



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

Las tesis de Belgrano

Escuela de Posgrado en Derecho
Especialización en Derecho Administrativo

Utilidad Pública y Retrocesión. Tutela del
Derecho de Propiedad en la Expropiación

N° 840

Federico Damián Turi

Departamento de Investigaciones
Fecha defensa de tesina: 9 de junio de 2015

Universidad de Belgrano
Zabala 1837 (C1426DQ6)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel.: 011-4788-5400 int. 2533
e-mail: invest@ub.edu.ar
url: <http://www.ub.edu.ar/investigaciones>

ÍNDICE**NOTA PRELIMINAR**

INTRODUCCIÓN A LA TESINA	5
--------------------------------	---

CAPÍTULO I: “DERECHO DE PROPIEDAD”

I.- PRINCIPALES NOTAS INTRODUCTORIAS	6
II.- LA FINALIDAD DE LA PROPIEDAD. DISTINTAS TEORÍAS	7
III.- EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA	9
IV.- LÍMITES AL DERECHO DE PROPIEDAD	12
IV.1.- REGLAMENTACIÓN DE DERECHOS O PODER DE POLICÍA?.....	13
V.- LIMITACIONES DE DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO	14
V.1.- LIMITACIONES EN EL DERECHO PRIVAD	14
VI.- LA EXPROPIACIÓN	15
VI.1.- TESIS PRIVATISTA, MIXTA Y PÚBLICA	16
VII.- NOTAS FINALES AL PRESENTE CAPÍTULO	17

CAPITULO II: “UTILIDAD PÚBLICA”

I.- INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE UTILIDAD PÚBLICA	18
II.- LA “UTILIDAD PÚBLICA” EN LA HISTORIA	19
II.- a) EVOLUCIÓN EN LA REPÚBLICA ARGENTINA	20
II.- b) LA UTILIDAD PÚBLICA Y LA LEY N° 21.499	21
II.- c) LA UTILIDAD PÚBLICA Y LOS MUNICIPIOS	23
III.- REVISIÓN JUDICIAL DE LA DECLARACIÓN DE UTILIDAD PÚBLICA	25
III.- a) FALLO “ELORTONDO”	26
III.- b) FALLO “FERRARIO”	27
IV.- RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LEYES INCONSTITUCIONALES	28
V.- DECLARACIÓN DE UTILIDAD PÚBLICA GENÉRICA: DELEGACIÓN LEGISLATIVA?	30
VI.- ES POSIBLE LA EXPROPIACIÓN SIN DECLARACIÓN DE UTILIDAD PÚBLICA?	31
VII.- CONCLUSIONES	33

CAPÍTULO III: “RETROCESIÓN”

I.- LA RETROCESIÓN Y SU REGULACIÓN NORMATIVA	34
II.- NATURALEZA JURÍDICA	36
III.- PRESUPUESTOS PARA SU PROCEDENCIA	36
III.1.- DESTINO FRUSTRADO	37
III.1.a).- INTIMACIÓN PREVIA AL EXPROPIANTE	37
III.2.- CAMBIO DE DESTINO.....	38
III.2.a).- EL CAMBIO DE DESTINO, LUEGO DE HABER SIDO SATIFECHA LA FINALIDAD EXPROPIATORIA	39
III.2.b).- RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO.....	40
IV.- NOTAS JURISPRUDENCIALES A LA RETROCESIÓN	42
IV.a).- FALLO “LO BIANCO S.A.”	43
IV.b).- FALLO “FIRA S.A.”	44
V.- PRESCRIPCIÓN.....	45
V.a).- LA PRESCRIPCIÓN Y EL FALLO “FILCROSA”	48
VI.- ACLARACIONES FINALES AL PRESENTE CAPÍTULO	50

CAPÍTULO FINAL

CONCLUSIONES	51
--------------------	----

NOTA PRELIMINAR

INTRODUCCIÓN A LA TESINA

Mediante el presente trabajo intentaremos demostrar que el Derecho de Propiedad se encuentra sumamente protegido en nuestro ordenamiento jurídico, ya sea antes, durante y una vez concluida la expropiación.

Para lograr la meta propuesta, hemos dividido la tesina en tres (3) capítulos principales, y uno final, referido a las conclusiones.

El **primer capítulo** tiene por objeto realizar un exhaustivo análisis del Derecho de Propiedad, examinando tanto su evolución histórica —no solo en el marco del derecho nacional, sino también en el derecho comparado—, como las diversas limitaciones que el mismo presenta. En un comienzo, diferenciaremos las limitaciones en el Derecho Privado y en el Derecho Público, con el objetivo de comprobar los fines que cada una de las mencionadas ramas del Derecho persiguen. Finalmente, ya centrados en el Derecho Público, nos adentraremos a esbozar un pequeño marco teórico de la expropiación, figura jurídica que constituye la mayor limitación a la propiedad privada en el campo del Derecho Administrativo.

En el **segundo capítulo**, y teniendo bien delimitado nuestro campo de estudio, nos abocaremos a comprobar el papel que juega la “utilidad pública” en el instituto expropiatorio, examinando los principales rasgos del mismo y estudiando como garantiza el Derecho de Propiedad de los particulares ante el avasallamiento Estatal y como se desempeña para limitar a su accionar. En el citado apartado, comenzaremos a analizar las normas que regulan la expropiación en el ámbito nacional, como así también recurriremos a la inestimable jurisprudencia de la Corte Suprema, y a la más especializada doctrina en la materia.

Por último, en el **tercer capítulo**, nos hemos propuesto comprobar que la protección al Derecho antes aludido, no solo se limita al momento de efectuarse la declaración de utilidad pública, y durante el proceso expropiatorio, sino que trasciende sus efectos, aún luego de haberse perfeccionado el mismo.

En tal sentido, el análisis estará enfocado en la “*retrocesión*”, entendida como el derecho que poseen los expropiados a solicitar la devolución de los bienes, cuando no se hubiese dado cumplimiento a la manda legal que declaraba la utilidad pública. Para ello, se abordarán los elementos más conflictivos que el mencionado derecho presenta, como por ejemplo: el plazo de prescripción para ejercer la acción, los supuestos para su procedencia, entre otros.

A modo de **cierre del trabajo**, se volcarán las conclusiones, teniendo las mismas como fin poder cumplimentar el objetivo propuesto y demostrar nuestra posición al respecto.

CAPÍTULO I

“DERECHO DE PROPIEDAD”

I.- PRINCIPALES NOTAS INTRODUCTORIAS

El derecho de propiedad se encuentra fuertemente ligado con la libertad. Básicamente la propiedad constituye una libertad individual, cuyo origen es imposible encontrarlo en la ley; sino que por el contrario, reside en la naturaleza misma de los hombres.

En tal sentido, ésta libertad natural que aludimos conlleva, al derecho a la propiedad privada sobre los bienes de uso y producción, reconocida por la ley positiva como causa y objeto de la actividad productiva de las personas, dirigida a satisfacer las necesidades de estos, como así también de la sociedad en la cual desarrollan su existencia.

Lo expuesto hasta el momento nos lleva a adelantar que este derecho no es absoluto. Nuestro ordenamiento jurídico no reconoce derechos absolutos, sino relativos. Es decir, se gozan y ejercen conforme a las leyes que los reglamentan. Todo Estado de Derecho tiene el deber de armonizar el ejercicio de los derechos con las restantes libertades que la ley reconoce a todos los individuos y grupos sociales. Pero con el límite de no caer en desconocer su naturaleza mediante restricciones y reglamentos que conduzcan en definitiva a su negación o desnaturalización.

Toda persona satisface sus necesidades básicas mediante el uso y disposición de los bienes que posee. Es por esto, que la propiedad privada debe ser respetada: cuanto mayor es la restricción a la propiedad sin alguna razón ligada al bien común de toda la sociedad, menor será la libertad de las personas.

Al ser una aptitud inherente de la condición humana el gozar y disponer de bienes, no es posible encontrar en el espacio una línea temporal donde haya “nacido” el derecho de propiedad. Estuvo presente desde los primeros tiempos del hombre.

Pero lo cierto, y a los fines de situarnos en una época determinada para empezar a diagramar nuestro estudio, es que con el surgimiento de las ideas provenientes del “iluminismo”, comienza a considerarse a la propiedad como un derecho humano, propio de todos los hombres por igual y por consecuencia, que debía ser protegido. A fin de lograr esta premisa, los pensadores, filósofos y juristas empezaron a diagramar distintas teorías.

Locke, por ejemplo, consideraba la propiedad como un derecho natural integrante de la dignidad humana y anterior al Estado, cuya función principal consistía precisamente en proteger y preservar la propiedad. Así, la propiedad existía en el estado de naturaleza, antes de la organización de la sociedad, y ningún poder supremo podía quitarle a ningún hombre parte alguna de su propiedad sin su propio consentimiento¹.

Desde una óptica más contractualista, Hobbes, entendía que el hombre en su estado “natural” pretendía prosperar mediante el atropello a la propiedad de sus iguales. En este caos, como lo define el autor, es donde prevalecía el más fuerte y donde cada uno debía protegerse a sí mismo. El hombre para poder evolucionar, y asentar la civilización debía construir un gobierno fuerte, totalitario y surgido a través del consentimiento de todos los ciudadanos (el llamado Leviatán), el cual permitiría el ámbito de seguridad para que la propiedad fuera respetada, sin temor a que otro se apodere de ella².

Fueron precisamente las nuevas ideas del “iluminismo” (entre otros factores) las que desencadenaron los hechos acontecidos en la Revolución Francesa de 1789, y la posterior Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, instrumento que estableció derechos inherentes a la naturaleza humana de todas las personas, entre los cuales se encuentra precisamente el de propiedad: “*La finalidad de toda*

¹ Tomás Várnagy. “El pensamiento político de John Locke y el surgimiento del liberalismo”. Artículo online disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/moderna/cap2.pdf>

² Conf. María Griselda Gaiada. “Leviatán y la naturaleza de la guerra. Guerras civiles y de conquista.”. Boletín Número 829 del Centro Naval, Enero/ Abril de 2011. Páginas: 69/78.

asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión" (Artículo 2°). Principios que luego servirían de inspiración para el resto de Europa y América.

Pero por otro lado y de conformidad a lo reseñado supra, observamos que el citado documento no tuvo reparos en ampliar la protección de la propiedad privada, especialmente contra el arbitrio Estatal: "*Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie podrá ser privado de él, excepto cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exige de manera evidente, y a la condición de una indemnización previa y justa.*" (Artículo 17°).

Cabe agregar que estas ideas provenientes del iluminismo, también repercutieron en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 1776, y en la consecuente Declaración de Derechos de Virginia del mismo año.

II.- LA FINALIDAD DE LA PROPIEDAD. DISTINTAS TEORÍAS

Bidart Campos, entiende que la extensión de la propiedad oscila entre varios extremos: la tesis negativa del *colectivismo*, la tesis absolutamente afirmativa del *individualismo*, la conversión del derecho individual en *función social*, y la teoría católica del derecho de propiedad con *función social*³.

Como hemos visto en el acápite precedente, los movimientos revolucionarios de fines del siglo XVIII dieron origen a lo que denominamos "liberalismo individual": doctrina política y económica que, en sus formulaciones originarias, postulaba la limitación del poder estatal en beneficio de la libertad individual; constituyendo la principal fuerza de lucha contra las estructuras que se oponían a la libre circulación de las fuerzas económicas y a la participación de la sociedad en la dirección del Estado.

Este "Nuevo Estado", o sea el Estado liberal, exaltó la protección de la propiedad situándola un peladito por encima de las demás libertades individuales, invistiéndola de una protección superior al resto. La libertad y la propiedad privada, serían la base del nuevo modelo de gobierno (la democracia), siendo necesaria su tutela en textos constitucionales.

Lamentablemente, con el pasar del tiempo, los objetivos del liberalismo originario fueron transformándose en una postura mucho más radicalizada, dando nacimiento al capitalismo moderno. En tal sentido, en la sociedad capitalista el llamado "capital" detenta una posición dominante en la producción de bienes, superando a los tradicionales factores, como la tierra y el trabajo humano. Además de la propiedad privada de los medios de producción, se destacan generalmente como elementos característicos principales de este sistema; la acumulación también privada del capital, la distribución desigual de la renta y de la riqueza, la importancia esencial del dinero y de los mercados financieros.

El gran problema que genera la radicalización de este sistema, es la concentración del beneficio de la propiedad en unos pocos. Por ello, la igualdad formal proclamada por las ideas del liberalismo, se reducen a la nada cuando existe una desigualdad económica y social, mediante la cual se oprime y controla a las clases desfavorecidas. En otras palabras, la propiedad "*inviolable*" y "*absoluta*" que promulgaba el liberalismo, en realidad era solo ostentada por un número ínfimo de personas "la burguesía". Mientras que la mayoría trabajadora estaba incapacitada para acceder a los beneficios de la propiedad.

Con el surgimiento de las masas obreras organizadas y su consecuente participación en la vida política de las sociedades, se empieza a cuestionar el sistema capitalista dando nacimiento al "*socialismo*". Este conjunto de teorías, dado que no existe un "socialismo absoluto" (propone en términos muy generales), un modelo de sociedad en el que una vez alcanzada la igualdad económica, supuestamente, se lograría acabar con los conflictos sociales, principalmente los desencadenados por el surgimiento del capitalismo. Se tiende a eliminar las barreras de "clases" y su antagonismo permanente: "burguesía-proletariado". No se propone una propiedad netamente individual, sino más bien colectiva.

³ Conf. Germán J. Bidart Campos. "Derecho Constitucional. Realidad, Normativa y Justicia en el Derecho Constitucional". Tomo II. Editorial Ediar. Año: 1966. Página: 320.

Como era de esperarse, el socialismo también sufrió virajes extremistas, como por ejemplo, las corrientes marxistas o leninistas, las que propulsaron directamente la destrucción de la propiedad privada, a través de la toma del poder por la clase obrera (“dictadura del proletariado”). Que se disolvería luego de cumplir con la misión de organizar el régimen colectivista y liquidar a las antiguas clases opresoras. Cumplido eso, se llegaría al comunismo, o sea la sociedad “sin clases ni explotación”.

