizadas a continuación.

a) Accesiones de frutos.- Los frutos naturales pertenecen al dueño de la tierra donde se producen. En este sentido, para los frutos regirá el principio general de toda cosa accesoria, “[d]e modo que quien es propietario de la cosa madre es propietario de los frutos, y quien está obligado a restituir la cosa madre debe con ella restituir sus frutos cuando no tuviera título que autorizase su goce”.¹⁷³

Así por ejemplo, si la administración pública a través de un acto administrativo siembra árboles frutales en un parque de dominio público, o en la calle, el hecho de que los frutos de dichos árboles vayan cayendo al suelo, puede generar que dichos frutos también caigan en lotes de propiedad privada por acción del viento, dando la apariencia de que el fruto es un bien de dominio público, y generándose el aspecto de que habrá una

¹⁷⁰ Juan Larrea Holguín, *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*, t. II, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007), 537.

¹⁷¹ Carrión Eguiguren, *Curso de Derecho Civil de los Bienes*, 177.

¹⁷² Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. V, 104.

¹⁷³ Carrión Eguiguren, *Curso de Derecho Civil de los Bienes*, 179.

desafectación al caer en un inmueble privado. Lo señalado es alejado a la realidad, ya que los frutos no son bienes de dominio público, bajo la consideración de que no contribuyen en forma permanente, directa e inmediata a que la calle o el parque cumpla con su destino.¹⁷⁴ Al no ser de dominio público, se entiende que los mismos pertenecen al dominio privado del Estado razón por la cual en la presente accesión no habrá de forma alguna desafectación de bienes del Estado bajo ningún título.

De igual manera sucede con los frutos civiles que el Estado percibe. “[S]e llaman frutos civiles a los precios, pensiones o cánones de arrendamiento, y los intereses de capitales exigibles o impuestos a fondo perdido”.¹⁷⁵

Al respecto se debe señalar que un bien del Estado que se encuentra siendo arrendado, o que se encuentre generando rentas y utilidades, evidentemente pertenece al dominio privado del Estado y ya fue desafectado previamente, ya que dicho bien no cumpliría con el elemento finalista del dominio público; por aquello mismo al no encontrarse al uso del público, se ha entregado el bien al uso exclusivo de un privado generando una renta económica.

b) Accesiones del suelo.- Estas son accesiones que se presentan entre bienes inmuebles. La desafectación a través de este modo de adquirir de dominio se puede producir a través del aluvión, la avulsión, la inundación, la mutación del álveo de un río y la formación de nueva isla. Esta accesión se produce solo por la acción de fuerzas naturales.¹⁷⁶

Un aluvión es el aumento que recibe la ribera del mar o de un río o lago, por el lento e imperceptible retiro de las aguas.¹⁷⁷ Esto quiere decir que este fenómeno se produce cuando el agua del mar, ríos o lagos, que son bienes de dominio público, se retira de forma permanente del espacio que ocupaba, creándose una superficie de terreno, cuya propiedad podrá ser reclamada por el dueño del inmueble que colinde con este espacio.

No habrá aluvión si el retiro de las aguas se produce por una obra del hombre y de forma periódica, por ende el retiro de las aguas debe ser enteramente natural y de forma definitiva.¹⁷⁸

¹⁷⁴ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. V, 103.

¹⁷⁵ Carrión Eguiguren, *Curso de Derecho Civil de los Bienes*, 182.

¹⁷⁶ Larrea Holguín, *Manual Elemental de Derecho Civil Del Ecuador*, t. II, 546.

¹⁷⁷ Ecuador, *Código Civil Codificación 2005-010*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 665.

¹⁷⁸ Carrión Eguiguren, *Curso de Derecho Civil de los Bienes*, 183.

En este sentido, se debe aclarar que esta accesión es únicamente aplicable para las riberas de los ríos, considerando que en lo que respecta a los lagos, los mismos tienen una subida y bajada de aguas, sin embargo, no se da el fenómeno de que las aguas se retiren constantemente. En lo que respecta a la ribera del mar, es cierto que la misma puede retirarse, pero la ribera es colindante con la playa, bien que es de dominio público como se ha citado anteriormente, por lo tanto este tipo de accesión solo va en beneficio propio del Estado sin que se presente un fenómeno de desafectación.¹⁷⁹

En este caso de las riberas de los ríos, el modo de adquirir el dominio de la accesión evidentemente produce desafectación del bien de dominio público, ya que ese espacio que era ocupado por la corriente del río, ahora ya no será usado por la colectividad, por el contrario pasará a pertenecer al dueño del inmueble contiguo. La transferencia es a título gratuito, y el título es la norma del Código Civil¹⁸⁰ que regula esta situación. El modo se perfeccionará cuando el dueño del predio contiguo ocupe el espacio dejado por el retiro del agua.

La avulsión es aquel fenómeno en el cual una parte del suelo es transportada a otro sitio, por una fuerza natural violenta, conservando el dueño del suelo transportado su dominio, solo para el efecto de llevarse las cosas que están en el suelo arrancado y que sean transportables. Si no reclamare el dominio señalado en un año, reclamará el dominio el dueño del sitio al cual el suelo fue transportado, resultando una adquisición por accesión. La porción del suelo transportado debe ser plenamente identificable, para que sea singularizado y opere la avulsión.¹⁸¹

A través de la avulsión, una persona privada si podría adquirir un bien del Estado, si el suelo de una entidad estatal por fuerza natural recayere en una propiedad privada. Al no existir el reclamo del Estado, se podría producir una desafectación tácita, y consecuentemente operar el modo de adquirir el dominio de la accesión. Es evidente que este fenómeno es muy poco común.

En la inundación, “[s]i una heredad es inundada, el dueño de ella conserva su propiedad, y recupera la posesión luego que las aguas se retiran”.¹⁸² Esta figura de la accesión no sería aplicable para la desafectación a personas privadas, ya que si un predio

¹⁷⁹ Larrea Holguín, *Manual Elemental de Derecho Civil Del Ecuador*, t. II, 547.

¹⁸⁰ Ecuador, *Código Civil Codificación 2005-010*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 665.

¹⁸¹ Carrión Eguiguren, *Curso de Derecho Civil de los Bienes*, 184.

¹⁸² Ecuador, *Código Civil Codificación 2005-010*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 669.

del Estado se inunda, no implica que la inundación producirá una transferencia a un tercero, por el contrario el Estado no estará en posesión del bien, y no podrá dar uso público a dicho predio, pudiendo desafectarse el bien, pero seguirá siendo bien del Estado de dominio privado. Si las aguas se retiran, podría ser afectado nuevamente y pasar a ser parte del dominio público.

La mutación del álveo de un río se produce cuando existe la variación en el curso de un río, cambiando su cauce de forma permanente. Esta variación puede producirse de dos formas: “a) todo el río, que corre por entre dos heredades, toma un nuevo cause invadiendo solamente la heredad de uno de los lados; y b) el río, al variar de curso, se divide en dos brazos que no vuelven después a juntarse, invadiendo los predios de las dos riberas”.¹⁸³ Así mismo, en el presente caso no operará una transferencia de dominio a un tercero de forma gratuita a través de la desafectación, ya que la presente figura pretende proteger la propiedad de los predios ribereños con los cambios constantes que puede tener el cauce del río.

La formación de una nueva isla, ya sea en ríos, lagos o mar territorial, de conformidad con el Código Civil,¹⁸⁴ pertenecerán al Estado. En este sentido, en esta forma de accesión tampoco habrá desafectación y transferencia de dominio. Tanto los ríos, lagos y mar territorial son bienes de dominio público, las islas que se formen en ellos serán también parte del Estado. Por el contrario, entendería que en la formación de nuevas islas puede existir afectación del Estado, para que dichos bienes pasen a ser parte del dominio público.

c) Accesión de una cosa mueble a otra.- En esta clase de accesión se establece que un bien mueble se haya juntado con otro, pero que de forma separada mantenga su individualidad, sin embargo se reputará como propietario el dueño de aquel bien que sea de mayor valor, reconociendo el nuevo dueño el justo precio del bien adquirido.