Ante este panorama de constante confrontamiento entre el liberalismo extremo y el socialismo, en el año 1891 el Sumo Pontífice León XIII proclama la reconocida encíclica “*Rerum novarum*” o “*De las cosas nuevas*”, a través de la cual se intentó conciliar ambas posturas promoviendo la colaboración entre ellas, rechazando la lucha de clases, y dando origen así a la “*Doctrina Social de la Iglesia*”.

Para situarnos en el tiempo, estamos hablando de plena “Segunda Revolución Industrial” o “Era del Gran Capitalismo”. Período donde surgieron nuevas formas de producción pero donde también se produjo una gran brecha entre los sectores más beneficiados (defensores del capitalismo), y la gran masa de trabajadores. Los cuales, como adelantábamos anteriormente, se encontraban en condiciones indignas de humanidad: horario de trabajo excesivo, trabajo infantil, ausencia absoluta de previsión social y la lista de atropellos podría hacerse casi eterna.

La denominada “Doctrina Social de la Iglesia” critica arduamente ambos sistemas polarizados. Por un lado, ataca la llamada lucha de clases del marxismo, pero también condena enérgicamente la libertad económica extrema del capitalismo, y que ésta no esté al servicio de las personas⁴.

Pero lo que nos resulta sumamente importante para el presente trabajo, es que el documento en cuestión, concibe a la propiedad privada como un derecho natural del hombre^{5 6}.

Pasando en limpio, la Doctrina Social de la Iglesia, reivindica para el derecho de propiedad individual el carácter de derecho natural primario, pero no deja de lado que existe un destino común de los bienes, donde la propiedad esté originalmente destinada a todos. Toda propiedad, ya sea estatal o privada está gravada con una “hipoteca social”, por la cual debe cumplir una función social. En tal sentido se considera que el hombre, al disponer de sus bienes no puede considerarlos como propios únicamente. Sino también como comunes, en el sentido de que no se aprovechen exclusivamente para sí, sino para toda la comunidad.

La Doctrina Social de la Iglesia, fue posteriormente ampliada por el Papa Pio XI, en su encíclica “*Quadragesimo Anno*”, así también en el *Concilio Vaticano II*, convocado por el Pontífice Juan XXIII, y finalizado por Pablo VI, entre otras manifestaciones importantes de la Iglesia Católica.

Podemos concluir, que según las enseñanzas de la Iglesia Católica la propiedad constituye un derecho natural de los hombres, el cual se conforma por un poder de gestión y administración que sin excluir el dominio del mismo, no puede considerarse como absoluto ni mucho menos ilimitado, siendo preciso que sean fuente de libertad para todos, y no ser empleado como elemento de dominación al resto, ni para ostentar privilegios.

Ahora bien, siguiendo el esquema trazado por el maestro Bidart Campos, nos queda analizar la concepción de la propiedad como una *función social*, desarrollada principalmente por el jurista francés León Duguit.

⁴ Principalmente, Puntos 14°, 15°, 16° y 17° de la cita encíclica.

⁵ Apartado 6°: “*El que Dios haya dado la tierra para usufruirla y disfrutarla a la totalidad del género humano no puede oponerse en modo alguno a la propiedad privada. Pues se dice que Dios dio la tierra en común al género humano no porque quisiera que su posesión fuera indivisa para todos, sino porque no asignó a nadie la parte que habría de poseer, dejando la delimitación de las posesiones privadas a la industria de los individuos y a las instituciones de los pueblos...*”.

⁶ Apartado 7°: “*Con lo que de nuevo viene a demostrarse que las posesiones privadas son conforme a la naturaleza. Pues la tierra produce con largueza las cosas que se precisan para la conservación de la vida y aun para su perfeccionamiento, pero no podría producirlas por sí sola sin el cultivo y el cuidado del hombre. Ahora bien: cuando el hombre aplica su habilidad intelectual y sus fuerzas corporales a procurarse los bienes de la naturaleza, por este mismo hecho se adjudica a sí aquella parte de la naturaleza corpórea que él mismo cultivó, en la que su persona dejó impresa una a modo de huella, de modo que sea absolutamente justo que use de esa parte como suya y que de ningún modo sea lícito que venga nadie a violar ese derecho de él mismo.*”.

⁷ Gadium et spes N° 69: “*Sean las que sean las formas de la propiedad, adaptadas a las instituciones legítimas de los pueblos según las circunstancias diversas y variables, jamás debe perderse de vista este destino universal de los bienes. Por tanto, el hombre, al usarlos, no debe tener las cosas exteriores que legítimamente posee como exclusivamente suyas, sino también como comunes, en el sentido de que no le aprovechen a él solamente, sino también a los demás.*”.

En tal sentido, la propiedad es entendida como una institución jurídica que ha sido formada para responder a una necesidad económica, como todas las demás instituciones jurídicas, y que evoluciona irreparablemente con las necesidades económicas mismas. Conforme a ello, se entiende que en las sociedades modernas se transforma profundamente la necesidad económica a la cual debe responder la propiedad, por lo tanto ésta, como institución jurídica, debe transformarse también.

Consecuentemente llega a sufrir una “socialización”, sin llegar al extremo de entenderla como propiedad colectiva, (concepción impulsada por el socialismo) pero sí deja de ser considerada como un derecho individual, para convertirse en una función social. Así las cosas, el individuo poseedor tiene el deber y la obligación de usar la riqueza para mantener y aumentar la interdependencia social⁸.

En otras palabras, no se niega que el individuo utilice la propiedad para sí, y logre enriquecerse o satisfacer sus necesidades, pero así también tiene el deber de utilizarla para concretar las necesidades comunes de la sociedad.

Esta concepción novedosa, favoreció notablemente al constitucionalismo liberal ratificando la vigencia del derecho de propiedad como garantía efectiva del pleno desarrollo de la persona; pero como hemos manifestado anteriormente, no quiere decir que pueda ser ejercido de forma absoluta e incondicionada de modo tal que afecte el bien común.

Las Constituciones de Méjico de 1917⁹, de Weimar de 1919¹⁰ y de Yugoslavia de 1921¹¹, son un claro ejemplo de la recepción de esta doctrina en los textos supremos de las Naciones. Se deja asentado que en futuros párrafos nos expediremos con relación a la Constitución Argentina de 1949, que expresamente consideraba la función social de la propiedad.

III.- EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

A lo largo de la historia de nuestro país, los constituyentes siempre se han preocupado por asegurar el derecho de propiedad de las personas, aún en los orígenes mismos de la Nación.

El proyecto de Constitución que en 1813 elaboró la Sociedad Patriótica, disponía en su Artículo 9° que *“la propiedad es el derecho de gozar imperturbablemente de sus bienes, rentas y productos industriales”*.

El Estatuto provisional para la Dirección y Administración del Estado de 1815 expresamente definía el derecho de propiedad de las personas como *“el derecho de gozar de sus bienes, rentas y productos”*.

Por su lado la Constitución de las Provincias Unidas en Sudamérica de 1819 establecía en su Artículo 176° que *“siendo la propiedad un derecho sagrado e inviolable, los miembros del Estado no pueden ser privados de ella, ni gravados en sus facultades sin el consentimiento del cuerpo legislativo, o por un juicio conforme a las leyes”*.

En igual criterio, muy similar al analizado; la Constitución de 1826 disponía en el Artículo 175°: *“Siendo la propiedad un derecho sagrado e inviolable, los habitantes del Estado no pueden ser privados de ella, ni gravados en sus facultades, sino en los casos establecidos por la ley”*.

Como podemos observar las cláusulas constitucionales estudiadas recogen fielmente los postulados del liberalismo clásico, asignándole a la propiedad el carácter de ser un derecho superior e inviolable. Igual criterio siguió la Constitución de 1853, inspirada en el proyecto de Juan Bautista Alberdi, en el Artículo 17° expresando que: *“La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley.”*

⁸ Conf. Segundo V. Linares Quintana. “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional. Argentino y Comparado”. Parte Especial. Tomo IV. Editorial Alfa. Año: 1956. Páginas: 19/28.

⁹ Artículo 27°: “la Nación tendrá el derecho de imponer a la propiedad privada todas las modalidades que dicte el interés público”.

¹⁰ Artículo 153°: “la propiedad obliga; su uso debe efectuarse también en el interés general”.

¹¹ Artículo 38°: (la propiedad) “también implica obligaciones, no puede ser usada en perjuicio de los intereses de la comunidad”.

Ahora bien y como habíamos adelantado en el Acápite precedente, la Constitución de 1949 modificó el Artículo estudiado de la siguiente manera: *“La propiedad privada tiene una función social, y en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. Incumbe al estado fiscalizar la distribución y la utilización del campo e intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad...”* (Artículo 38° de la Constitución de 1949).

Bidart Campos resultó bastante crítico de la reforma efectuada por el gobierno de Juan Domingo Perón, considerando que ésta no era necesaria. Recuerda que la Constitución en su redacción original no otorgaba derechos absolutos, por el contrario, de la conjunción entre los Artículo 17° y 14° de la Constitución de 1853, tranquilamente podía regularse la propiedad privada con un contenido social (y de hecho, ya resultaba implícitamente aceptada por la Constitución la función social de la propiedad), dado que la inviolabilidad que ostenta este derecho, en nada contradice a que la misma esté al servicio del bien común, criterio que ya había sido adoptado por la legislación y la jurisprudencia en ese entonces.

Así las cosas, agrega que los tribunales al aplicar el precepto adoptado por la Constitución reformada, sostuvieron que la función social atribuida a la propiedad privada no implicaba otros gravámenes u obligaciones que los establecidos en la ley con fines de bien común, y que la asignación de esa función social no significaba negar o desconocer el derecho natural inherente a la personalidad humana, sino adaptarlo a las nuevas concepciones imperantes, a fin de evitar su abuso, mediante su sometimiento a las obligaciones legales¹².

En igual sentido se expresaba Linares Quintana, quién comentando a Novillo Corvalán mencionaba que el texto Constitucional de 1949, se alejó de las premisas de Duguit en cuanto a la concepción de función social de la propiedad. En tal caso, para el jurista francés la propiedad es una función social: desaparece como derecho privado; mientras que en la Constitución reformada tiene una función social, pero eventual, pues sólo nace a merced de una imposición del Estado, y subsiste como derecho subjetivo. En Duguit, la función social está a cargo del titular de la propiedad; en la Constitución del 49° a cargo del Estado¹³.

Bielsa por su lado, coincide con los autores supra expuestos estimando que la reforma era innecesaria, pues desde 1853 hasta 1949 jamás el atributo de la inviolabilidad fue cuestionado seriamente como límite para conformar el contenido del derecho de propiedad con las exigencias de orden no sólo privado, sino también público.

Agrega que la reforma impulsada por el gobierno peronista era también antijurídica: porque la reforma constitucional, al suprimir la disposición que declaraba la inviolabilidad de ese derecho y de cualquier otro derecho, resulta imposible de concebir que en un orden jurídico regular un derecho pueda ser violable por persona privada o autoridad pública, sin que por eso mismo deje de ser derecho¹⁴.

Con la llegada de la autodenominada “Revolución Libertadora”, el 16 de septiembre de 1955 se derroca al gobierno constitucional del presidente Juan Domingo Perón tomándose entre otras medidas, la derogación de la Constitución de 1949 reestableciéndose así la Constitución de 1953 con sus modificaciones hasta 1949.

Dando un paso hacia la actualidad, observamos que mediante la Ley N° 24.309 de fecha 29 de Diciembre de 1993 se declaró la necesidad de reformar la Constitución, pero lo destacable de la situación es que la nombrada norma prohibió expresamente que se alterara la primera parte del texto Constitucional, dejando vedada toda posible alteración del régimen de propiedad que hemos estado analizado hasta el momento. Motivo por el cual, la reforma del año 1994 no ha traído una modificación sustancial, más allá de los puntos que a continuación detallaremos.

¹² Conf. Germán J. Bidart Campos. “Derecho Constitucional. Realidad, Normativa y Justicia en el Derecho Constitucional”. Tomo II. Editorial Ediar. Año: 1966. Página: 324/325.

¹³ Conf. Segundo V. Linares Quintana. “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional. Argentino y Comparado”. Parte Especial. Tomo IV. Editorial Alfa. Año: 1956. Páginas: 80/81.

¹⁴ Conf. Rafael Bielsa. “Derecho Constitucional”. Depalma. Año: 1959. Página: 357.

Lo expuesto en el párrafo anterior es de suma importancia al momento de analizar el Artículo 75° inciso 22 del texto constitucional, el cual dispone ciertas reglas para los Tratados de Derechos Humanos que tengan jerarquía constitucional¹⁵:

- *Estos Tratados, poseen jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia.*

Gelli a fin de arrojar algunas luces a la cuestión comenta que “*las condiciones de vigencia*” implica tanto el modo en que fueron aprobados y ratificados por la República Argentina, como el alcance interpretativo dado a las cláusulas del tratado por la jurisprudencia internacional de los tratados de derechos humanos, lo que conlleva la interpretación que al respecto hagan de ellos los organismos internacionales¹⁶.

- *Los Tratados de jerarquía constitucional no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución.*

Si bien esta pauta ya la hemos mencionado anteriormente, podemos completar la idea agregando que la Corte Suprema de Justicia en numerosos precedentes ha manifestado que los Tratados de Derechos Humanos y la primera parte de la Constitución, son totalmente compatibles, dado que los Constituyentes al momento de integrar las normas internacionales al cuerpo de la Constitución, ya han hecho el debido juicio de comprobación de compatibilidad, correspondiendo a los Tribunales la tarea de armonizar sus disposiciones en los casos particulares que se presenten¹⁷.

- *Deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución.*

En este sentido corresponde interpretar que aquellos derechos reconocidos en estos Tratados constituyen un valor más que se incorpora a los declarados en el orden interno. Mejor dicho, tienden a aumentar la protección de derechos incrementándole su grado de resguardo.