“[E]stos casos de accesión de cosas muebles sí se deben producir en la vida ordinaria con cierta frecuencia, pero, dada la menor importancia económica, en general, no se suelen suscitar conflictos judiciales y prácticamente no hay jurisprudencia al respecto en nuestro país”.¹⁸⁵

¹⁸³ Carrión Eguiguren, *Curso de Derecho Civil de los Bienes*, 187.

¹⁸⁴ Ecuador, *Código Civil Codificación 2005-010*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 613.

¹⁸⁵ Larrea Holguín, *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*, t. II, 558.

Un ejemplo de esta accesión es aquel en el que un marco de un propietario se junta con un lienzo de otro propietario. Sí podría generarse esta accesión de un bien de dominio público, desafectando el bien de menor valor de propiedad del Estado, en favor del propietario privado del bien de mayor valor. A pesar de lo mencionado, la transferencia se realizaría por título oneroso, considerando que es un elemento indispensable el que el dueño del bien de mayor valor, pague el justo precio del bien de menor valor.

d) **Accesión de cosas muebles a inmuebles.**- Este tipo de accesiones se producen cuando el propietario de materiales de construcción, realiza una edificación sobre un inmueble que no es de su propiedad.

El dueño del terreno se hace dueño de la edificación por accesión de mueble a inmueble en el momento mismo en que los materiales se incorporan al suelo para constituirse en los elementos integrantes de la edificación, de donde se concluye que quien edificó de buena fe en suelo ajeno únicamente tendrá un derecho de crédito para que este último le pague las indemnizaciones que corresponden al poseedor de buena fe¹⁸⁶

Esto quiere decir que el dueño del inmueble puede requerir la propiedad de la edificación, pagando el justo precio de la misma. Esta situación involucraría al Estado edificando en un bien inmueble ajeno, y el privado solicitando la propiedad del bien construido por el Estado. Al igual que en el anterior literal, este modo de adquirir el dominio se presentaría a título oneroso, ya que el privado tendrá que indemnizar al Estado por bien de dominio público que pretende desafectar.

2.1.3. Prescripción

La prescripción constituye una forma de adquirir el dominio por la cual el poseedor de una cosa adquiere la propiedad de ella por la continuación de la posesión, durante el tiempo fijado por la ley.¹⁸⁷

Esto quiere decir que la prescripción se basa en la posesión de una persona sobre determinado bien en el transcurso del tiempo, con el propósito de estabilizar la situación jurídica del poseedor del bien.

De igual manera se puede determinar que la posesión es un elemento fundamental para que se produzca la prescripción sobre un bien. Habrá posesión de las cosas cuando “[a]lguna persona por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder con intención de

¹⁸⁶ Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Juicio* 55-99, 9 de marzo de 2000.

¹⁸⁷ Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Universitario*, 2.^a ed. (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2004), 2:311.

someterla al ejercicio de un derecho de propiedad”.¹⁸⁸ Así la posesión es conocida como el ánimo de señor y dueño que una persona reputa sobre determinado bien, a pesar de que no cuente con un título de propiedad del mismo. El ánimo de señor y dueño se debe presentar por plazos determinados en la ley, de forma tranquila, pacífica e ininterrumpida, es decir, la posesión no debe generar conflictos para que opere la prescripción. De igual manera, nuestra legislación determina que la prescripción opera solo en bienes que se encuentren en el comercio humano.¹⁸⁹

Este modo de adquirir el dominio debe ser analizado con sumo cuidado, ya que se confunde el título y el modo, y parecería bastante sencillo ser poseedor de un bien, inclusive de aquellos de dominio público. Por ejemplo, recientemente un grupo de personas de extranjeras en la ciudad de Quito se asentó en un espacio de dominio público, en el intercambiador de la parroquia de Carcelén, edificación que une a una serie de calles, y los mencionados ocuparon los espacios que dividen dicha vía. Aparentemente estas personas tenían el ánimo de señores y dueños, ya que se vivían en dicho espacio, de forma improvisada, realizaban todas sus actividades de convivencia, sin que por un lapso de tiempo existiere actuación alguna por parte de entidades estatales para reclamar ese espacio.

Inclusive, el ex Presidente de la República, Economista Rafael Correa, emitió el decreto ejecutivo número 798, en el cual creó la Secretaría de Gestión Inmobiliaria del Sector Público Inmobiliar, (entidad que actualmente se denomina Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público), señalando que dicha institución tiene como atribución el establecer la situación técnica jurídica de bienes inmuebles que pertenecen a la administración pública central que se encuentren en posesión de otras personas.¹⁹⁰ Aparentemente habrían méritos en estos casos para una desafectación tácita.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, 298.

¹⁸⁹ Ecuador, *Código Civil Codificación 2005-010*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 2398.

¹⁹⁰ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 798*, Registro Oficial 485, 6 de julio de 2011, art. 4, numeral 3. “Artículo 4.- Funciones.- La Secretaría de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, Inmobiliar, ejercerá la rectoría del sistema nacional de gestión inmobiliaria del sector público, con las siguientes atribuciones: 3. Establecer la situación técnica y jurídica de los bienes inmuebles de propiedad, en uso o en posesión de las entidades detalladas en el artículo 3 de este decreto, aquellos sobre los que se ha establecido o consolidado el derecho de dominio, aquellos que se encuentran invadidos, abandonados, arrendados, entregados en comodato, en posesión de otras personas, aquellos cuya situación jurídica no se encuentre regularizada, aquellos respecto de los que se tenga la expectativa legítima de adquirir su uso o dominio, o que bajo cualquier otro título se encuentren en tenencia de las referidas instituciones. Esta función se extiende, inclusive, a los inmuebles aportados a fideicomisos en los que las entidades detalladas en el artículo 3 de este decreto, sean constituyentes, beneficiarias o que bajo cualquier título mantengan derechos fiduciarios o cuotas de participación fiduciaria.”

Por otra parte, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia ha mantenido el criterio de que los bienes del Estado no son susceptibles de posesión por parte de particulares y por ende no pueden ser adquiridos por prescripción.¹⁹¹

De igual manera se determina que la imprescriptibilidad de los bienes de dominio público, se lo ha concebido como un mecanismo de defensa de su integridad frente a posibles usurpaciones de los particulares que podrían llegar a imponerse por el transcurso del tiempo.¹⁹²

Por el contrario, el tratadista Eduardo García de Enterría reconoce a la posesión de personas particulares sobre bienes de dominio público, siempre que la misma sea de buena fe, y que el Estado haya descuidado de forma negligente a dicho bien, estableciendo la posibilidad de que el Estado pueda perder el dominio de un bien frente a un particular a través de la prescripción, produciéndose de una desafectación tácita.¹⁹³

Mientras que el jurista Miguel Marienhoff, en cambio reconoce que no es viable la prescripción respecto del dominio de estos bienes, sin embargo señala que si es dable la prescripción del uso de los bienes de dominio público, considerando que el uso que pretende ser prescrito por el particular sea compatible con los fines que debe cumplir dicho bien de dominio público.¹⁹⁴

A pesar de las diferentes posiciones dadas respecto a la prescripción, considero que no es viable que se pretenda desafectar bienes de dominio público a través de este modo de adquirir el dominio. En primer lugar, comparto el criterio de la ex Corte Suprema de Justicia, ya que ni si quiera se puede poseer un bien de dominio público, al no estar dicho bien comprendido dentro de la actividad comercial, peor aún pretender tener un derecho de propiedad sobre el mismo a través de la prescripción, teniendo que desafectarlo para aquello. Debemos recordar que las características de tales bienes conllevan a que los mismos sean considerados inalienables, inembargables, e imprescriptibles, características que los dejan fuera del comercio. Sin estas características que propenden a la protección del bien, el Estado podría perder fácilmente sus bienes de dominio público ya que cualquier persona podría poseerlos. Si no hay posesión no puede

¹⁹¹ Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, *Resolución 142-2002*, 5 de julio de 2002.

¹⁹² Fernando Sainz Moreno, "El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la Revista de Administración Pública", *Revista de Administración Pública*, 150 (1999): 510, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=94615>.

¹⁹³ García de Enterría, "Sobre la imprescriptibilidad de dominio público", 15.

¹⁹⁴ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t.V, 520-2.

operar la prescripción, por ende no es factible una desafectación a través de este modo de adquirir el dominio.

Bajo este análisis se entendería que la prescripción únicamente podría operar sobre bienes del Estado de dominio privado, los cuales ya han sido desafectados anteriormente, como por ejemplo con los bienes mostrencos o aquellos bienes inmuebles que no pertenecen al dominio público.¹⁹⁵

En este sentido considero pertinente citar la resolución No. 72-08¹⁹⁶ y el expediente de casación No. 260,¹⁹⁷ emitidos ambos por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Ex Corte Suprema de Justicia, los cuales guardan congruencia con la posición que he adoptado. En los dos instrumentos, opera la prescripción en favor de personas particulares de un inmueble de propiedad del Municipio de Riobamba en el primer caso, y de un inmueble del Municipio de Limón Indanza en el segundo caso. En ambas situaciones la Corte Suprema comparte el criterio que expuse de que los bienes de dominio público son imprescriptibles, por ende sobre los mismos no opera la prescripción. En los casos mencionados, se otorga la prescripción de los bienes en favor de los actores como privados, en virtud de que la Corte considera que los bienes son del Estado, y a pesar de que los Municipios en mención han alegado que son bienes de dominio público, se determinan que estos pertenecen al régimen de dominio privado, y no guardan la característica de la imprescriptibilidad.

Así ratifico mi criterio de que los bienes de dominio público no pueden ser sujetos de la prescripción como modo de adquirir el dominio. Lo que se puede presentar es que un bien de dominio público sea desafectado de forma tácita por el descuido del Estado sobre el mismo, y porque este ha dejado de tener un uso público. Esta desafectación generará que el bien salga del régimen de dominio público al de dominio privado, y siendo un bien de dominio privado pueda ser adquirirlo por un privado a través de la prescripción.

¹⁹⁵ Ecuador, *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*, Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de mayo de 2010, art. 419.

¹⁹⁶ Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia” en *Juicio 33/07*, 3 de abril de 2008.

¹⁹⁷ Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia” en *Juicio 141-2004*, 12 de noviembre de 2004.

2.1.4. Sucesión por causa de muerte

Cuando una persona natural fallece, su presencia se extingue físicamente. Ante ésta ausencia, se debe determinar quién se hará cargo tanto de derechos como de obligaciones del fallecido.

“[S]ucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio de todos los bienes, derechos y obligaciones transmisibles de una persona difunta o de una cuota de ellos como la mitad, un tercio, un quinto, o de una o más especies o cuerpos ciertos”.¹⁹⁸

Por lógica, la persona fallecida no podrá administrar ni hacerse cargo de sus bienes. Los hijos de la persona fallecida son los llamados en adelante a representar a la misma, tanto en sus derechos como en sus obligaciones. La sucesión por causa de muerte justamente implica que los herederos adquieran los bienes de la persona fallecida, ya que la misma ha dejado de existir físicamente.

De conformidad con el Código Civil¹⁹⁹, quienes están llamados primeros a heredar, en una sucesión ad intestada, los bienes del fallecido son los hijos de este. Si el causante no hubiere tenido hijos, le sucederán sus padres o ascendientes, y a falta de estos la totalidad de la herencia será del cónyuge. Si no hubiere ninguno de los mencionados, al fallecido le sucederá sus hermanos, y en ausencia de ellos lo sucederá sus sobrinos y el Estado.

De esta manera se puede corroborar que el Estado puede afectar bienes a través de este modo de adquirir de dominio. Sin embargo, en lo que respecta a una desafectación de bienes de dominio público, esta forma de adquirir no es aplicable ya que de un razonamiento lógico se deduce que el Estado no es una persona natural como para determinar su fallecimiento y desaparición física, así como tampoco tiene potestades para tener hijos o familiares que le sucedan.

Evidentemente el hecho de la muerte genera la sucesión por esa causa, como modo de adquirir el dominio. De allí la importancia de determinar su momento, el cual se prueba con su inscripción en el Registro Civil, sobre la base de la certificación conferida por el médico que atendió al difunto, de la certificación otorgada por quienes concurrieron a la autopsia o por cualquier otro medio que acredite tal hecho.²⁰⁰

¹⁹⁸ Alejandro Ponce Martínez, “Naturaleza en la sucesión por causa de muerte en la legislación ecuatoriana”, *Revista Jurídica*, 8 (1993): 223, https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1993/09/08_Naturaleza_De_Sucesion_Por_Causa_De_Muerte.pdf.

¹⁹⁹ Ecuador, *Código Civil Codificación 2005-010*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 1030-2.

²⁰⁰ Alejandro Ponce Martínez, “Naturaleza en la sucesión por causa de muerte en la legislación ecuatoriana”, 232.

En definitiva, si no hay muerte no puede operar la sucesión por causa de muerte como modo de adquirir el dominio. El Estado, es una persona jurídica, la cual opera mediante representantes de pueblo. Los representantes del Estado pueden morir, que en caso de que eso sucediera el pueblo nombrará otros representantes, pero el Estado como tal no es susceptible de morir. En este sentido, si el Estado no puede morir, jamás se configurará el requisito básico para que opere este modo de adquirir el dominio, mucho menos se dará una desafectación por esta causa.

2.1.5. Tradición

La tradición hace referencia a aquellos bienes que tiene dueño, y que el mismo tiene intención de enajenarlo, por ende entrega de modo espontáneo a favor de otro el bien en mención producto de la enajenación.²⁰¹ Esto quiere decir que la tradición es la entrega que hace un dueño de una cosa a otra persona que tiene la intención de adquirirla.

La entrega de los bienes que se hace referencia se puede realizar a título oneroso o a título gratuito. A título oneroso implica un acto jurídico que supone algún gravamen o desembolso.²⁰² Mientras que a título gratuito implica la entrega del bien sin que exista contraprestación alguna.

En la tradición existirán siempre dos partes, el dueño de la cosa, el sujeto activo que hace la entrega de la misma denominado tradente, y el sujeto pasivo o quien recibe la cosa que es denominado adquirente.²⁰³

Para que opere la tradición como modo de adquirir el dominio, tiene que confluir dos elementos, uno material denominado el corpus, y otro intelectual denominado el animus. El corpus es el hecho material, que consiste en la entrega y recepción realizada por el tradente y adquirente al mismo tiempo.²⁰⁴ El animus es la intención que tiene el tradente de desprenderse de la cosa y al entregarla, al igual que la intención del adquirente de recibir esa misma cosa.²⁰⁵

La forma más común de tradición es la compraventa, contrato a título oneroso, en la cual existe un pago determinado por parte del comprador o adquirente al vendedor o tradente. La donación es la forma de adquirir el dominio a través de la tradición, en la cual no existe el pago de obligación económica alguna, ésta es a título gratuito.

²⁰¹ Larrea Holguín, *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*, t. II, 566.

²⁰² Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Universitario*, 2:204.

²⁰³ Larrea Holguín, *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*, t. II, 570.

²⁰⁴ Carrión Eguiguren, *Curso de Derecho Civil de los Bienes*, 209.

²⁰⁵ *Ibíd.*

De esta manera la donación es un contrato por el cual el donante, tradente, o dueño de la cosa transfiere irrevocablemente la propiedad de un bien a una persona llamada donatario, o adquirente que es quien lo acepta, instrumento o título que se perfecciona con la tradición.²⁰⁶

Nuestra legislación, no hace una referencia específica a la donación como una forma de transferir el dominio de manera gratuita previa desafectación del bien de dominio público mediante un título. En este sentido, la única norma que hace referencia al término donación de la administración pública es el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas²⁰⁷, determinando que la regla general es que las donaciones por parte del Estado a personas privadas están prohibidas, estableciendo como excepción que el Presidente de la República, en uso de su potestad reglamentaria, podrá señalar los casos en los cuales se pueden producir donaciones a personas privadas. El Reglamento del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas²⁰⁸ asimila el término donación como asignaciones no reembolsables, en su normativa establece las excepciones para su entrega, señalando que estas podrán realizarse a personas naturales o jurídicas sin fines de lucro, para la investigación científica, educación, salud, inclusión social y ejecución de proyectos de inversión calificados como prioritarios.