Otro aspecto interesante para examinar de la reforma del 94' es el Artículo 75° Inciso 17°, que reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, pero además esta disposición constitucional agrega: “...reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan...”.

Esta nueva garantía impulsada por los constituyentes, introdujo sin lugar a dudas un nuevo debate con relación a la concepción de propiedad que tradicionalmente conocemos, determinando dos posturas bien definidas: ***se abrió paso a una nueva forma de propiedad, una colectiva? o bien, debemos interpretar la cláusula constitucional dentro del marco tradicionalista del derecho de propiedad?***

Dalla Vía considera que del texto constitucional se desprende un régimen especial de propiedad (comunitario) al que se accede por la posesión tradicional y da derecho a nuevas accesiones posibles. Al estar en presencia de una norma programática, es misión del Congreso reglamentar los derechos allí enunciados, pero con el límite de no vulnerar su espíritu con excepciones reglamentarias¹⁸.

¹⁵ Algunos ejemplos de Tratados con jerarquía Constitucional que contienen disposiciones respecto del derecho de propiedad: Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 21: Derecho a la Propiedad Privada. 1.- “*Toda persona tiene derechos al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.* 2.- *Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.*”. Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Artículo 5°: “...d) *v) el derecho a ser propietario, individualmente y en asociación con otros...*”.

¹⁶ Conf. María Angélica Gelli. “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”. La Ley. Año: 2003. Páginas: 593/594.

¹⁷ CSJN: 319:3241

¹⁸ Conf. Alberto Ricardo Dalla Vía. “Manual de Derecho Constitucional”. Lexis Nexis. Año: 2004. Página: 16.

IV.- LÍMITES AL DERECHO DE PROPIEDAD

Nos ha quedado claro que la propiedad reviste un papel sumamente importante en nuestro orden constitucional, en virtud que no solo se encuentra regulada en el propio texto en sí, sino que a partir de la reforma del año 94' se han agregado nuevos instrumentos jurídicos que complementan la manda constitucional ampliando su protección y goce.

Ahora bien, hemos reiterado en varias ocasiones que todos los derechos que gozan los habitantes de la Nación no son absolutos, sino que por el contrario, son relativos. Explayándonos un poco más en la cuestión, el Artículo 14° del texto constitucional es sumamente importante para analizar la cuestión planteada.

El mismo dispone que *“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio.... De usar y disponer de su propiedad...”*.

De lo reseñado supra, podemos adelantar dos cuestiones sumamente importantes: La primera, que ya la hemos repetido ininidad de veces en cuanto a la inexistencia de derechos absolutos, y en segundo lugar, solo la ley puede reglamentar derechos.

La fundamentación del poder de reglamentación de los derechos, no es otra que la existencia misma de la sociedad, para que esta pueda desarrollarse en forma ordenada y sus habitantes puedan gozar de los derechos con los que cuentan. Por lo tanto, si bien es sumamente importante la vigencia de los derechos individuales (como la propiedad), también lo es en igual sentido su reglamentación a fin de mantener el orden social.

Así las cosas, comprendemos que la concreción de los fines de la sociedad o la comunidad, es más importante que el individuo en sí, siendo sustancial limitar el ejercicio de sus derechos si ello es necesario a los fines de lograr el bien común. Por ello, tampoco podemos dejar de pasar por alto otro elemento sumamente importante para la cuestión, y es precisamente que el ejercicio de los derechos no puede resultar en un perjuicio para el resto de la sociedad. En tal sentido, el Estado como guardián del orden público y la seguridad de sus habitantes, debe limitar el ejercicio de derechos cuando se produzcan situaciones que considere perjudiciales para la población.

Pero... el Estado puede siempre restringir los derechos? No. El Principio Constitucional antes señalado, radica básicamente en que el Estado solo puede limitarlos cuando se persigue la promoción del bienestar general, no puede hacerlo en forma arbitraria.

Además, tenemos que tener presente que la limitación de derechos no puede sobrepasar los límites impuestos por la Constitución:

- El primero lo vemos presente en el Artículo 28° del Texto Constitucional, expresando que los derechos y garantías reconocidos no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio (*“Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.”*).

De la conjunción de este Artículo y del 14°, surge el llamado Principio de Razonabilidad, entendiéndose en tal sentido que las reglamentaciones respecto de los derechos y garantías constitucionales deberán ser razonables, estableciendo condiciones y limitaciones adecuadas al espíritu y a la letra de las normas constitucionales.

- Por último el Artículo 19°, Primera Parte; esboza los Principios de Libertad de Pensamiento y de Creencia, como así también impone el Principio de Autonomía de la persona humana, estableciendo que los actos privados de los ciudadanos están exentos de la regulación estatal.

Estos mandamientos fueron receptados por nuestro Máximo Tribunal en el precedente “Bazterrica” al afirmar que: *“...el Estado no puede ni debe imponer ideales de vida a los individuos sino ofrecerles el marco de libertad necesario para que ellos los elijan”*¹⁹.

¹⁹ Fallo CSJN: 308:1392. Voto del Doctor Petracchi, Considerando 25.

IV.1.- REGLAMENTACIÓN DE DERECHOS O PODER DE POLICÍA?

No podemos continuar nuestro análisis de la limitación al derecho de propiedad, sin emitir unas palabras respecto del poder de policía. ***Es lo mismo la facultad del Congreso (o legislaturas provinciales, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones) de reglamentar derechos, que el Poder de Policía?. Desde otra perspectiva, siempre que se reglamenten derechos, estamos en presencia de Poder de Policía?***

Para Gelli, no existe una diferencia entre ambos términos, por tal motivo el poder de policía no es otra cosa ni se diferencia de la atribución estatal de restringir el ejercicio de derechos constitucionales a través de reglamentaciones que cumplan con los principios de legalidad y de razonabilidad y que, por ello, son concebidas como excepciones acotadas al uso de la libertad²⁰.

Este llamado “Poder de Regulación del Estado”²¹ mediante el cual se ordena y regula la sociedad restringiendo así los derechos de los particulares, desde un comienzo ha sido reconocido por la Corte Suprema por ejemplo en el caso “*Saladeristas*”²², entre muchos otros.

En el citado precedente, las actoras demandaron a la Provincia de Buenos Aires reclamando una indemnización de daños y perjuicios, a raíz de la suspensión de faenas de los saladeros situados en el Riachuelo de Barracas ordenada por la Legislatura Provincial mediante Ley del 6 de setiembre de 1871.

Los propietarios de los saladeros consideraron que la ley citada era violatoria del ejercicio de industria lícita y del derecho de propiedad, agregando además que la actividad que desarrollaban había sido autorizada en su momento por las autoridades competentes.

La Corte finalmente rechazó la demanda intentada, pero entre sus fundamentos hay dos que permiten reflejar la idea antes esbozada:

- a) *“... los saladeristas de Barracas no pueden por consiguiente invocar ese permiso para alegar derechos adquiridos, no sólo porque él se les concedió bajo la condición implícita de no ser nocivos a los intereses generales de la comunidad, sino porque ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o de una industria.”* (la cursiva y el subrayado me pertenece)
- b) *“Que la objeción que hoy se opone a la ley y decreto citados, de ser contrarios a la Constitución y a las leyes civiles, por cuanto atacan la propiedad y el ejercicio de una industria lícita, no tiene fundamento alguno legal, porque según la Constitución, esos derechos están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio...”* (la cursiva y el subrayado me pertenece).

Si bien como anticipamos previamente el Poder de Policía es en principio una atribución del Congreso, según lo dispuesto por el Artículo 14° de la Constitución, no es menor tener presente que el Poder Ejecutivo puede a su vez ejercer una especie de “Poder de Policía derivado”.

Como Gelli expone, este Poder “derivado” logramos encontrarlo en la Constitución Nacional, en primer lugar en el Artículo 76° (decretos delegados) y así también en el Artículo 99, Inciso 3° (decretos de necesidad y urgencia). Dejando bien en claro que la mencionada atribución es de carácter excepcional, de emergencia y sujeta al cumplimiento de los requisitos y limitaciones expresamente determinados por el ordenamiento normativo, como así también el consecuente control de razonabilidad²³.

²⁰ Conf. María Angélica Gelli. “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”. La Ley. Año: 2003. Páginas: 68/69.

²¹ La Procuración del Tesoro de la Nación, ha entendido que el Poder de Policía del Estado “...*implica la potestad jurídica en virtud de la cual el Estado -con el fin de asegurar la libertad, la convivencia armónica, la seguridad, la moralidad, la salud y el bienestar general de la población- impone por medio de la ley limitaciones al ejercicio de los derechos individuales, a los que no puede alterar, en tanto este poder describe una facultad de esencia legislativa que implica la posibilidad de reglamentar y por ende limitar derechos.*” (Dictámenes 208:138).

²² Fallo CSJN: 31:273.

²³ Conf. María Angélica Gelli “Competencia Nacional, Provincial y Municipal en materia de Poder de Policía”. Página N° 3.

La Corte Suprema de la Nación en el fallo Ercolano Agustín c/ Lanteri de Renshaw Julieta, ha resumido de manera magistral lo que hemos expuesto hasta el momento indicando que *“Ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la constitución, reviste el carácter de absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad de la convivencia social. Reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de esta última... Hay restricciones a la propiedad y a las actividades individuales cuya legitimidad no puede discutirse en principio, sino en su extensión”*.

V.- LIMITACIONES DE DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

En primer lugar, debemos tener presente que la concepción de propiedad y su regulación no es similar en el derecho público que en el privado.

En el derecho privado, el objeto de la propiedad se limita a las cosas materiales susceptibles de tener algún valor, manteniéndose por tal sentido restringida la propiedad al “dominio” y a los derechos reales. Por su lado, el derecho público amplía el margen expuesto, entendiendo que la propiedad abarca además del dominio y los derechos reales, también a todos los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona (ya sea jurídica, o física).

Para tener una idea de lo que acabamos de exponer, es vital tener presente la diferenciación de los conceptos de *“propiedad”* y *“dominio”*. El dominio, se limita únicamente a las cosas que se encuentren en el comercio; mientras que la propiedad, por el contrario, abarca todos los bienes susceptibles de apreciación pecuniaria. Por ello, el dominio es una especie dentro de la propiedad, que se limita a las cosas ya sean muebles o inmuebles.

La Corte en el reconocido fallo “Bourdie” expresó *“El término propiedad, cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende, como lo ha dicho esta Corte, “todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad.”*²⁴.

V.1.- LIMITACIONES EN EL DERECHO PRIVADO

Ahora bien, adentrándonos un poco más en la cuestión del presente acápite, debemos tener presente que el propio Código Civil, en el Artículo 2.611 deja bien en claro cuando corresponde que la propiedad sea regulada por el derecho público y cuando por el privado: *“Las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo.”, pero más fuerte aún es la premisa si también analizamos la nota del propio codificador: “Las restricciones impuestas al dominio por solo el interés público... son extrañas al Derecho civil.”*

Las limitaciones en el derecho privado (objeto que excede la materia del presente trabajo, razón por la cual solo se les dedicará unas breves líneas), no tienen como objetivo la protección del bien común, sino por el contrario las relaciones privadas de las personas. Por tal motivo la protección de estas normas poseen un destinatario individual y determinable, aun cuando puedan ser varios quienes se encuentren en una determinada situación jurídica.

La limitación en el orden del derecho privado, se produce entre los mismos titulares de la propiedad, y se sustentan en el interés conjunto y concurrente que produce la vecindad entre propietarios.

²⁴ Fallo CSJN: 145:327.

Como señalara Comadira, la distinción entre las públicas y privadas es de suma importancia, pues influye directamente, en todo lo que atañe a su régimen jurídico, a la asignación del poder de legislar sobre ellas y la jurisdicción aplicable cuando se suscitan conflictos²⁵.

Es por ello que la regulación de las limitaciones que resguardan intereses privados se encuentran en las normas de derecho privado, particularmente por el Código Civil; siendo competencia del Congreso su regulación en todo el territorio en virtud de lo expuesto en el Artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional.

VI.- LA EXPROPIACIÓN

En el derecho público, como ya hemos desarrollado a lo largo del presente análisis, la propiedad no tiene concepción de ser *“exclusiva, perpetua y absoluta”*, como en el derecho privado, sino que por el contrario la misma se haya sometida al interés público de la comunidad. El interés público siempre prevalece sobre los intereses particulares.

Su regulación, a contrapartida de las limitaciones en el derecho privado, es de orden local en virtud de estar nuestro país configurado en un sistema federal de gobierno, donde las provincias conservaron todo el poder no delegado al gobierno federal (Artículo 121° C.N), y se dan sus propias instituciones locales, rigiéndose por ellas (Artículo 122° C.N).

Quedando clara la diferenciación de regímenes, podemos pasar a realizar el examen de las limitaciones a la propiedad en el derecho público, siendo definidas por Marienhoff como *“el conjunto de medidas jurídico-legales concedidas para que el derecho de propiedad individual armonice con los requerimientos de interés público general”*²⁶.

Entre las distintas limitaciones a la propiedad privada establecidas en defensa del interés público, podemos mencionar las siguientes:

- Las restricciones administrativas, cuya finalidad es evitar que el ejercicio de la propiedad obstaculice la actividad de la Administración Pública.
- Las servidumbres administrativas, las cuales permiten el uso público de un bien sobre el cual se ejerce el derecho de propiedad privada, sin que importe el cambio de titular.
- La ocupación temporánea, entendida como la competencia de uso y goce, regulada por el derecho público, a favor de entidades públicas o privadas (en la medida en que presten un servicio público o una actividad de interés público), sobre bienes ajenos al titular de esta prerrogativa, para satisfacer un uso público, por tiempo determinado.
- La requisición, ocupación o adquisición coactiva de un bien por el Estado, quien lo dispone por situación de generalidad y a los efectos de satisfacer la utilidad pública reconocida por ley.
- El decomiso, o sea, la privación del derecho de propiedad sobre una cosa mueble por razones de seguridad, moralidad o salubridad pública, o bien como sanción administrativa o penal.
- El secuestro, que implica la custodia temporánea de la cosa ajena, impidiendo su disposición o uso por el titular del derecho.