El término donación utilizado en la normativa referida, no podría ser aplicable al presente estudio ya que el asimilar donación a entrega de asignaciones no reembolsables implica que la donación referida regula la entrega fondos o dinero del Estado. Si bien es cierto, el dinero es considerado como un bien fungible de conformidad con el Código Civil,²⁰⁹ sin embargo el dinero del Estado no es un bien de dominio público, ya que ambos pertenecen a categorías diferentes. El dominio público es considerado como una fuente de recursos del Estado,²¹⁰ ya que en determinadas circunstancias contribuye con la generación de ingresos económicos para el país. El ejemplo más común de lo señalado son los recursos naturales no renovables. Dichos recursos naturales, como fuentes que generan dinero para el Estado si son consideradas como bienes de dominio público como se ha señalado en el capítulo anterior.

²⁰⁶ Mabel Rivero, "Liberalidades y donaciones", *Revista de Derecho*, 3 (2008): 159, doi: 10.22235/rd.v0i3.842.

²⁰⁷ Ecuador, *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*, Registro Oficial 306, Suplemento, 22 de junio de 2010, art. 104.

²⁰⁸ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 489*, Registro Oficial 383, Suplemento, 26 de noviembre de 2014.

²⁰⁹ Ecuador, *Código Civil Codificación 2005-010*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 593.

²¹⁰ Héctor Villegas, *Manual de Finanzas Públicas* (Buenos Aires: Depalma, 2000), 159.

En nuestra legislación no se establece específicamente que el dinero del Estado no constituye un bien de dominio público. En tal virtud se hace referencia a la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas,²¹¹ emitida en el Gobierno de España, la cual desarrolla de forma amplia en general la materia de bienes que pertenecen al Estado, y en la que se señala que solo los bienes y derechos forman parte del patrimonio de las administraciones públicas, excluyendo de dicho patrimonio el dinero y los recursos financieros del gobierno o de las comunidades autónomas.

Las regalías o dinero no son bienes de dominio público ya que no están a disposición del uso público (elemento finalista), ese dinero servirá para satisfacer necesidades colectivas, sin embargo, aquello no implica que el mismo pueda ser usado libremente por la población.

El Reglamento General para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes e Inventarios del Sector Público,²¹² emitido por la Contraloría General del Estado, regula de manera específica la transferencia de gratuita de bienes de dominio público, a pesar de que en ningún momento determine o delimite a la desafectación de los bienes a través de un título, o que la forma de adquisición por parte del privado se realice mediante una donación.

De análisis del reglamento mencionado se establece que existen cuatro requisitos para la transferencia gratuita de bienes de dominio público:

a) El bien se haya dejado de usar.- Lo señalado implica que el bien de dominio público ya no sea objeto de utilización, por parte del Estado, o por parte de la población.

b) El Estado no tenga interés alguno en determinado bien.- Si un bien ha dejado de cumplir con un objetivo o una finalidad pública, es evidente que el Estado perderá el interés en el mismo ya que dicho bien podrá satisfacer las necesidades de la población. Estos dos primeros requisitos son complementarios, y deben presentarse al mismo tiempo, Así, el hecho de que el Estado no tenga interés en determinado bien se traducirá en que el mismo dejará de ser usado por Estado y población. Estos dos primeros requisitos son concordantes con el primer requisito para la desafectación desarrollado en el primer capítulo.

²¹¹ España, *Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Boletín Oficial del Estado 264, 4 de noviembre de 2003, art. 3.

²¹² Ecuador Contraloría General del Estado, *Acuerdo 041-CG-2017*, Registro Oficial 150, Suplemento, 29 de diciembre de 2017.

Se entendería que estos dos requisitos constituyen el elemento objetivo de la desafectación de bienes por transferencia gratuita, ya que delimitan los bienes de dominio público pueden ser desafectados. Esta delimitación es criticable, la misma es sumamente amplia, ya que estamos sujetos así únicamente a la voluntad del Estado de determinar que bienes ya no usa y ya no los necesita. Es evidente que existen bienes de dominio público que tan solo por su naturaleza jurídica no pueden ser desafectados bajo ninguna circunstancia.

En este punto radica la importancia de la clasificación realizada en el primer capítulo respecto de los bienes de dominio público por su origen comercial. El criterio usado para dicha clasificación es que existen bienes que son de dominio público, que si no estuvieran afectados pueden ser comercializados entre personas privadas (bienes comerciales), y también existen bienes que no podrían ser comercializados entre privados, sin tomar en cuenta su afectación (bienes no comerciales).

Por ejemplo, un pedazo de mar territorial, por simple lógica no podría ser desafectado, sin que sea necesario analizar si ese pedazo de mar el Estado no lo usa, y si el Estado no tiene algún interés en dicho bien. La delimitación que se da en el presente razonamiento es que es un bien que no se puede comercializar entre privados y que inclusive es imposible aprehender físicamente, no puede ser desafectado. Otro ejemplo es un bien arqueológico, el cual físicamente puede ser entregado entre privados, pero su comercialización se encuentra prohibida entre privados, ya que constituyen parte del patrimonio del país.

Con el fin de que se garantice la seguridad jurídica en materia de desafectación, es de vital importancia que la clasificación mencionada sea plasmada en instrumentos jurídicos, a fin de que tanto privados como funcionarios de la administración pública tengan certeza sobre aquellos bienes cuya desafectación es imposible.

c) No fuera posible o no sea viable la venta del bien.- Bajo la premisa de que el Estado es un administrador de los bienes de la población, es evidente que no se puede transferir a título gratuito bienes de dominio público, sin que el Estado motive de forma adecuada una mayor conveniencia en una transferencia a título gratuito que en una a título oneroso en la cual se percibirían ingresos económicos. En este sentido existen dos escenarios para el cumplimiento de este requisito. El primero en que el Estado ha realizado previamente un proceso, en el cual ha pretendido desafectar el bien, a través de una transferencia a título oneroso, sin embargo, no ha encontrado un particular que le interese la adquisición del bien en dichas condiciones. La misma puede haberse dado

mediante un remate, el cual tendrá que ser declarado desierto entendiéndose que no fuere posible la venta del inmueble, teniendo la facultad la administración de convocar nuevamente a dicho remate si lo considerare pertinente.²¹³

El segundo escenario en que la administración, ni si quiera pretende realizar la desafectación, a través de un título oneroso, concluyendo que por las características que rodean al bien, no es viable la venta del mismo, realizando de forma directa la desafectación del bien a través de un título gratuito.

d) El bien de dominio público solo podrá ser desafectado en favor del dominio privado de: una institución de educación, de asistencia social, entidades del sector privado que realicen labor social, y entidades del sector privado que realice obras de beneficencia. Este requisito señala quienes pueden ser exclusivamente beneficiarios de la desafectación de un bien de dominio público en favor de particulares a través de título gratuito. La característica común de estas cuatro entidades es que si bien son entidades privadas, las mismas no tiene fin de lucro. Con ello se entendería que el Estado está procurando que no se generen negocios o rentas a través de los bienes que desafecta a título gratuito.

De conformidad con el reglamento referido, en la transferencia gratuita se realizará un acta de entrega recepción de los bienes.²¹⁴ La importancia de la realización del acta de entrega recepción es que la misma constituirá el título por el cual se transfiere gratuitamente determinado bien, perfeccionándose en dicho instrumento la desafectación del bien de dominio público ya que en la misma se estaría sustrayendo el bien al dominio privado. La entrega del bien constituirá el modo de adquirir el dominio de la parte privada a través de la tradición, teniendo como tradente al Estado y como adquiriente a la persona privada.