Finalmente nos queda la expropiación, figura jurídica que junto con la requisición, constituye la máxima limitación legítima de derecho administrativo, de la que puede ser objeto la propiedad, abarcando tanto los inmuebles y muebles, e incluso derechos (como por ejemplo los *“intelectuales”*²⁷). En la expropiación,

²⁵ Conf. Julio Rodolfo Comadira y Héctor Jorge Escola. “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo II. Abeledo-Perrot. Año: 2012. Páginas 1710/1711.

²⁶ Conf. Miguel Marienhoff “Tratado de Derecho Administrativo”. Tomo IV. Abeledo-Perrot. Año: 1997. Página: 19.

²⁷ Como bien afirma Gordillo, el objeto expropiado es el derecho patrimonial que emerge de la propiedad intelectual, no su autoría. La autoría de la obra no se ve afectada por la expropiación. Conf. Conf. Agustín Gordillo. “Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas”. Tomo IX. Edición Online: www.gordillo.com.ar. Página: XVIII-17.

el dueño percibe dinero en suma equivalente –o que se supone equivalente- al bien perdido. A diferencia de la servidumbre, que restringe la “exclusividad” de la propiedad, la expropiación reduce la “perpetuidad” del derecho²⁸.

Los derechos que se afectan con la expropiación son, en primer término la propiedad como ya hemos observado en todo el presente trabajo, pero, también se encuentra violentada la igualdad, dado que el sacrificio que se produce con la expropiación es sufrido de forma individual, y no general. En otros términos, no afecta a la población en general, sino únicamente a sujetos determinados.

La Corte Suprema se ha expedido al respecto, señalando que la expropiación es un derecho unilateral de poder de la autoridad expropiante, por el cual adquiere la propiedad del bien declarado de utilidad pública sin el concurso de voluntad del sujeto expropiado, y sin otro presupuesto legal que el pago de la indemnización debida por el desapropio²⁹. Importa pues, esta figura, una restricción anormal al dominio del particular expropiado³⁰, en favor de la comunidad³¹.

La nota distintiva de la expropiación, es que su origen no es legal, sino constitucional como bien lo expone el Artículo 17° de la Constitución Nacional *“La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada.”*

VI.1.- TESIS PRIVATISTA, MIXTA Y PÚBLICA

Si bien nunca hubo duda respecto del origen constitucional de la expropiación, no tuvo igual suerte determinar la naturaleza jurídica de la misma, llevando a que tanto la doctrina como la jurisprudencia debatieran durante años al respecto.

En primer término se encuentra la postura que entendía la expropiación como una compraventa forzosa, regida íntegramente por el derecho privado en atención a los lineamientos del Artículo 1.324 del Código Civil: *“nadie puede ser obligado a vender, sino cuando se encuentra sometido a una necesidad jurídica de hacerlo, la cual tiene lugar... 1) cuando hay derecho en el comprador de comprar la cosa por expropiación, por causa de utilidad pública...”*, y del Artículo 2.511, entre otros: *“Nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública, previa la desposesión y una justa indemnización...”*.

Lo llamativo de la cuestión, es que el propio codificador ya había anticipado que la expropiación es una institución de derecho público, ajena al Código Civil, como bien lo señalara en la nota al Artículo 1.324 antes citado: *“la ley especial fijará todas las condiciones de la expropiación, para determinar y pagar el precio, como también lo que ha de expropiarse.”* La propia nota de Vélez, haciendo referencia a una ley especial ya deja asentado que el Código Civil no es la fuente jurídica de la expropiación, que en sí, como hemos analizado surge de la propia Constitución.

Razón por la cual es imposible determinar que sea materia del derecho privado, más cuando se toma en consideración los distintos elementos de este instituto, como la declaración de utilidad pública estatal, los distintos procedimientos para llevarla a cabo (ya sea judicial o extrajudicialmente) y por último, pero no por eso menos importante, la finalidad misma: la satisfacción del bien común. Notas claras que nos permiten comprender que no estamos en presencia de un instituto de naturaleza privada.

Luego que la tesis privatista fuera ampliamente superada, los doctrinarios comenzaron a debatir respecto si la expropiación se trataba de instituto de carácter mixto (parte regulado por el derecho público, y parte por el derecho privado), o bien su régimen era plenamente de derecho público.

Rafael Bielsa sin lugar a dudas fue uno de los más importantes referentes de la tesis mixta, quien al analizar la expropiación consideraba que existía una cuestión que debía ser regulada por el derecho público, al ser el Estado quién actuaba como poder público desapoderando a los particulares de sus bienes. Pero por otro lado, también radicaba una parte que por su naturaleza debía ser amparada por el

²⁸ Conf. Juan Francisco Linares. “Derecho Administrativo”. Editorial Astrea. Año: 2007. Página: 491.

²⁹ Fallo CSJN: 308:2359.

³⁰ Fallo CSJN: 312:1725.

³¹ Fallo CSJN: 312:2444.

derecho privado, referente al derecho de indemnización que le concierne al expropiado por el accionar Estatal *“cuya defensa puede originar caso contencioso, que es de competencia del Poder Judicial el juzgarlo; pero no se trata de la obligación de indemnizar que es también principio de derecho público, sino tan sólo de la estimación o monto de la indemnización. Esto se explica, porque se trata del patrimonio del particular, cuya defensa integral, en caso de lesión, incumbe al Poder Judicial y no al administrativo.”*³².

Criterio que fuera receptado por la jurisprudencia en numerosos fallos asentando el principio que *“la expropiación, es sin duda, una institución de derecho administrativo, pero la etapa última tendiente a obtener ante los jueces la fijación del precio o valor de la cosa expropiada presente los caracteres de una causa civil”*³³.

El criterio publicista, considera que en la expropiación no existe elemento alguno de derecho privado, dado que el Estado al llevar adelante la expropiación no hace otra cosa que ejercer las competencias otorgadas por el mismo texto constitucional, siendo la indemnización que obtiene el expropiado, una compensación económica por haber sido afectado un bien de su propiedad por causa de utilidad pública; compensación que también es un mandato surgido de la propia Constitución.

Conforme a ello, la expropiación es entonces un instituto totalmente homogéneo, regido en su totalidad por el derecho público y más precisamente, por el derecho administrativo, siendo competencia tanto de las Provincias como del Estado Nacional su regulación.

Estos preceptos fueron recogidos por la Corte Suprema de la Nación en el precedente *“Administración General de Obras Sanitarias de la Nación c/ Tornquist y Bernal M. y otros / expropiación”*, declarando que *“el instituto expropiatorio pertenece al derecho público, incluida la etapa concerniente al régimen de las indemnizaciones.”*³⁴.

VII.- NOTAS FINALES AL PRESENTE CAPITULO

Con lo estudiado creemos haber demostrado que la propiedad es un derecho fuertemente protegido en nuestro ordenamiento jurídico, pero a su vez, también debidamente regulado a los fines de lograr la armonía en el ejercicio del derecho en la sociedad. Por más que históricamente siempre fue uno de los derechos más importantes, inherentes a la condición humana; nuestras normas no reconocen derechos absolutos sino relativos a los efectos de lograr el bien común.

Así también hemos analizado que el Estado, en vistas de lograr ese “bien común” puede alterar las condiciones de *“exclusiva, perpetua y absoluta”* de la propiedad, relativizando su carácter de *“inviolable”*, llegando hasta el máximo nivel de limitación a través de la expropiación, cuando la utilidad pública así lo requiera, quedando el expropiado imposibilitado de oponerse (en principio) al expropiante.

Pero, así como los derechos de las personas no son absolutos, tampoco lo son las potestades Estatales. En tal sentido, el Estado no puede extinguir el derecho de propiedad de una persona, sin una causa que le sirva de fundamentación. Esta causa, no es otra cosa que el concepto de “utilidad pública” previsto en el Artículo 17° de la Constitución Nacional.

³² Conf. Rafael Bielsa. “Derecho Administrativo”. Depalma. Año: 1947. Página: 427.

³³ Fallos CSJN: 178:85, 180:48, 182:15 entre otros.

³⁴ Fallo CSJN: 241:73.

CAPÍTULO II “UTILIDAD PÚBLICA”

I.- INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE UTILIDAD PÚBLICA

Como hemos analizado en el Capítulo I, el Artículo 17 de la Constitución Nacional establece uno de los pilares más importantes en cuanto a la protección de la propiedad privada determinando que: *“La propiedad es inviolable... La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada.”*

Adelantándonos un poco en el tema a abordar, de la premisa transcripta podemos extraer las siguientes conclusiones: a) La propiedad, y su correspondiente protección es un garantía constitucional reconocida expresamente por la Carta Magna, b) Cuando el Estado decide desposeer a un particular de su propiedad mediante expropiación, esta facultad debe provenir de una ley emanada por el correspondiente órgano legislativo (Congreso en el caso de la Nación, y Legislaturas en las Provincias) y además, la justificación de la expropiación debe estar vinculada a atender una utilidad pública.

Ahora bien, esto nos permite darnos una idea que la expropiación solamente puede ser dispuesta por causa de utilidad pública. Todos los demás fundamentos que motiven la expropiación que se nos pudiesen venir a la mente y que no encajen en “utilidad pública”, entrarían en conflicto con la manda Constitucional, y por lo tanto serían inconstitucionales.

La cuestión parece sencilla hasta el momento, pero... que es “utilidad pública”? Badeni³⁵ comenta que es un concepto en sí relativo, dado que su contenido varía en el tiempo y el espacio, en función de las necesidades colectivas de una sociedad determinada. En otras palabras, lo que puede significar “utilidad pública” para una sociedad específica, no quiere decir que lo sea para otra. En igual sentido cabe expresarse con relación al tiempo: lo que hoy es utilidad pública, no puede interpretarse que lo sea en el futuro.

Desmembrando el concepto antes referido, podríamos aclarar que “utilidad” implica la calidad de ser útil, y útil es lo que produce provecho, comodidad o interés y puede servir de algo. Por otro lado, “público” implica pertenencia al pueblo o a la comunidad. Dando por entonces que la utilidad pública sería aquello que produce provecho, comodidad o interés a la comunidad a la que puede servir y aprovechar³⁶, de acuerdo a las condiciones económicas, políticas y sociales imperantes en esa sociedad.

Entendida ya la terminología de la utilidad pública, es necesario seguir avanzando en nuestro estudio. Como pudimos apreciar al principio del presente Acápite, la Constitución en forma expresa y determinante establece que sean los órganos legislativos los encargados de llevar adelante la calificación de utilidad pública.

En este punto, es necesario remarcar que no estamos en presencia de una facultad concurrente entre los Poderes Legislativo o Ejecutivo, que sea una potestad que pueda ser ejercida por cualquiera de los dos, sino que la calificación de utilidad pública es indelegable e inherente del Legislativo³⁷.

No menor es la conclusión a la que llega Diez, entendiéndolo que la declaración de utilidad pública es realizada por el Poder Legislativo, en atención a que es el órgano más idóneo para llevar adelante esta tarea dada la naturaleza de las funciones que ejerce, y la renovación periódica de su mandato, sumado al hecho que es el Poder que está en más contacto con la población y puede apreciar mejor sus necesidades³⁸.

³⁵ Conf. Gregorio Badeni. “Tratado de Derecho Constitucional”. La Ley. 3° Edición. 2010. Tomo II. Página: 391.

³⁶ Midón sigue el criterio expuesto por Linares Quintana en su reconocido “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”. Mario A. R. Midón. “Manual de Derecho Constitucional Argentino”. La Ley. 3° Edición. 2013. Página: 464.

³⁷ Conf. José Canasi. “Tratado Teórico Práctico de la Expropiación Pública”. La Ley. 1967. Primera Parte. Página: 46/47. El citado autor agrega que los jueces tampoco son los encargados de llevar adelante la calificación de utilidad pública, siendo la función de éstos verificar la constitucionalidad de la calificación realizada por el Poder Legislativo.

³⁸ Conf. Manuel María Diez. “Derecho Administrativo”. Bibliográfica Omeba. 1969. Tomo IV. Página: 248.

Lo analizado hasta el momento, nos permite aventurarnos a decir que la utilidad pública es lo que determina el proceso expropiatorio. Sin ella, no puede existir. Es la justificación del Estado para llevarla adelante.

Aquí es donde empezamos a notar la importancia del concepto en estudio, en mejores términos: la utilidad pública es la garantía que poseen los particulares para que no se violente de forma arbitraria su derecho a la propiedad privada, en virtud que, el Estado únicamente puede extinguir la propiedad siempre que haya una causal de utilidad pública que lo justifique.

II.- LA “UTILIDAD PÚBLICA” EN LA HISTORIA

Como puede inferirse, el concepto de utilidad pública no es algo nuevo, los romanos ya empleaban la causal de utilidad pública para llevar a cabo expropiaciones que tuvieran como fin la realización de obras públicas. Ejemplo de esto podemos observarlo en el senadoconsulto del año 74, para la realización de acueductos en Roma³⁹. Sin perjuicio de ello, debemos destacar que la existencia de normas que regularan dicha situación eran casi inexistentes, imperaba fundamentalmente la discrecionalidad y las necesidades del momento.

Sin perjuicio de ello, en el Estado moderno Italiano (siglo XIX) la utilidad pública fue expresamente impuesta como causa expropiatoria, como puede contemplarse en el Código Civil aprobado el 25 de junio de 1865 (Artículo 438)⁴⁰.

Por otro lado, en las Siete Partidas redactadas en Castilla durante el reinado de Alfonso X (1252-1284) con el objetivo de alcanzar la uniformidad jurídica del Reino, encontramos una regulación más ajustada a reglas normativas, y no atadas a la discreción de los gobernantes (o mejor dicho, capricho). Un caso de esto, lo vemos en la Partida Tercera, Título XVIII, Ley 31: El rey solo poseía un poder de protección sobre los bienes de los particulares, quedando descartado que pudiera ejercer dominio sobre ellos. La privación a alguien de sus cosas, sin contar con su voluntad, era considerada una actuación contraria al derecho natural. Si el monarca quería privar a los particulares de sus bienes debía existir como causa para ello una utilidad pública (una traducción literal del término original, nos indica que el término empleado sería “utilidad común”); y que la privación del rey de las cosas de los particulares debía efectuarse a cambio de una compensación⁴¹.