El acta de entrega en mención se considerará una desafectación formal, ya que la misma constituye un acto administrativo a través del cual se realizará la desafectación de un bien. De igual manera con el presente análisis se entendería que la transferencia gratuita contenida en la reglamentación señalada, únicamente se podría producir en bienes de dominio público artificiales, ya que para los bienes de dominio público naturales la desafectación se realizará por medio de la ley.

²¹³ Efraín Pérez, *Derecho Administrativo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009), 548-9.

²¹⁴ Ecuador Contraloría General del Estado, *Acuerdo 041-CG-2017*, Registro Oficial 150, Suplemento, 29 de diciembre de 2017, art. 138.

El acta de entrega y recepción, como todo acto administrativo debe ser motivado suficientemente²¹⁵. En este sentido, el titular de la unidad administrativa de cada institución deberá emitir un informe previo en el cual realice una constatación física de los bienes a transferir, señalando su Estado, y su criterio respecto a la transferencia a título oneroso²¹⁶. Este acto administrativo será un acto complementario,²¹⁷ que podrá participar con otros actos en la formación de la voluntad del Estado, expresada en el acto administrativo definitivo, que es al acta de entrega recepción, título de transferencia en la que se desafecta el bien de dominio público. Como se ha determinado anteriormente, el acta de entrega recepción deberá ser suscrita por la máxima autoridad de la institución o su delegado, al radicar en ellos la competencia para desafectar bienes.

Así mismo, en aplicación del principio de legalidad, estos actos administrativos tienen que ser reglados, es decir, el Estado debe cumplir con la normativa jurídica establecida para la desafectación de bienes, aunque las normas sean escasas y complejas como en nuestra legislación. Sin embargo, también en dichos actos confluye la actividad discrecional de la administración, por ende, si bien se debe cumplir con la normativa jurídica para la emisión de actos administrativos, siempre habrá un grado de discrecionalidad por parte de la máxima autoridad o su delegado en la emisión de tales actos administrativos. La discrecionalidad estará limitada por las normas jurídicas dictadas para la transferencia a título gratuito, así como por la motivación que debe contener el acta de entrega y recepción en calidad de acto administrativo que contiene la desafectación de un bien de dominio público.

Dentro de la presente categoría no se ha hecho un análisis de los hechos administrativos, ya que en la misma con la emisión del acta de entrega recepción, siempre será un acto administrativo por el cual se desafecten los bienes, sin que tengan cabida los hechos administrativos para una desafectación en el presente modo de adquirir el dominio.

Un ejemplo en la práctica de una transferencia un bien de dominio público, es la realizada por el Ministerio del Deporte, mediante acto administrativo denominado resolución 0015, en la cual dona a la Fundación Escuela Ecuatoriana de Tenis sobre

²¹⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 76.

²¹⁶ Ecuador Contraloría General del Estado, *Acuerdo 041-CG-2017*, Registro Oficial 150, Suplemento, 29 de diciembre de 2017, art. 136.

²¹⁷ Secaira Durango, *Curso breve de derecho administrativo*, 202.

Ruedas²¹⁸ un inmueble. Es preciso analizar que procesos se dieron en esta transferencia gratuita de dominio.

El Ministerio del Deporte establece el marco legal que regula su competencia en razón de la materia, amparado en la normativa dispuesta en la Ley de Deporte, Educación Física y Recreación,²¹⁹ y en el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.²²⁰ De igual manera, bajo la misma normativa legal, establece que tiene competencia a nivel nacional dicha institución. Así mismo no se determina que para realizar dicha transferencia de dominio exista un plazo, por ende está presente la competencia en razón del tiempo. El acto está emitido por la Ministra del Deporte en calidad de máxima autoridad de la entidad, con lo cual cumple con la competencia en razón del grado, al ser dictado por el representante de dicha institución.

Se determina que el Ministerio del Deporte, a través de su potestad de mando, pretende transferir de forma gratuita un inmueble a la Fundación Escuela Ecuatoriana de Tenis sobre Ruedas de 4.447 metros cuadrados de superficie, ubicado en la parroquia de Chaupicruz, Cantón Quito, Provincia de Pichincha. En los antecedentes del inmueble en mención se omite la forma en que el mismo fue afectado al dominio público, o si el mismo se encuentra en el dominio privado del Estado, únicamente señalándose que para este proceso el Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público donó al Ministerio del Deporte el lote de terreno señalado. Es criticable la presente situación, ya que es determinante conocer como un bien llegó a formar parte del Estado, y si el mismo pertenece o no al dominio público para que opere la desafectación. En este sentido voy asumir que el mismo pertenece al dominio público en virtud de que el bien es de propiedad del Estado y no se señala un proceso previo de desafectación en la resolución.

Se evidencia en este proceso que el modo de adquirir el dominio es la tradición, la cual se perfeccionará con la entrega del inmueble al donatario, en este caso la fundación señalada, para lo cual se suscribe el acta de entrega correspondiente. El título se constituirá en el acto por el cual se realiza el contrato de donación, que en este caso será la escritura pública correspondiente. La resolución señalada motiva su argumentación jurídica en el Reglamento del el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas,²²¹ citando textualmente la normativa en mención, haciendo alusión a las asignaciones no

²¹⁸ Ecuador Ministerio del Deporte, *Resolución 0015*, 6 de abril de 2017.

²¹⁹ Ecuador, *Ley de Deporte, Educación Física y Recreación*, Registro Oficial 255, Suplemento, 11 de agosto de 2010.

²²⁰ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 2428*, Registro Oficial 536, 18 de marzo de 2002.

²²¹ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 489*, Registro Oficial 383, Suplemento, 26 de noviembre de 2014.

reembolsables. Debo evidenciar en este punto un error conceptual respecto de dicha argumentación jurídica, ya que como hemos indicado anteriormente la misma es aplicable, pero para la donación de recursos económicos, lo cual no se está realizando en este proceso, considerando de igual manera que si la donación sería de dinero del Estado no habría desafectación ya que el mismo no pertenece al dominio público.

También hacen referencia al Reglamento General para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes e Inventarios del Sector Público,²²² vigente en aquel año, emitido por la Contraloría General del Estado, norma que regula a las transferencias gratuitas. Debo llamar la atención en este punto ya que se debe realizar un análisis sobre los cuatro requisitos establecidos en el Reglamento para desafectar dicho inmueble:

a) El bien se haya dejado de usar.- En ningún acto administrativo se evidencia dicho particular. b) El Estado no tenga interés alguno en determinado bien.- El mismo se pretende justificar a través de informes de órganos administrativos del Ministerio en los que señalan que no existe proyecto alguno, o inversión futura en dicho bien. Considero que es restringida esta justificación ya que el que el Estado tenga interés en un bien de dominio público no puede limitarse a la inversión económica en determinado bien. Existen muchas calles, plazas, parques edificios, etc., que no reciben inversiones en años, sin embargo aquello no es un factor para establecer que no haya interés del Estado en dichos bienes. c) No fuera posible o no sea viable la venta del bien.- Tampoco se evidencia que se haya pretendido anteriormente vender o rematar dicho bien. d) El bien de dominio público solo podrá ser desafectado en favor del dominio privado de: una institución de educación, de asistencia social, entidades del sector privado que realicen labor social, y entidades del sector privado que realice obras de beneficencia.- Este punto se justifica indicando que la fundación no tiene fin de lucro, y sobre el inmueble en mención se pretende realizar un proyecto para construcción de un centro deportivo para personas con discapacidad. No se determina tampoco el beneficio que esta transferencia gratuita tendrá para el Estado.²²³

También en este proceso se realiza una consulta a la Secretaría Jurídica de la Presidencia, respecto de la factibilidad de este proceso de donación. En ninguna normativa legal se establece que la Secretaría Jurídica de la Presidencia sea considerada

²²² Ecuador Contraloría General del Estado, *Acuerdo 041-CG-2017*, Registro Oficial 150, Suplemento, 29 de diciembre de 2017.

²²³ Marienhoff, *Tratado Del Dominio Público*.

como un estamento competente para otorgar informes de factibilidad de procesos de transferencia de bienes, con lo cual considero que no es adecuada la motivación de la resolución, e inclusive dicha motivación se inmiscuye en el campo político, descuidando el jurídico.