Avanzando un poco más en el tiempo, en Francia hasta el Siglo XVII no sería posible encontrar ejemplos de expropiaciones en virtud de utilidad pública, dado que era un instituto casi sin uso (podría aventurarse a afirmar, que sería inexistente). Lo que imperaba en ese entonces, era la confiscación.

A partir del siglo mencionado, se produce un cambio de paradigma empezándose a emplear la expropiación para la realización de caminos, o canales navegables. Podemos observar que la causa fuente de la expropiación comienza a estar fuertemente ligada a la obra pública o aquellas que sirvieran para el progreso de la sociedad.

Los movimientos revolucionarios del Siglo XVIII determinan la protección de la propiedad privada como un derecho inviolable, pero que admite excepciones cuando “la necesidad pública”⁴², o los “usos públicos”⁴³ así lo requirieran.

³⁹ Conf. Benjamín Villegas Basavilbaso. “Derecho Administrativo”. TEA. 1956. Tomo VI. Página: 307.

⁴⁰ “*Le norme relative alle espropriazioni per causa di pubblica utilita, sono determinate da leggi speciali...*”. El subrayado me pertenece.

⁴¹ “*Contra derecho natural non deue dar priuillejo, nin carta, Emperador ni Rey, ni otro Señor. E si la diere, non deue valer: e contra derecho natural seria, si diessen por priuillejo las cosas de un ome a otro, non auiedo fecho cosa, por que los deuiessen perder aquel cuyas eran. Fueras ende, si el Rey las ouiesse menester, por fazer dellas, o en ellas alguna lauor, o como si fuesse alguna heredad, en que oviessen a fazer castillo, o torre, o puente, o alguna otra cosa semajante destas, que tornasse a pro, o a amparamiento de todos, o de algun lugar señaladamente. Pero estos deuen fazer en una destas dos maneras: dandole cambio por ello primeramente, o comprandozeño segun que valiere.*” Extracto extraído de: “Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso El Nono”. Documento disponible en: <https://books.google.com.ar>

⁴² Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Francia. Artículo 17: “*Por ser la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y con la condición de haya una justa y previa indemnización.*”. El subrayado me pertenece.

⁴³ Enmienda V a la Constitución de los Estados Unidos de América. Ratificada el 15 de diciembre de 1791. “*... tampoco podrá enajenarse la propiedad privada para darle usos públicos sin una compensación justa.*”. El subrayado me pertenece.

Marienhoff a fin de otorgar un poco de claridad a los términos supra indicados, nos enseña que si bien parecerían ser similares a la utilidad pública, lo cierto es que no son lo mismo. La “necesidad” contiene una idea más limitada y restringida que la “utilidad”, mejor dicho “necesario es lo que no puede menor de ser; lo útil puede ser o no ser”. Lo útil si bien es conveniente para lo sociedad, no significa que sea indispensable a la vez⁴⁴.

Por otro lado, es necesario destacar que el término “necesidad pública” empleado en la citada Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, luego fue reemplazada por el término “utilidad pública”, reproducido en el Artículo 545 del Código Civil Francés⁴⁵.

Como puede contemplarse y en relación a lo que adelantábamos unos párrafos más arriba, con la llegada del “Constitucionalismo”, entendido como el proceso histórico en virtud del cual se van incorporando a las leyes principales de los Estados, disposiciones que protegen la libertad y la dignidad del hombre y limitan adecuadamente el ejercicio del poder público⁴⁶; las relaciones entre el poder público y los individuos empiezan a estar bien determinadas por formas jurídicas fijas: Cuando el Estado quiera realizar una expropiación, ésta solo puede tener cabida siempre que provenga de una ley que así lo disponga, estableciendo claramente la utilidad pública perseguida para fundamentar y motivar dicho acto restrictivo de la propiedad privada.

II.- a) EVOLUCIÓN EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Luego de haber realizado un breve relato sobre el empleo del término “utilidad pública” en el derecho comparado y su respectiva evolución al constitucionalismo moderno, podemos embarcarnos en el proceso histórico que atravesó nuestro país con relación a la cuestión planteada.

En un primer momento, durante la etapa revolucionaria y la consecuente declaración de independencia, prácticamente no había normas nacionales que regularan la expropiación aplicándose entonces las coloniales que regían en ese entonces (las mencionadas Partidas de Alfonso X, a las cuales nos remitimos *brevitatis causae*, entre otras).

A partir de 1815, con el Estatuto provisional para la Dirección y Administración del Estado, y posteriormente en 1817 con el Reglamento Provisorio para la Dirección y Administración del Estado, se autorizaba la expropiación de armas, siempre que éstas sean necesarias para la defensa de la Nación⁴⁷.

La sanción de la Constitución de las Provincias Unidas en Sudamérica de 1819 amplió la potestad expropiatoria del Estado, siguiendo los lineamientos expuestos por la Constitución de los Estados Unidos siendo la causa expropiatoria el uso público. En tal sentido el Artículo 124 disponía: “*Cuando el interés del Estado exija que la propiedad de algún pueblo o individuo particular sea destinada a los usos públicos, el propietario recibirá por ella una justa compensación.*”. Como bien sabemos, la aprobación de ésta Constitución de carácter netamente unitaria, desencadenó la batalla de Cepeda (1 de febrero de 1820), provocando con ello la caída del entonces Director Supremo José Rondeau; quedando el Texto aludido como un mero proyecto que nunca fue materialmente aplicado.

La Constitución de 1826 sancionada durante el gobierno de Rivadavia, siguió la misma tendencia unitaria que el texto anteriormente estudiado, extremo que llevó a que fuera rotundamente rechazada por las Provincias. Esta norma constitucional también continuó el criterio del anterior en cuanto a “usos públicos” como causa para el desapoderamiento de la propiedad privada⁴⁸.

La sanción de la Constitución de 1853 desplaza la noción de “usos públicos” para abrir paso al actual concepto de “utilidad pública”. Esta incorporación, no fue caprichosa sino que tuvo su origen en las ideas

⁴⁴ Conf. Miguel S. Marienhoff. “Tratado de Derecho Administrativo”. Abeledo-Perrot. 1973. Tomo IV. Páginas: 183-184.

⁴⁵ “*Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública, previa siempre una indemnización justa.*”.

⁴⁶ Conf. Adolfo Gabino Ziulu. “Derecho Constitucional”. Abeledo-Perrot. 2014. Página: 43.

⁴⁷ Reglamento Provisorio para la Dirección y Administración del Estado de 1817. Artículo 8: “*El Gobierno no podrá exigirselas (las armas), sino por su justo precio, cuando sean necesarias para la defensa del Estado.*”.

⁴⁸ Artículo 176.- “*Cuando el interés del Estado exija que la propiedad de algún individuo particular sea destinada a usos públicos bajo las formalidades de la ley, el propietario recibirá por ella una justa compensación.*”. El subrayado me pertenece.

impulsadas por Juan Bautista Alberdi^{49 50}. Ingresar en el análisis exhaustivo sobre la cuestión, sería repetir lo que hemos expuesto anteriormente en los apartados precedentes con relación a “utilidad pública”, razón por la cual continuaremos con la exposición.

Como dato anecdótico, podemos agregar que el empleo de “utilidad pública” en el Artículo 17 del Texto Constitucional, se mantuvo sin cambios hasta el 11 de Marzo de 1949, fecha en la cual la Convención Nacional Constituyente sancionó la Constitución popularmente llamada como “Constitución del 49”, como hemos estudiado en el Capítulo anterior.

Con relación a la temática abordada, señalamos que la noción “utilidad pública” entendida como la causa jurídica para poder efectuarse la expropiación fue ampliada, agregándose además el “interés general”⁵¹. Este cambio, se debió a una corriente ideológica imperante en ese entonces y que actualmente también posee una gran influencia, la cual comprende a la propiedad como una función social, apartándose de la clásica visión individualista de la propiedad producto del liberalismo surgido a finales del Siglo XVIII.

León Duguit fue un amplio defensor de esta corriente⁵², la que influyera de manera terminante en la Constitución del 49: la propiedad no era un derecho inmutable y sagrado, sino que ésta podía sufrir cambios como la sociedad misma, debiendo en consecuencia ser adecuada a las necesidades de la comunidad. Si la propiedad no responde a las necesidades del pueblo, ahí es donde debe intervenir el Estado para readecuar su rumbo de conformidad a las exigencias de la Nación.

Finalmente con la llegada de la autodenominada “Revolución Libertadora”, el 16 de septiembre de 1955 se derroca al gobierno constitucional del presidente Juan Domingo Perón tomándose entre otras medidas, la derogación de la Constitución de 1949 reestableciéndose así, el texto de la Constitución de 1853 que hemos examinado.

II.- b) LA UTILIDAD PÚBLICA Y LA LEY N° 21.499

Como ya hemos aclarado a lo largo del presente trabajo, la declaración de utilidad pública es una atribución inherente del Poder Legislativo en atención a las disposiciones contenidas en el Artículo 17° de la Constitución Nacional.

Ahora bien, nuestro país no está constituido por un sistema unitario centralizado, sino que de conformidad al Artículo 1° de la aludida Carta Magna es un sistema federal de gobierno, donde las provincias conservaron todo el poder no delegado al gobierno federal (Artículo 121° C.N), y se dan sus propias instituciones locales rigiéndose por ellas (Artículo 122° C.N).

En tal sentido, el derecho de disponer de la propiedad privada de los particulares por causa de utilidad pública es un derecho necesario para la existencia y desenvolvimiento de las provincias. Si se les desconoce esta facultad, se tornarían en ilusorios los poderes que ellas expresamente se han reservado en el sistema constitucional vigente⁵³, como las enumeradas en el Artículo 125° de la Constitución Nacional.

⁴⁹ “Ella (la propiedad) puede ser atacada por el Estado, en nombre de la utilidad pública. Para cortar este achaque, la Constitución ha exigido que el Congreso, es decir, la más alta representación del país, califique por ley la necesidad de la expropiación, o mejor dicho, de la enajenación forzosa, pues en cierto modo no hay expropiación desde que la propiedad debe ser previamente indemnizada.”. “Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853”. Páginas: 14/15. Texto Online: <http://www.hacer.org/pdf/sistema.pdf>.

⁵⁰ Ver Proyecto de Constitución de Alberdi (Artículo 18) en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2113/16.pdf>.

⁵¹ Artículo 38: “La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. Incumbe al Estado fiscalizar la distribución y la utilización del campo o intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva. La expropiación por causa de utilidad pública o interés general debe ser calificada por ley y previamente indemnizada...”. El subrayado me pertenece.

⁵² “todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad una función en razón directa del lugar que en ella se ocupa. Ahora bien: el poseedor de la riqueza, por lo mismo que posee la riqueza, puede realizar un cierto trabajo que sólo él puede realizar. Sólo él puede aumentar la riqueza general haciendo valer el capital que posee. Está, pues, obligado socialmente a realizar esta tarea, y no será protegido socialmente más que si cumple y en la medida que la cumpla. La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario; es la función social del tenedor de la riqueza...”. Conf. León Duguit. “Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón” traducción de Carlos G. Posada. Madrid. Páginas: 141 y siguientes.

⁵³ Este criterio ha sido ampliamente reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos: 104:247, especialmente Considerandos: 3°, 4° y 5°.

De lo expuesto, surge claramente que el instituto de la expropiación es inherente al Derecho Público, reglado específicamente por el Derecho Administrativo. Por ello, en el orden Nacional el Congreso es el encargado de dictar las normas pertinentes, mientras que en las Provincias, el órgano encargado serán las correspondientes Legislaturas provinciales (en igual sentido, corresponde expedirse con relación a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

La Ley N° 21.499 es la norma que actualmente regula el campo en análisis en el orden nacional, determinado en su Artículo 1° que: *“La utilidad pública que debe servir de fundamento legal a la expropiación, comprende todos los casos en que se procure la satisfacción del bien común, sea éste de naturaleza material o espiritual.”*

Este articulado vino a reemplazar el enunciado en la anterior norma que reglamentaba la expropiación (Ley N° 13.264)⁵⁴, la cual tuviera una finalidad más ambiciosa ya que consideraba utilidad pública todo aquello que permitiera alcanzar el “perfeccionamiento social”.

En su momento, Villegas fue crítico del término utilizado por la mencionada norma dado que, según la Constitución la expropiación procede siempre que medie una causa de utilidad pública, pero por otro lado la norma reglamentaria había agregado que la citada utilidad pública debía perseguir el perfeccionamiento social. El error, según el autor, radica en que si únicamente se podría expropiar bienes aptos que tendiesen al “perfeccionamiento social”, quedarían excluidos aquellos que resulten “útiles” para satisfacer necesidades sociales, pero que no permitieran alcanzar la perfección. Para argumentar su posición, cita el conocido ejemplo de la expropiación de comida: La misma serviría para paliar el hambre en un tiempo determinado y sería útil para afrontar la necesidad del momento, pero no “perfecta” porque no la eliminaría; por tal motivo según los términos de la Ley 13.264 el mencionado ejemplo sería imposible de llevarse a cabo⁵⁵.

Marienhoff, por su lado consideraba que la expresión seguida por la norma era la correcta, dado que todo lo que implicara “perfeccionamiento social” sería de “utilidad pública”⁵⁶.

Volviendo a la composición de la Ley N° 21.499, observamos que la redacción actual encontró finalmente una meta sumamente justa, ya que liga la utilidad pública al bien común. Maiorano al comentar el articulado en cuestión, expresaba que el bien común al cual alude la norma, consiste y tiende a concretarse en el conjunto de aquellas condiciones sociales, que consienten y favorecen en los seres humanos el desarrollo social de su persona. Por lo tanto los conceptos de “utilidad pública” y de “bien común” son perfectamente complementarios uno del otro, y encuadran a la perfección con los lineamientos Constitucionales, cuando la causa expropiatoria se aleje de estos conceptos serán contrarios a la Constitución⁵⁷.