Como se puede observar en el presente proceso de desafectación no existen las más elementales motivaciones para que el mismo se pueda gestionar. No contamos con el acto o hecho con el cual el Estado se ha hecho de propiedad el inmueble en mención, por ende es imposible determinar de qué forma se afectó el bien. Si bien se logra establecer la potestad y competencia del Ministerio del Deporte para realizar la desafectación, sin embargo se violenta el principio de legalidad el momento de incumplir con requisitos elementales para dicha desafectación, inclusive inmiscuyendo en el mismo autoridades que no tiene competencia en tal materia. De lo que tenemos certeza es que se procuró realizar una desafectación formal, y que el bien inmueble fue entregado a un particular.

Otro ejemplo que podemos citar brevemente respecto de transferencias gratuitas, es el contrato de donación realizado por el Ministerio de Turismo el con fecha 25 de septiembre de 2013, a la Compañía Acuicultura Purocongo S.A, de un lote de terreno de 822 metros cuadrados, en el Cantón Eloy Alfaro, Provincia de Esmeraldas. En este caso no se tiene mayor información del mismo, debido a que ha sido bastante reservada por parte de dicha entidad. Sin embargo me permito hacer referencia a dicha transferencia ya que resulta inaudito que el Ministerio de Turismo entregue un bien del Estado, a una entidad con fin de lucro como lo es la mencionada compañía, cuya objeto de creación justamente es la generación de recursos económicos para los socios de la misma. No encuentro motivación alguna o argumentación jurídica que justifique dicha transferencia, o razón por la cual la misma no se haya realizado a título oneroso, considerando que el privado va a generar riqueza con la propiedad del inmueble.

En mérito de lo expuesto, se deduce del presente capítulo que para que se produzca la desafectación de un bien de dominio público, en primera instancia se debe determinar la potestad pública que el Estado ejerce para tomar dicha decisión. Posteriormente se deberá analizar integralmente la competencia que determinado órgano o autoridad tiene para realizar la desafectación. Se debe enfatizar que sin competencia no opera la desafectación.

Finalmente, la transferencia de un bien del Estado, siempre debe estar acompañada de su respectivo modo de adquirir el dominio, así como de su título, los

cuales se generarán en su mayoría con la emisión de actos administrativos, o si hubieren hechos que los produzcan, igual el hecho deberá ser reconocido por la autoridad competente en un acto administrativo.

En el desarrollo del presente capítulo se ha determinado que en los modos de adquirir el dominio a título gratuito, la desafectación se podrá presentar en la accesión del suelo a través de aluviones, y en la tradición, que se materializará en los contratos de donación. Lo señalado demuestra que los modos de adquirir el dominio, en el estudio realizado son bastante limitados, ya que son una consecuencia de las características que protegen el dominio público. Estas limitaciones también son desconocidas por parte de la administración pública, ya que la poca y difusa normativa que existe respecto de transferencias de dominio público gratuitas es mal aplicada, o aplicada de forma arbitraria, sin que se puedan determinar los intereses colectivos y sociales que se pretenden cumplir con la entrega gratuita de bienes del Estado a personas particulares. Así, también es preocupante la falta de regulaciones y normativa respecto a la afectación como a la desafectación de bienes, la figura desafectación prácticamente no existe en la legislación ecuatoriana, a pesar de tener un antiguo desarrollo doctrinario.

El desarrollo del presente capítulo deja la impresión de que a pesar de tener muchas limitaciones respecto a la legislación que regula tanto afectación como desafectación, la administración pública no cumple con la escasa normativa que existe para el efecto, y tampoco hay importancia en desarrollar mayor normativa para esta fin; se refleja así la imagen de un al Estado ecuatoriano que no le preocupa la administración de sus bienes, sin considerar que los mismos no son de su propiedad, el dueño de los mismos es el pueblo.

La desafectación de bienes es una figura positiva, así sea a título gratuito, siempre y cuando está regulada en debida forma por normas legislativas que buscan el interés público. En el Ecuador, los procesos de desafectación podrán ser positivos, siempre que en la normativa que los regule a los mismos, se establezcan requisitos rígidos y los mismos sean cumplidos.

No debemos olvidar que si bien el Estado muchas veces no está en la capacidad operativa de administrar adecuadamente sus bienes, sin embargo aquello no es una excusa para que se deshaga de los mismos de forma arbitraria sin tomar la consideración de que la propiedad de dichos bienes es del pueblo.

Por el contrario, si se evidencia que el Estado no puede hacerse cargo de la administración de ciertos bienes de dominio público, pueden encontrar en la

desafectación una salida para que en manos de un privado satisfagan intereses de la población. No es labor de las personas privadas satisfacer intereses colectivos, pero si el Estado no puede satisfacer dichos intereses, la forma adecuada de hacerlo será a través de un privado, con las regulaciones que correspondan imponer a ese particular, sin que este hecho implique de ninguna manera entregar potestades públicas a personas privadas.

Volviendo al ejemplo desarrollado del Ministerio del Deporte, hay un objetivo interesante con la entrega del bien inmueble, sin embargo el error de dicho acto es que no se cumple con la normativa correspondiente, no motiva adecuadamente la donación, el Ministerio no demuestra cómo se va a cumplir el objetivo planteado por la fundación, como se va a desarrollarlo, a que parte de la población va a favorecer dicha desafectación, porque razón el Ministerio del Deporte no pueden emprender un proyecto de esa clase y necesita entregar la propiedad de un bien para que un privado pueda desarrollarlo.

A mi entender, los procesos de desafectación conllevarán a que el Estado sea más eficiente, brindando las personas particulares atención a necesidades que el Estado no las puede cubrir. Considero que si el pueblo es el dueño de los bienes de dominio público, efectivamente lo que va a querer el pueblo ecuatoriano es que el Estado los administre de la mejor forma, y si no puede administrarlos los entregue a particulares, a través de la desafectación respectiva, pero siempre demostrando el beneficio continuo y permanente que recibirá la colectividad, previniendo cualquier tipo de arbitrariedad.

Conclusiones

1. Del análisis del presente documento, podemos determinar que existen requisitos formales para que un bien pueda ser desafectado a través de una transferencia de dominio a título gratuito como contar primeramente con el pronunciamiento de la autoridad pública competente que pretende realizar dicha desafectación, y posteriormente determinar que el bien en mención haya perdido la utilidad pública que en principio llevo a que sea afectado por el Estado; sin embargo el principal requisito para que un bien sea desafectado a título gratuito, por actos o hechos administrativos es que dicha transferencia de dominio represente un beneficio para el pueblo, el real propietario de los bienes del Estado y de dominio público. De este precepto se determina que los límites de la administración pública en procesos de desafectación radican en el beneficio colectivo que representará para el pueblo dicha desafectación, considerando al Estado como un administrador de los bienes del pueblo. La administración pública en los procesos de desafectación jamás puede irse en contra de los intereses de la población, y por el contrario siempre debe buscar el beneficio colectivo.

2. El modo de adquirir el dominio en una transferencia gratuita se lo realizará a través del aluvión en la accesión o a través de la donación en la tradición.

3. La desafectación se puede producir por acto y hechos administrativos, sin embargo, así sea el origen de la desafectación un hecho administrativo, siempre se requerirá del reconocimiento de la autoridad competente que registre la propiedad del bien, lo cual concluirá en la emisión de un acto administrativo de registro.

4. La administración pública, podrá establecer la normativa que crea conveniente para regular los procesos de desafectación, normativa que es indispensable en la aplicación del principio de legalidad que rige al derecho administrativo, sin embargo, ninguna norma o acto podría irse en contra de los intereses públicos y del beneficio de la colectividad.

5. En legislación nacional no existen requisitos para desafectar cualquier bien del Estado, ya que a figura de la desafectación como tal no existe en la normativa que regula nuestro país.

6. Si bien existen fallos de la Ex Corte Suprema de Justicia, en los cuales se analizan las características de los bienes de dominio público y de dominio privado, sin

embargo, no existe mayor desarrollo legislativo en dicha temática. Lo mismo genera que existan una dispersión normativa respecto de las regulaciones de la administración de bienes públicos, ya sea de dominio privado o público.