No podemos finalizar el presente capítulo sin dejar de observar que si bien la expresión “bien común” pareciera ser sumamente amplia, permitiendo al Legislador expropiar todo lo que considere apropiado para satisfacer la enunciada causal, no es menor tener en consideración que la satisfacción del “bien común” debe ser razonable y fundada en un interés de la sociedad que beneficie a los habitantes, siendo compatible con los derechos y garantías que la Constitución le reconoce a los particulares. Aquí es donde dejamos aclarados dos puntos específicos: 1° La declaración de utilidad pública, debe ser realizada para beneficio de la comunidad. 2° La medida adoptaba debe ser razonable, lo cual constituye una barrera infranqueable para el legislador, dado que este elemento determinará si la ley que declara la utilidad pública guarda la debida correspondencia con la Constitución. Todo aquello que no sea razonable, que constituya una medida injusta, arbitraria, o que repela al orden jurídico es a todas luces, inconstitucional.

Aclarando el panorama presentado, a modo de ejemplo podemos agregar que cuando la ley exponga como supuesta causal de utilidad pública, algo que manifiestamente no lo es, o bien la medida adoptada no tenga como finalidad el beneficio de la comunidad (sea directamente o indirectamente), sino que se persigan intereses particulares, será competencia de los Tribunales intervenir para realizar el debido examen de constitucionalidad de la norma y proceder en caso de así requerirlo a declarar su inconstitucionalidad.

⁵⁴ Artículo 1°, Ley N° 13.264: “El concepto de utilidad pública comprende todos los casos en que se persiga la satisfacción de una exigencia determinada por el perfeccionamiento social.”

⁵⁵ Conf. A. Walter Villegas. “Régimen Jurídico de la Expropiación”. De Palma. 1973. Páginas: 38/39.

⁵⁶ Conf. Miguel S. Marienhoff. “Tratado de Derecho Administrativo”. Abeledo-Perrot. 1973. Tomo IV. Páginas: 181. Nota 278.

⁵⁷ Conf. Jorge Luis Maiorano. “La Expropiación en la Ley N° 21.499”. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. 1978. Páginas: 26 y 27.

II.- c) LA UTILIDAD PÚBLICA Y LOS MUNICIPIOS

No hay dudas respecto que la Nación, y las Provincias (así también la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) pueden hacer uso de la potestad expropiatoria, declarando para tal fin la utilidad pública de los bienes que para ello resulten necesarios. **Ahora bien, pueden los Municipios efectuar tal declaración?**

Con el objetivo de poder contestar este interrogante, es necesario efectuar algunas aclaraciones. La propia Constitución Nacional reconoce el régimen municipal en los Artículos 5^o⁵⁸ y 123^o⁵⁹, imponiendo a las Provincias el deber de instrumentarlo en sus textos constitucionales.

Estos artículos nos permiten comprender que los municipios no poseen un poder autónomo originario como en el caso de las Provincias, sino que por el contrario poseen una autonomía derivada cuyo ejercicio está organizado por las constituciones provinciales y sujeto al control de sus Legislaturas.

Mejor dicho, son delegaciones de los poderes provinciales que la propia Constitución ha previsto, sujetas a su propio gobierno y legislación en ámbitos y materias determinadas, y reglamentadas por las constituciones provinciales.

El precedente “Rivademar”, es el mejor ejemplo de lo enseñado supra, la Corte en este precedente determinó que las constituciones provinciales al organizar el régimen municipal, pueden ampliar o restringir el nivel autonómico de las comunas, sin privar a los municipios de las atribuciones mínimas e indispensables para llevar adelante su cometido⁶⁰. Así también, resulta esencial tener presente que para dar cumplimiento a las funciones que deben ejecutar los municipios, deben contar con los recursos necesarios para tal fin.

Con relación a las facultades expropiatorias, históricamente se sostenía que las municipalidades podían invocar la causa de utilidad pública, pero no estaban facultadas para declarar la utilidad pública, o sea calificarla, pues se consideraba que era una atribución exclusiva del Poder Legislativo nacional o provincial, según el caso. Cuando las leyes disponían que una municipalidad podía expropiar ello no significa que pueda declarar la utilidad pública. Por ello, se entendía que no era posible confundir el poder de invocar la causa expropiatoria y tener atribución de calificar la utilidad pública⁶¹.

Actualmente, con la mencionada reforma constitucional del año 94' y el precedente “Rivademar” la doctrina y la jurisprudencia se encuentran debatiendo sobre si efectivamente los municipios ostentan las facultades necesarias para poder efectuar la declaración de utilidad pública.

El fallo “M. De M. A. c/ LL. R.O. y otros s/ expropiación directa”⁶² emitido por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Martín es muestra cabal de lo reseñado, la cuestión controvertida era la siguiente:

Mediante Decreto N° 640, el Intendente de la Municipalidad de Malvinas Argentinas, encomendó la iniciación de las acciones judiciales para la expropiación de un inmueble ubicado en el Partido de Pablo Nogués, Partido de la Malvinas Argentinas, el cual previamente había sido declarado de utilidad pública y sujeto a expropiación, por medio de la Ordenanza N° 1179/10; siendo afectado el bien para la ampliación del Hospital Central Materno Infantil.

La parte demandada ante esta situación planteó la inconstitucionalidad de la citada ordenanza, como así también de los decretos y actos administrativos dictados en consecuencia. Fundó su petición indicando que la declaración de utilidad pública efectuada por una ordenanza, era violatorio del Artículo 17 de la Constitución Nacional y del 31 de la Constitución Provincial, las cuales establecen como requisito

⁵⁸ Artículo 5°.- “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.”.

⁵⁹ Artículo 123.- “Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el Artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.”.

⁶⁰ Fallo CSJN. 312:326.

⁶¹ Conf. Rafael Bielsa. “Régimen jurídico de la expropiación. Dogmática constitucional”. Artículo publicado en La Ley. Cita online: AR/DOC/3522/2008.

⁶² Publicado en La Ley. Cita Online: AR/JUR/52173/2012.

insalvable en materia de expropiación, la existencia de una causa de utilidad pública declarada mediante ley (en sentido material y formal).

Su argumento principal radicaba en que la ordenanza que había declarado la utilidad pública, no revestía el carácter de ley, exigido por las normas constitucionales, y en especial por la Ley N° 5.708 (Ley General de Expropiaciones de la Provincia de Buenos Aires), para considerar como cumplido el requisito previo de la declaración de utilidad pública, que habilitara la pretensión expropiatoria del inmueble en cuestión. En tal sentido, entendió que la Municipalidad al invocar su facultad de expropiar por sí, con el fundamento de una ordenanza del Concejo Deliberante, no cumpliría con los extremos reseñados anteriormente en los textos constitucionales.

Para ello, sostuvo que la Ley Orgánica de las Municipalidades en su Artículo 77° si bien otorga a las ordenanzas municipales el carácter de leyes en sentido formal y material, esa calificación resultaría insuficiente para otorgar a las ordenanzas el carácter de “leyes” que requiere las disposiciones constitucionales, a los efectos de declarar la utilidad pública. Así también, valoró que el Artículo 58 de la mencionada norma facultaba al Concejo a autorizar expropiaciones pero a declarar la utilidad pública, dado que el legislador habría realizado un distingo entre ambas atribuciones y su inclusión dentro de una y otra órbita del poder público (municipal y provincial), entre otros argumentos.

El Tribunal de Alzada al analizar los argumentos expuestos entendió (principalmente en el voto del Dr. Echarri) que en lo que respecta a la función normativa de los Municipios, y con las graduaciones propias que las provincias se auto imponen por imperio de la reserva que han realizado al momento de diseñar su régimen institucional; los municipios no solo están dotados de plena capacidad legislativa y reglamentaria, sino que también se encuentran imbuidos de un poder constituyente de 3° grado con la capacidad para dictar sus propias cartas orgánicas.

Así las cosas, en este marco de un pleno reconocimiento de la Autonomía Municipal, la Ley 13.757 (Ley de Ministerios) en su Artículo 6° no solo reconoce el mencionado precepto, sino que también lo fija como objetivo a respetar en todas las políticas que los distintos ramos del gobierno provincial encaren relacionados con los Estados municipales.

La Ley 13.101, en su Artículo 77 al atribuirles el carácter de leyes en sentido material y formal a las ordenanzas, no hizo otra cosa que reconocer que cuando los municipios sancionan ordenanzas cuyo destino están orientadas a cometidos públicos inherentes a su competencia, lo hacen en una clara naturaleza legislativa. Otorgarles otro sentido a estas normas, o sea el de meros actos reglamentarios, a criterio del Tribunal sería desconocer la Autonomía Municipal consagrada en los textos constitucionales.

Por estos motivos, agrega que pretender con el presente marco normativo constitucional y legal, desnaturalizar la potestad legislativa de los municipios, y principalmente en cuestiones de derecho y fin público como lo es la potestad para declarar la utilidad pública, resultaría claramente contraria a las normas citadas.

Sin perjuicio de ello, el Tribunal también reconoce que generalmente (y cuestión que resulta en la práctica común), las expropiaciones municipales se realizan a través de leyes provinciales. Pero esto no significa negar los argumentos y fundamentos antes expuestos, sino que por el contrario, esta práctica obedece en primer lugar a una cuestión meramente económica: los municipios y en principal, los más pequeños, no poseen los fondos para afrontar las expropiaciones planeadas, dejando entonces que la Provincia realice la declaración de utilidad pública, para que ésta afronte los costos. La segunda razón, tiene que ver con la actuación de los legisladores provinciales y sus iniciativas, en el ámbito de actuación municipal de la cual provienen.

Otro argumento que mencionó el Cuerpo Colegiado para reconocer el carácter legislativo de las ordenanzas, radicaba en el carácter político y representativo de la soberanía popular (conf. Artículos 22, 37 y 38 de la Constitución Nacional, y Artículos 2°, 59° y 190° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires), del cual están investidos los Concejales que integran los Concejos Deliberantes de los municipios bonaerenses. Los referidos Concejales, no son funcionarios administrativos, sino políticos que representan la soberanía del pueblo que los elige para ejercer el gobierno municipal, en ejercicio de funciones legislativas.

En tal sentido, el Tribunal concluyó que con la plena vigencia de la autonomía municipal como principio constitucional, los Concejos Deliberantes Municipales poseen potestad legislativa de tercer grado en el marco de sus competencias propias, resultando procedente la declaración de utilidad pública efectuada por la Municipalidad de Malvinas Argentinas.

De lo que hemos analizado en el presente fallo, la doctrina allí reseñada viene a dar un giro de 180° a lo que comúnmente conocemos en cuanto a competencias de los Municipios, sin entrar en cuestiones que son ajenas al presente trabajo y que darían lugar a un debate mucho mayor al que podemos hacer en éstas breves líneas, no podemos dejar de pasar por alto que la jurisprudencia no es pacífica en este asunto.

Sin ir más lejos, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata, en los autos “Municipalidad de Maipú c/ Macchi, Juan Eduardo s/ expropiación directa” falló en sentido totalmente opuesto al que hemos visto recién, señalando que “...si bien es cierto que... el artículo 77 de la Ley Orgánica de las Municipalidades (L.O.M.) otorga a las ordenanzas municipalidades el mentado carácter de “leyes en sentido formal y material”, no es menos cierto que ello resulta notoriamente insuficiente para dar andamiaje a la pretensión expropiatoria de la comuna...” (Apartado III. 3. b).- del voto del Dr. Mora), como podemos observar: mismas normas aplicables en el mismo espacio-tiempo, pero diferentes criterios interpretativos que no hacen otra cosa que sembrar un manto de duda a los habitantes de la Provincia de Buenos Aires (y así también a todos los Municipios) los cuales se encuentran totalmente desprovistos de una seguridad jurídica que garantice sus derechos.

Como magníficamente aludiera Pulvirenti, debería llamar a preocupación respecto de la necesidad de buscar mecanismos que coherenticen posiciones e interpretaciones jurídicas, no convirtiendo el eventual resultado de un litigio en una mera elección de jurisdicción⁶³.

III.- REVISIÓN JUDICIAL DE LA DECLARACIÓN DE UTILIDAD PÚBLICA

En los apartados anteriores dejamos en claro que si bien el Congreso es el encargado de realizar la declaración de utilidad pública de los bienes que se fueran a expropiar, esto no quiere decir que el citado Órgano tenga libre potestad para actuar sin ningún tipo de límites.

Es precisamente cuando se sobrepasa esos límites (ya sea cuando la norma no sea razonable, o bien cuando la ley tenga fines distintos al bien común), que el Poder Judicial deberá intervenir para salvaguardar los derechos de los particulares contra el accionar Estatal.

Lo que parece sumamente simple de entender en los tiempos que corren, antes no era así; cabe destacar que en un principio los jueces eran reacios a adentrarse en la revisión de la actividad legislativa del Congreso.

El fallo “Francisco Hué”⁶⁴ del 18/06/1867, es muestra cabal de la citada doctrina jurisprudencial. Francisco Hué era propietario de un terreno de 203 varas de frente (antigua unidad de longitud española) y 6.000 de fondo, que se encontraba ubicado dentro de las tierras que habían sido concedidas a la empresa Ferrocarril Central Argentino y sujetas a expropiación para llevar adelante la empresa ferroviaria.

Como el Señor Hué no hizo lugar a las propuestas efectuadas por el Estado Provincial para concretar el avenimiento expropiatorio, la cuestión fue sometida a los estrados judiciales: La Corte, al analizar la cuestión determinó el precio que debía abonarse al Sr. Hué por la expropiación de sus tierras, pero así también dejó plasmado que las leyes expropiatorias no podían ser objetadas, ni discutida su constitucionalidad ante los Tribunales por razón de error en la calificación de utilidad pública en que se funda el derecho de expropiación. A criterio del Máximo Tribunal, el Artículo 17 de la Constitución al establecer que la expropiación debe ser autorizada por ley, libra a la discreción exclusiva del Congreso el juicio sobre la utilidad pública.