7. El pueblo, al no poder gestionar de manera directa la administración de los bienes de dominio público, otorga al Estado el poder de administrar sus bienes, lo cual se traduce en el poder de decisión del Estado otorgado por las potestades públicas. Así, el uso de las potestades públicas es exclusivo del Estado, poder que ha sido otorgado por el pueblo. En aplicación de dichas potestades, el Estado será responsable frente al pueblo respecto de los actos o hechos por los cuales se puede producir una desafectación de un bien de dominio público en forma gratuita.

8. Existe abuso del derecho por parte del funcionario público que realice una transferencia de dominio a título gratuito, si no existe un beneficio o un interés de la colectividad. La administración adecuada de los bienes del Estado, justamente supone que el mismo cumpla con sus fines con la utilización de bienes del dominio público. Si dichos bienes son desafectados, y transferidos a un particular sin que se cumpla el interés público, evidentemente se está causando un perjuicio a toda la población que es quien ostenta la propiedad de los bienes de dominio público. El Estado no puede regalar sus bienes, sin que a cambio se obtenga un beneficio de aquello.

9. Si no existen regulaciones claras respecto de la administración de bienes de dominio público, conllevará a grandes dificultades y contradicciones la asignación de competencias a través de la ley en razón de la materia, territorio, tiempo y grado. La única entidad que ha emitido normativa respecto a la transferencia de bienes de dominio público, es la Contraloría General del Estado en el Reglamento General para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes e Inventarios del Sector Público.²²⁴ Hay que considerar de que dicha normativa es únicamente para el control de la utilización de bienes de dominio público, sin embargo, en la legislación nacional no existe una norma que regule plenamente la administración de los mismos, los procedimientos para la gestión de bienes, considerado que dicha materia sería inclusive de conocimiento de una ley orgánica ya que regularía la organización y funcionamiento de las instituciones del Estado, en materia de bienes. En tal virtud es necesaria la emisión de una Ley Orgánica de Bienes Públicos, que regule los bienes que pertenecen al Estado, así como su afectación y desafectación.

²²⁴ Ecuador Contraloría General del Estado, *Acuerdo 041-CG-2017*, Registro Oficial 150, Suplemento, 29 de diciembre de 2017.

Bibliografía

Documentos doctrinarios

- Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Universitario*. 2 tomos. 2.^a ed. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L, 2004.
- Carrión Eguiguren, Eduardo. *Curso de Derecho Civil de los Bienes*. 6.^a ed. Quito: Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1987.
- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. 5.^a ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- García de Enterría, Eduardo. “Sobre La Imprescriptibilidad de Dominio Público.” *Revista de Administración Pública*, 13 (1954): 11-52. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2111928.pdf>.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, Primeros Manuales*. t. 9. 1.^a ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014.
- . *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. t. 1. 1.^a ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017.
- Jaramillo Ordóñez, Herman. *Manual de Derecho Administrativo*. 5.^a ed. Loja: Universidad Nacional de Loja, 2005.
- Larrea Holguín, Juan. *Manual Elemental de Derecho Civil Del Ecuador*, t. II. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, t.V. 2.^a ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988.
- . *Tratado Del Dominio Público*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1960.
- Ochoa Restrepo, Guillermo. “La ocupación.” *Estudios de Derecho*, 66 (1964): 349-358. <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/332943/20788939>
- Parada, Ramón. *Derecho Administrativo III, Bienes Públicos, Derecho Urbanístico*. 12.^a ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2010.
- Parejo Alfonso, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 7.^a ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.
- Peñailillo Arévalo, Daniel. *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*. Santiago:

Editorial Jurídica de Chile, 2006.

Pérez, Efraín. *Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.

Ponce Martínez, Alejandro. “Naturaleza en la sucesión por causa de muerte en la legislación ecuatoriana.” *Revista Jurídica*, 8 (1993): 223-255. https://www.revistajuridicaonline.com/wpcontent/uploads/1993/09/08_Naturaleza_De_Sucesion_Por_Causa_De_Muerte.pdf.

Rebaza, Walter Vásquez. “Acercas del dominio público y el dominio privado del Estado. A propósito de sus definiciones en la Nueva Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales y su Reglamento.” *Derecho & Sociedad*, 30 (2008): 272-283. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/17357/17643>

Rivero, Mabel. “Liberalidades y donaciones.” *Revista de Derecho*, 3 (2008): 156-174. doi: 10.22235/rd.v0i3.842.

Sainz Moreno, Fernando. “El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la Revista de Administración Pública.” *Revista de Administración Pública*, 150 (1999): 477-514. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=94615>.

Sayagues Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t.II. 7.^a ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002.

Secaira Durango, Patricio. *Curso breve de derecho administrativo*. Quito: Editorial Universitaria, 2004.

Villegas, Héctor. *Manual de Finanzas Públicas*. Buenos Aires: Depalma, 2000.

Zavala Egas, Jorge. “La unidad jurisdiccional.” *Iuris Dictio*, 1 (2000): 19-25. doi: 10.18272/iu.v1i1.467.

Documentos normativos

Colombia Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional. “Sentencia T-150/95”. en *Expediente T-54186*. 4 de abril de 1995. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-150-95.htm>.

Ecuador. *Código Civil Codificación 2005-010*. Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.

———. *Código Orgánico Administrativo*. Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017.

- . *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*. Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de mayo de 2010.
- . *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*. Registro Oficial 306, Suplemento, 22 de junio de 2010.
- . *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador Contraloría General del Estado. *Acuerdo 041-CG-2017*, Registro Oficial 150, Suplemento, 29 de diciembre de 2017.
- Ecuador Corte Nacional de Justicia. *Resolución*. 4 de febrero de 2009.
- Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil. “Sentencia”. En *Juicio 55-99*. 9 de marzo de 2000.
- . Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil. “Sentencia”. En *Juicio 7-2000*. 4 de diciembre de 2000.
- . Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil. “Sentencia”. En *Juicio 280-2001*. 27 de mayo de 2002.
- . Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil. *Resolución 142-2002*. 5 de julio de 2002.
- . Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil. “Sentencia”. En *Juicio 141-2004*. 12 de noviembre de 2004.
- . Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil. “Sentencia”. En *Juicio 79-2004*. 3 de marzo de 2006.
- . Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil. “Sentencia”. En *Juicio 33/07*. 3 de abril de 2008.
- . Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Contencioso Administrativo. “Sentencia”. En *Juicio 116-2003*. 19 de septiembre de 2006.
- Ecuador. *Decreto Ejecutivo 135*. Registro Oficial 76, Suplemento, 11 de septiembre de 2017.
- . *Decreto Ejecutivo 489*. Registro Oficial 383, Suplemento, 26 de noviembre de 2014.
- . *Decreto Ejecutivo 798*. Registro Oficial 485, 6 de julio de 2011.
- . *Decreto Ejecutivo 1377*. Registro Oficial 5, 1 de junio de 2017.
- . *Decreto Ejecutivo 1700*. Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009.

- . *Decreto Ejecutivo 2428*. Registro Oficial 536, 18 de marzo de 2002.
- Ecuador. *Decreto Legislativo*. Registro Oficial 516, 14 de mayo de 1942.
- Ecuador. *Ley de Deporte, Educación Física y Recreación*. Registro Oficial 255, Suplemento, 11 de agosto de 2010.
- . *Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero*. Registro Oficial 497, 19 de febrero de 1974.
- . *Ley expropiatoria que faculta a la muy Ilustre Municipalidad de Guayaquil, la legalización de la tenencia de la tierra en sectores urbano marginales y rurales del cantón Guayaquil*. Registro Oficial 195, Suplemento, 17 de noviembre de 1997.
- . *Ley Orgánica de Cultura*. Registro Oficial 913, Suplemento, 30 de diciembre de 2016.
- . *Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua*. Registro Oficial 305, Suplemento, 6 de agosto de 2014.
- . *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 395, Suplemento, 4 de agosto de 2008.
- Ecuador Ministerio del Deporte. *Resolución 0015*, 6 de abril de 2017.
- Ecuador Procuraduría General del Estado. *Oficio PGE. No.: 02061*, Registro Oficial 323, 10 de septiembre de 2019.
- España. *Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Boletín Oficial del Estado 264, 4 de noviembre de 2003.
- España Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. “Sentencia”. En *Recurso de Casación 967/2012*. 12 de enero de 2015. <http://www.poderjudicial.es/stfls/SALA%20DE%20PRENSA/NOTAS%20DE%20PRENSA/TS%20civil%20Pleno%2012-01-2015%20rec%20%20967-2012.pdf>.

Anexos

Anexo 1:

El anexo presentado es una propuesta de la estructuración que debe tener la Ley Orgánica de Bienes Públicos, normativa que tiene como fin primordial regular de manera general la administración de bienes en todas las instituciones públicas.

Ley Orgánica de Bienes del Estado

El Pleno de la Asamblea Nacional

Considerando:

Que, el artículo 227 de la Constitución de la República del Ecuador determina que la administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación;

Que, la Constitución de la República en su artículo 225, establece las entidades, organismos y funciones que forman parte del sector público;

Que, la Constitución de la República en su artículo 133 numeral 1 determina que son leyes orgánicas aquellas que regulan la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución;

Que, la ausencia de planificación y de políticas respecto de la administración de los bienes del Estado ha derivado en su gestión indebida, perjudicándose económicamente al Estado respecto del manejo de sus activos;

Que, es necesario crear una normativa que articule y armonice a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, control y administración de los bienes de propiedad el Estado;

Que, es necesario contar con disposiciones relacionadas a la administración de bienes del Estado;

En ejercicio de las atribuciones establecidas en el artículo 120 numeral 6 de la Constitución de la República, y el artículo 9 numeral 6 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, expide la siguiente:

Ley Orgánica de Bienes del Estado

Título I

Generalidades de los bienes del Estado

Capítulo I

Ámbito de aplicación

Art. 1.- La presente normativa regula a todas las instituciones que forman parte del sector público, establecidas en el artículo 225 de la Constitución de la República.

Art. 2.- Son bienes del Estado toda clase de bien corporal o incorporeal, cualquiera sea su forma de adquisición, que pertenecen a las instituciones del sector público.

No son bienes del Estado el dinero y los recursos financieros que forman parte del Presupuesto General el Estado

Art. 3.- El Estado puede adquirir sus bienes por disposición expresa de la ley, por actos administrativos, o por hechos administrativos. Así mismo, el Estado podrá adquirir sus bienes a través de los títulos y modos de adquirir el dominio establecidos en el Código Civil.

Capítulo II

Protección de los bienes del Estado

Art. 4.- Las instituciones del Estado están obligadas a proteger y defender los bienes de su propiedad, teniendo la obligación de ejercer las potestades administrativas y acciones judiciales que sean procedentes para ello.

Título II

Regímenes jurídicos de los bienes del Estado

Art. 5- Los bienes del Estado tienen dos regímenes jurídicos: bienes de dominio público y bienes de dominio privado.

Capítulo I

Bienes de dominio público

Art. 6.- Son bienes de dominio público aquellos que se encuentren afectados al Estado, cuyo destino y afectación es una finalidad pública, un uso público, un servicio público, o el fomento de la riqueza nacional

Los bienes de dominio público son inalienables, inembargables e imprescriptibles, características que son permanentes.

Art. 7.- Los bienes de dominio público según su forma de afectación se clasifican en bienes de dominio público natural y bienes de dominio público artificial:

Los bienes de dominio público natural son aquellos que provienen de los recursos otorgados por la naturaleza, cuya afectación sea produce a través de una ley.

Los bienes de dominio público artificial son aquellos cuya creación depende de hechos humanos, cuya afectación se produce a través de una ley, acto administrativo o hecho administrativo.

Art. 8.- Según el destino que comporte la afectación los bienes de dominio público pueden clasificarse en bienes de dominio público afectados al uso público, bienes de dominio público afectados a un servicio público y bienes de dominio público afectados que propenden el fomento de la riqueza nacional:

Los bienes de dominio público afectados al uso público son aquellos que se encuentren a disposición de todos los ciudadanos para su utilización en común.

Los bienes de dominio público afectados a un servicio público son aquellos que son usados en el desarrollo de un servicio público.

Los bienes de dominio público afectados que propenden el fomento de la riqueza nacional son aquellos en los cuales el Estado incrementa su patrimonio.

Art. 9.- Para que un bien de dominio público sea considerado como tal, debe ser categorizado dentro de las dos clasificaciones expuestas en los artículos 7 y 8 de la presente ley.

Capítulo II

Bienes de dominio privado

Art. 10.- Son bienes de dominio privado aquellos que no están afectados a un uso o servicio público.

Capítulo III

Inventario de bienes

Art. 11.- El Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, o quien haga sus veces, será la institución responsable de llevar un inventario de los bienes de dominio público y privado de las instituciones del Estado.

El inventario contendrá un detalle de la descripción del bien de propiedad del Estado, así como situación jurídica actual. En el caso de los bienes de dominio público también contendrá su forma de afectación y categorización.

Capítulo IV

Desafectación de bienes

Art 12.- Desafectar un bien de dominio público significa sustraerlo de su destino al uso público, haciéndolo salir, por lo tanto, del dominio público para ingresar al dominio privado, sea del Estado o de una persona privada.

Art 13.- La desafectación de un bien podrá realizarse de tres formas:

Desafectación formal.- Es la una manifestación del poder público en la que una institución del Estado expresa su voluntad de que un determinado bien salga del dominio público al dominio privado, a través de un acto administrativo o de una norma legislativa.

Desafectación por hechos.- Es una serie de acontecimientos generados por la naturaleza o por el hombre, que afectarán la individualidad o la integridad del bien, produciendo su salida del dominio público al dominio privado.

Desafectación tácita.- Se presenta cuando un bien de dominio público ha dejado de cumplir con su destino público, ya sea por el descuido o abandono de la institución pública propietaria del mismo.

Si un bien de dominio público es desafectado perderá las características determinadas en el artículo 6 de la presente ley.

Art. 14.- La desafectación formal de un bien de dominio público, a cualquier título, en la que el mismo pase a forma parte del dominio privado del Estado, deberá ser motivada de forma suficiente por la máxima autoridad de la entidad propietaria del bien.

En el acto o ley que la que se produzca la desafectación se deberá justificar la conveniencia tanto jurídica como económica de la misma, debiendo contar para el efecto con el informe favorable del Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, o quien haga sus veces.

Art. 15.- La desafectación formal de un bien de dominio público, a cualquier título, en la que el mismo pase al dominio de una persona privada, deberá ser motivada de forma suficiente por la máxima autoridad de la entidad propietaria del bien.

En el acto o ley que la que se produzca la desafectación se deberá justificar la conveniencia tanto jurídica como económica de la misma, debiendo contar con el informe favorable del Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, o quien haga sus veces, y con el dictamen favorable de la Procuraduría General del Estado.

Art. 16.- De producirse una desafectación por hechos o una desafectación tácita, la máxima autoridad de la institución pública propietaria del bien, o el Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, tendrán la obligación de poner en conocimiento de dicho particular a la Contraloría General del Estado, entidad que establecerá las responsabilidades que correspondan respecto de los actos y omisiones de funcionarios públicos que produjeron dicha desafectación.

Art. 17.- La Contraloría General del Estado establecerá las responsabilidades que correspondan en caso de incumplimiento a la normativa establecida en la presente Ley.

Disposición Transitoria

En el plazo de 180 días, todas las instituciones públicas deberán hacer un inventario de sus bienes de dominio privado y de dominio público, el cual deberá ser remitido al Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público o quien haga sus veces, con el fin de consolidar el inventario que estará a cargo de ésta institución.

Disposición Derogatoria

Quedan derogadas todas las normas de igual o menor jerarquía que se opongan a las disposiciones de la presente Ley.

Disposición Final

Las disposiciones de esta Ley entrarán en vigencia desde la fecha de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, a los días del mes de del año.....