⁶³ Conf. Orlando D. Pulvirenti. “La idoneidad constitucional de una ordenanza para disponer la expropiación de un bien.”. Publicado en La Ley. Cita Online: AR/DOC/888/2013.

⁶⁴ CSJN. Fallos: 4:311.

III.- a) FALLO “ELORTONDO”

El criterio analizado en el acápite precedente, fue posteriormente abandonado en el reconocido fallo “Elortondo”⁶⁵ del 14/04/1888. En esta oportunidad, la Ley del 31 de Octubre de 1884 autorizaba la expropiación de fincas y terrenos que resultaran afectados por la apertura de la Avenida de Mayo, la cuestión sometida a análisis de la Corte radicaba en que la finca de las Señora Isabel A. de Elortondo no se encontraba específicamente dentro de la zona donde iba a pasar la Avenida, sino que estaba situada más allá de los 30 metros destinados a la obra.

El Procurador General de ese entonces, Eduardo Costa, en un magnífico dictamen consideró que el asunto debía ser considerado por el Máximo Tribunal, dado que no es concebible en un Estado de Derecho Constitucional que los derechos que las normas reconocen y protegen (y obviamente la Constitución misma), los tribunales se abstengan de intervenir en defensa de los particulares.

Agrega además, como vimos; la declaración de utilidad pública es una cuestión inherente al Congreso en virtud de ser el Órgano que está en más contacto con la comunidad y éste puede conocer sus necesidades mejor que cualquier otro Poder. Por lo tanto, la discrecionalidad del legislador para considerar que es utilidad pública, y que no lo es, no es susceptible de ser revisada por los jueces, dado que sino éstos se convertirían en legisladores.

Pero lo que no puede permitirse es que la “utilidad pública” declarada por el Congreso se convierta en una maniobra para quitarle determinado bien a “A” y entregárselo a “B”, o que directamente no exista “utilidad pública” en la expropiación propiciada (especialmente página 170 del Dictamen del Procurador). En estos supuestos, no es posible dejar a los particulares sin la garantía de “inviolabilidad de la propiedad” establecida en el Artículo 17° de la Constitución Nacional.

Por último y extremo que resulta sumamente importante para la cuestión, el Procurador destaca que no puede emplearse la propiedad privada para costear las obras públicas. Es necesario resaltar y en base a lo que aludíamos al principio, que el Estado pretendía expropiar no solo los terrenos por donde pasa la Avenida de Mayo (30 metros), sino también los aledaños para luego venderlos y así costear la obra. Distingue el Procurador, que si no se cuenta con los fondos necesarios para emprender las obras, las mismas no se tendrían que realizar, o en todo caso posponerlas para cuando se cuente con los fondos. Pero bajo ningún pretexto se puede quitar a los particulares para lucrar con sus propiedades.

La Corte, en concordancia con lo expuesto por el Procurador General y así también la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema del Estado de Nueva York⁶⁶, declaró la inconstitucionalidad de la Ley expropiatoria, pero únicamente en cuanto a los terrenos que se excedían de lo necesario para la construcción de la Avenida (como la finca de la Sra. Elortondo).

No se puede dejar pasar por alto que el Máximo Tribunal plasmó en su sentencia que no había dudas en cuanto a que la declaración de utilidad pública es una atribución inherente al Poder Legislativo en la cual los jueces no pueden intervenir, pero ésta prerrogativa no puede ser entendida como derogatoria de los principios fundamentales establecidos en la Constitución.

El Congreso al hacer uso de tal facultad, no le está permitido sobrepasar dichos principios de raigambre Constitucional, ni mucho menos prescindir de las reglas que constituyen el derecho de expropiación. Es por eso que resulta elemental en el Estado de Derecho, que los Tribunales ejerzan el debido control de constitucionalidad de las leyes emitidas por el Congreso a fin de averiguar si éstas guardan conformidad con la Carta Magna.

La Corte Suprema con este fallo, no apuntó específicamente a la revisión de la declaración de utilidad, sino a la extensión que la misma tenía. En otras palabras, el Tribunal no atacó la procedencia de la obra

⁶⁵ CSJN. Fallos: 33:162.

⁶⁶ *“declarando la Constitución que la propiedad privada podrá ser tomada para usos públicos, implícitamente declara que no podrá serlo para usos privados; lo contrario sería violatorio del derecho natural, y aun cuando no lo fuese de la letra de la Constitución, lo sería evidentemente de su espíritu y no podría ser sostenido como válido.”* (“Matter of Albany Street, 11 Wend 151”) también en “Dunn v. City Council, Harper 129”, “Cooper v. Williams, 5 Ohio 392”, entre otros.

a realizarse, sino que se utilizara la “utilidad pública” para lucrar con la propiedad de las personas. Por ello, todos los terrenos que no fueran necesarios para construir la Avenida de Mayo, no tenían razón de ser expropiados. El lucro del que expropia o el beneficio de una ulterior compraventa, es y debe ser ajeno a esta operación que se basa en la soberanía del Estado y en los derechos inalienables del propietario particular⁶⁷.

Como hemos visto, la Corte a partir de ese fallo puso límites a la facultad del Congreso para declarar la utilidad pública de los bienes sujetos a expropiación, cuando ésta no respeta las garantías de los particulares establecidas en la Constitución. Sin perjuicio de ello, es necesario destacar que a partir del fallo analizado, la jurisprudencia del Máximo Tribunal no fue homogénea: en algunos casos se mantuvo la no judicialidad de la decisión del Congreso⁶⁸ y en otros, se optó por su revisión cuando existiesen supuestos de gravedad o arbitrariedad manifiesta⁶⁹.

III. b) FALLO “FERRARIO”

Al final del anterior capítulo señalamos que luego del precedente “Elortondo” la jurisprudencia de la Corte tuvo sus vaivenes en cuanto a la determinación sobre si corresponde o no revisar la declaración de utilidad pública realizada por el Congreso.

Uno de los casos en los cuales si accedió a efectuar el debido control de constitucionalidad, es el que analizaremos en las próximas líneas: “Nación Argentina v. Jorge Ferrario”⁷⁰.

El Señor Jorge J. Ferrario había formado parte de un grupo de corredores de automóviles, que habían participado de una carrera disputada en México en el año 1953. Al año siguiente al ingresar el rodado al país, el Sr. Ferrario no poseía el permiso de cambio necesario para su introducción al país, razón por la cual el citado vehículo no pudo ser nacionalizado quedando en consecuencia guardado en un taller a disposición de Aduana. Además del coche en cuestión, otros 14 no pudieron regularizar su situación por encontrarse en similares condiciones al referido.

El 26 de octubre de 1954 el Poder Ejecutivo dicta el Decreto N° 18.133 mediante el cual se declara sujetos a expropiación los mencionados automóviles, fundándose en la situación aduanera que atravesaban, como así también que la permanencia sin término de esas unidades en depósitos fiscales constituía un factor antieconómico para los importadores.

Lo importante del caso analizado es que el 6 de julio de 1955 el Instituto Argentino de Promoción del Intercambio (I.A.P.I) vendió el auto en cuestión al Sr. Armando Núñez.

La Corte al analizar la cuestión sometida a su consideración hace una evaluación extensiva y crítica del Artículo 17° de la Constitución Nacional, expresando que la expropiación nunca debe ser llevada a cabo si no responde a una causa de utilidad pública calificada por Ley.

Conforme a ello, expresa que los jueces tienen el deber de examinar si la causa de utilidad pública concurre en los casos que se les presenta, más cuando existieren causas de gravedad o arbitrariedad extremas: cuando el Estado con la excusa de ejercer su poder expropiatorio, le quita una cosa determinada a una persona y se la entrega a otra para su exclusivo provecho patrimonial, sin existir beneficio público alguno en la maniobra realizada⁷¹.

⁶⁷ Conf. José Canasi. “La Retrocesión en la Expropiación Pública”. De Palma. 1964. Página: 51.

⁶⁸ “Don Carlos Casado v. Don José Mario Bombal” (CSJN. Fallos: 85:327), “Don Jorge Gibbs v. Provincia de Mendoza” (CSJN. Fallos: 93:219), “Corporación de Transportes de la Ciudad de Buenos Aires v. José B. Sánchez y otros” (CSJN. Fallos: 210:1153).

⁶⁹ “Gobierno de la Nación v. Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal SA” (CSJN. Fallos: 209:390).

⁷⁰ CSJN. Fallos: 251:246.

⁷¹ Nuevamente, la Corte utiliza como fuente la doctrina jurisprudencial de los tribunales de los Estados Unidos de América: “la necesidad de que el uso de la cosa expropiada debe ser público excluye la idea de que la propiedad puede expropiarse bajo la apariencia de un uso público y sea finalmente destinada y consagrada a un mero uso privado.”. Corpus Juris Secundum. 1941. Vol: 29. Página: 818.

Finalmente, elabora las siguientes observaciones para dilucidar controversia:

- La expropiación, debe responder siempre a una causa de utilidad pública, ya que desde el punto de vista de los particulares, constituye una garantía constitucional establecida en resguardo de la propiedad privada.

Si los jueces comprueban que la utilidad pública no existe o ha sido desconocida por el Estado (en sí, la Corte hace mención a “la Administración” dado que, como anticipáramos anteriormente la declaración de utilidad pública vino a raíz de un decreto, cuya facultad fuese fundada por la entonces Ley N° 12.830⁷²), están obligados a proteger las garantías constitucionales declarando la invalidez de los actos del Estado que pretendan vulnerarlas.

- Ya centrándose en el origen del litigio, comenta que nadie puede poner en duda que la expropiación había sido establecida por el legislador constituyente con carácter de un procedimiento extraordinario destinado a posibilitar el logro de fines de utilidad pública.

Será precisamente cuando se cumplimenten estos fines superiores, que el principio de “inviolabilidad de la propiedad” ceda, y no *“cuando lo único que concurre es el don o la gracia que los poderes políticos quieren practicar en provecho de quienes les son adictos”*⁷³.

Si se aceptara esta práctica, a criterio del Tribunal (el cual compartimos); significaría atribuirle al Estado potestades despóticas, e inconciliables con el ordenamiento jurídico de nuestro país, donde el Artículo 17 de la Constitución quedaría visiblemente sin sentido, resultando la propiedad privada fácilmente destruida por *“la voluntad arbitraria, el desigmo persecutorio o el favoritismo de los gobernantes.”*

Por los argumentos expuestos supra, la Corte consideró que la expropiación realizada por el Estado había sido realizada en exclusivo beneficio de un particular (el Sr. Armando Núñez), sin la menor intención de promover o satisfacer el interés público; procediendo entonces a declarar la misma como inconstitucional.

IV.- RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LEYES INCONSTITUCIONALES

Anteriormente, hemos analizado la facultad, o mejor dicho, el deber que poseen los jueces de efectuar el debido control de legalidad de la declaración de utilidad pública efectuada por el Poder Legislativo. Cuando esta declaración se aparta de los principios y mandas constitucionales, es ahí donde los jueces deben intervenir para salvaguardar los intereses y derechos de los habitantes de la Nación.

Pero no podemos seguir con nuestro estudio, sin antes evaluar lo atinente a la responsabilidad que le corresponde al Estado por aquellas normas que han sido declaradas inconstitucionales y que hayan producido un daño al afectado.

En esta cuestión, debemos tener en claro que ya la Corte Suprema ha aceptado la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por actos normativos que fuesen declarados ilegítimos por sentencia firme⁷⁴.

Desde nuestra posición toda manifestación del Estado, sea cual sea el órgano que la haya efectuado en ejercicio de sus funciones que provoque daños a los ciudadanos, genera como contrapartida la obligación de reestablecer las condiciones al estado anterior en el que se encontraban las cosas antes de haberse producido el hecho. En caso de no poder ser esto posible, deberá procederse a la indemnización⁷⁵.

⁷² Ver Sentencia del Juez Nacional en lo Civil y Comercial Federal. 30/04/1958. Páginas 247/249. Considerandos II y III.

⁷³ La Corte en este sentido, realiza una magistral crítica en cuanto a la imposibilidad de utilizar el instituto de la expropiación, para quitarle a alguien con el fin que lo reciba otra persona, sin más razón que la de gozar del favor oficial.

⁷⁴ CSJN. Fallos: 262:22 y 297:161.

⁷⁵ Cabe destacar, que cierta doctrina considera que no corresponde imputar responsabilidad alguna al Estado, por aquellas normas que se declaren inconstitucionales, dado que en tal caso la reparación consistirá en la inaplicabilidad de la norma cuestionada, restituyendo la situación jurídica al estado anterior de la ley inconstitucional. Ver: Alberto C. Spota. “Tratado de Derecho Civil”. Tomo I. Volumen 3°. Depalma. Año: 1968. Páginas: 578 y ss.

El principio en juego es bastante sencillo, si el Estado dicta una ley inconstitucional, esto es que repugna con el orden establecido por la Constitución, y con ello se ocasiona un daño, no puede existir duda que éste debe ser indemnizado. Así las cosas, el pilar de la responsabilidad estatal por actividades ilícitas (actos, hechos y omisiones) es el contenido antijurídico de sus conductas por incumplimiento de la ley⁷⁶.

No es menor observar que para resultar procedente la responsabilidad del Estado, deberán concurrir los siguientes requisitos (conforme Artículo 3° de la Ley N° 26.944, de Responsabilidad Estatal), los cuales deberán ser probados por quién demanda al Estado:

- a) *Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero.*
- b) *Imputabilidad material de la actividad o inactividad al órgano estatal.*
- c) *Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue.*
- d) *Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado...*

Como bien señala Perrino, para que prospere una pretensión indemnizatoria el daño por el que se demanda debe cumplir las siguientes condiciones: el perjuicio deberá ser cierto en cuanto a su existencia (no debe ser hipotético, potencial o conjetural), evaluable económicamente y subsistente (no debe haber desaparecido al tiempo de ser resarcido)⁷⁷.

A diferencia de los daños producidos por actividad lícita del Estado, en la cual en principio, no resultaría procedente el lucro cesante (Artículo 5° de la Ley antes citada)⁷⁸, en los perjuicios sufridos por la actividad ilícita el alcance de la indemnización es pleno, comprendiendo tanto el daño emergente, como el lucro cesante respecto de las consecuencias alcanzadas.

Sin perjuicio de ello, es muy importante destacar que la prueba del daño (y más importante aún en el lucro cesante) es un factor determinante a probar, como bien señalara el Máximo Tribunal *“la indemnización de los perjuicios lleva implícitamente la realidad de los mismos y su determinación requiere la comprobación judicial de tal extremo (Fallos: 312:1599), excluyendo de las consecuencias resarcibles a los daños meramente eventuales o conjeturales en la medida en que la indemnización no puede representar un enriquecimiento sin causa para quien invoca ser damnificado...”*⁷⁹.

Resumiendo las ideas esbozadas precedentemente, podemos afirmar que el Estado deberá responder cuando:

- a) Exista una sentencia judicial firme que declare la ilegitimidad de la ley discutida.
- b) Se cumplieren los requisitos establecidos como presupuesto de la responsabilidad estatal.

Por lo expuesto, consideramos que los lineamientos antes esbozados serán aplicables en los supuestos en los cuales sean declaradas inconstitucionales leyes expropiatorias, debiendo el Estado reparar los daños ocasionados por su actividad ilícita. Reiterando nuevamente, que los supuestos de prueba deberán ser estrictamente acreditados por quién sufre el perjuicio.

⁷⁶ Conf. Carlos F. Balbín. “Tratado de Derecho Administrativo”. La Ley. Tomo IV. Año: 2011. Página: 230.

⁷⁷ Conf. Pablo Esteba Perrino. “La responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita en el Derecho Argentino.” En modernizando el estado para un país mejor: ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Páginas: 448-450.

⁷⁸ Empleamos el término *“en principio”*, en virtud que si bien la norma específicamente establece que *“La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante.”*, la Corte Suprema en numerosos precedentes ha establecido que los actos lícitos producidos por el Estado no lo relevan de la obligación de resarcir los perjuicios sufridos por particulares que se hubiesen derivado de aquéllos y que el principio jurídico que rige toda indemnización es el de la integralidad (Principios establecidos en CSJN. Fallos: 312:2266 y 312:659, entre otros).

⁷⁹ CSJN. Fallos: 330:2748.

V.- DECLARACIÓN DE UTILIDAD PÚBLICA GENÉRICA: DELEGACIÓN LEGISLATIVA?

A esta altura del presente trabajo, no nos quedan dudas respecto que la declaración de utilidad pública debe ser realizada por ley, en atención a lo expuesto por el Artículo 17° de la Constitución Nacional, y que ésta facultad es inherente al Poder Legislativo.

Lo que la doctrina y la jurisprudencia se han debatido durante años, es si el legislador es quién debe determinar en todos los casos y en forma específica cual o cuales, serán los bienes a expropiar, o por el contrario; puede realizarlo en forma genérica delegando al Poder Ejecutivo la determinación de los bienes que deban expropiarse. **Constituiría esto una delegación de la potestad del Poder Legislativo? Es esto posible?**

Actualmente, la Ley N° 21.499 en su Artículo 5° determina que el Poder Legislativo puede efectuar una declaración de utilidad pública en forma genérica, dejando a cargo del Ejecutivo la determinación de los bienes que deban expropiarse⁸⁰. Pero lo expuesto, no arroja muchas luces al tema planteado, ya que teniendo en consideración lo que hemos analizado hasta el momento, que la ley regule una cuestión no quiere decir que la misma sea congruente con el resto del ordenamiento jurídico, y en el supuesto caso de no serlo, se podría solicitar a los tribunales que declaren la inconstitucionalidad de la norma.

Si buscamos la respuesta en el texto Constitucional, veremos que no dice nada al respecto: no determina si la declaración de utilidad pública puede ser específica o genérica, solo expresa que debe realizarse por ley.

Para poder aclarar la cuestión, debemos recurrir al criterio de nuestra Corte Suprema que se ha expedido al respecto. En primer término, dejó asentado que cuando estamos en presencia de obras de carácter general (una ruta, por ejemplo), la garantía expresada en el Artículo 17° de la Constitución Nacional de inviolabilidad de la propiedad, no significa que el Congreso deba sancionar una ley especial para cada una de las propiedades que se vean afectadas por la obra, sino que quedará a determinación del Poder Ejecutivo tal extremo⁸¹. Para garantizar el principio constitucional antes señalado, basta con la autorización general efectuada por el Poder Legislativo calificando de utilidad pública la obra a realizarse, la que indefectiblemente debe estar determinada por ley⁸².

En cambio, cuando la obra carece de tal carácter general, el principio es el de la determinación específica de los bienes con referencia a planos descriptivos, informes, periciales que concreten en todos sus detalles lo que va a tomarse del patrimonio particular⁸³.

Pasando a limpio lo reseñado, podemos concluir que la declaración de utilidad pública que efectúe el Congreso no tiene que ejercerse ineludiblemente con relación a un bien o bienes determinados, sino que también puede cumplimentarse tal precepto cuando la afectación comprenda bienes determinables.

No tenemos dudas con relación a que el Poder Legislativo no puede delegar la atribución que le es inherente, pero este extremo no queda desvirtuado por declaraciones genéricas dentro de las cuales el Poder Ejecutivo individualice los bienes afectados, siempre y cuando esa individualización sea consecuencia necesaria de la declaración hecha por ley. Es por eso que el derecho de propiedad no quedará a la merced de la discrecionalidad del Ejecutivo, dado que éste únicamente podrá desenvolverse dentro de los límites impuestos por la ley, y realizando aquellas medidas conducentes para lograr los fines de la norma.

⁸⁰ Ley N° 21.499. Artículo 5°: *“La expropiación se referirá específicamente a bienes determinados. También podrá referirse genéricamente a los bienes que sean necesarios para la construcción de una obra o la ejecución de un plan o proyecto; en tal caso la declaración de utilidad pública se hará en base a informes técnicos referidos a planos descriptivos, análisis de costos u otros elementos que fundamenten los planes y programas a concretarse mediante la expropiación de los bienes de que se trate, debiendo surgir la directa vinculación o conexión de los bienes a expropiar con la obra, plan o proyecto a realizar. En caso de que la declaración genérica de utilidad pública se refiriese a inmuebles, deberán determinarse, además, las distintas zonas, de modo que a falta de individualización de cada propiedad queden especificadas las áreas afectadas por la expresada declaración.”*. El subrayado me pertenece.

⁸¹ CSJN. Fallos: 183:88.

⁸² CSJN. Fallos: 120:333.

⁸³ CSJN. Fallos: 142:83.

Por tal motivo es que el legislador al momento de efectuar la declaración genérica, deberá delimitar la expropiación en términos que no permitan extender la expropiación a otros bienes que aquellos exclusivamente necesarios para lograr la satisfacción del bien común que se propone. Puede tranquilamente considerar útil la realización de una obra, sin estar obligado a conocer con precisión los bienes que se verán afectados por ella.

Si pretendemos que el legislador individualice cada uno de los bienes que se fueran a expropiar, convertiría la realización de toda obra pública en una empresa imposible de concretarse, impidiéndose así la satisfacción del bien común⁸⁴.

VI.- ES POSIBLE LA EXPROPIACIÓN SIN DECLARACIÓN DE UTILIDAD PÚBLICA?

Parecería contradictorio llegar a este punto del trabajo y afirmar que la expropiación es procedente sin ser necesario una ley que declare la utilidad pública. Como hemos sostenido a lo largo de los apartados precedentes, la declaración emanada por el Congreso, o Legislaturas Provinciales es un requisito sine qua non para la procedencia de la expropiación forzosa.

Sin perjuicio de ello hay situaciones excepcionales que por su envergadura, y las condiciones especiales que rodean a determinados casos, las cuales generan que el principio general antes expuesto ceda para salvaguardar intereses superiores, siendo imposibles de proteger si se mantuviera un riguroso formalismo a los procedimientos establecidos en las normas.

Un claro ejemplo de esto, es el fallo “Zorrilla, Susana y otro c/ E.N. - P.E.N. s/ expropiación - servidumbre administrativa”⁸⁵, donde la Corte (por mayoría) declaró procedente la expropiación inversa del inmueble conocido como “La casa de Mansilla”, sin existir ley expresa que declarara la utilidad pública del aludido bien.

Los hechos del caso fueron los siguientes: Mediante Ley n° 25.317 el Congreso Nacional declaró como “monumento histórico – artístico nacional” al inmueble denominada “La casa de Mansilla”, quedando el mencionado bien bajo el régimen de la Ley N° 12.665, norma que en su Artículo 4° disponía: “*Los inmuebles históricos no podrán ser sometidos a reparaciones o restauraciones, ni destruidos en todo o en parte, transferidos, gravados o enajenados sin aprobación o intervención de la comisión nacional.*”, siendo este punto el meollo de la cuestión debatida en los Tribunales⁸⁶.

Conforme se puede apreciar en la norma transcrita la restricción al derecho de propiedad en el Artículo 4° (en su anterior redacción), es notoria. Del análisis del texto legal destacamos que el particular cuyo bien haya sido declarado monumento histórico, no podría disponer libremente del mismo, ni siquiera repararlo o restaurarlo, sin autorización previa estatal.

En palabras de la jueza de primera instancia, vemos que la norma al prohibir al propietario la realización de todo acto que pudiera significar la disminución del valor histórico o artístico del inmueble (como ya vimos, el propietario no puede sin autorización expresa y formal de la autoridad administrativa competente, ni repararlo ni restaurarlo ni destruirlo en todo o en parte), pero en tal sentido tampoco puede venderlo, razón por la cual el sentido de “propiedad” queda totalmente desvirtuado ante una situación como la de autos.

Por tal motivo, los propietarios de la casa que perteneciera a Lucio Victorio Mansilla, solicitaron la expropiación inversa del inmueble, obteniendo sentencia favorable en Primera instancia, como así también en Cámara.

La Corte al analizar la cuestión, estimo que si bien la declaración de utilidad pública es un requisito esencial para la procedencia de la expropiación, la Ley N° 21.499 en su Artículo 51° apartado c) al regular los supuestos en los cuales es procedente la expropiación inversa, posibilita ciertas “excepciones”:

⁸⁴Villegas se expresa en tal sentido. Conf. A. Walter Villegas. “Régimen Jurídico de la Expropiación”. De Palma. 1973. Páginas: 47/48.

⁸⁵ Z. 39. XLVI.

⁸⁶ Cabe destacar que el Artículo 4° aludido, fue reemplazado por el actual Artículo 5° cuya modificación fuese impuesta por la Ley N° 27.103: “*Los bienes protegidos en los términos de esta ley no podrán ser vendidos, ni gravados ni enajenados por cualquier título o acto, ni modificado su estatus jurídico, sin la intervención previa de la Comisión Nacional...*”

“Cuando el Estado imponga al derecho del titular de un bien o cosa una indebida restricción o limitación, que importen una lesión a su derecho de propiedad.”

Así las cosas, la expropiación inversa podría ser considerada admisible cuando el bien objeto de expropiación haya sido ocupado por el expropiante o hayan mediado restricciones, limitaciones o menoscabos esenciales al derecho de propiedad del titular.

Esta postura del Tribunal, fue en coincidencia con la que había asumido en el controvertido caso “Faut, Pedro y otros c/ Prov. de Buenos Aires”⁸⁷, donde estimó que en el mencionado Artículo 51° apartado c) de la Ley N° 21.499 no estaba expresamente previsto el requisito de existencia de ley que declarara la utilidad pública para que resultara procedente la expropiación inversa⁸⁸.

Por tal motivo, agregó que la propia ley faculta a los particulares a *“reclamar la expropiación inversa aun sin mediar calificación de utilidad pública, cuando de modo directo o reflejo -siempre con motivo de otra ley que declare la utilidad pública- resultara indisponible un bien por su evidente dificultad para utilizarlo en condiciones normales (Fallos: 308: 1282).”*

Lo expuesto hasta el momento no fue el único argumento esgrimido por la Corte para hacer lugar a la expropiación inversa, por el contrario, como bien se había anticipado al iniciar el presente capítulo, la situación debatida en este caso incluía muchos otros supuestos que llevaron al Máximo Tribunal adoptar el criterio señalado.

El inmueble afectado como monumento histórico no era uno cualquiera, sino que como bien surgía de los distintos proyectos de resolución y de ley presentados en el Congreso Nacional, se trataba de la casa donde había habitado Lucio Victorio Mansilla, pero así también era un exponente único en cuanto a su arquitectura que quedaba en la Ciudad de Buenos Aires⁸⁹.

Esta clase de inmuebles por su inmenso valor cultural que otorgan a la sociedad, como así al constituir un patrimonio invaluable para las generaciones futuras, imponen al Estado el deber de protegerlos. Debiendo garantizar su conservación puesto que constituyen elementos imprescindibles que hacen a la calidad de la vida de todas las personas, conforme lo estipulado en el Artículo 41° de la Constitución Nacional. Lineamientos que a su vez fueron tomados al sancionarse la Ley N° 12.665.

Frente a este panorama, la Corte analizó el estado en cual se encontraba el inmueble que debía protegerse. Llegando a la conclusión que el monumento estaba atravesando una situación crítica en cuanto a su conservación (extremo que no fue ignorado por la Ley N° 25.317 al momento de declarar su protección) amenazando de forma inminente las garantías constitucionales antes citadas, y sumado a que los dueños (quienes habían iniciado la acción expropiatoria), se veían imposibilitados de efectuar las reparaciones necesarias para mantenerlo en condiciones. Sin dejar de lado, que del propio expediente, no surgía que el Estado haya realizado medidas de restauración, refacción o mantenimiento en el inmueble para evitar su destrucción.

Sin perjuicio de ello, el Máximo Tribunal especificó claramente que la declaración efectuada por la Ley N° 25.317, y el esquema estipulado por la Ley N° 12.665 no debe significar que la declaración de “monumento histórico - artístico” traiga aparejada, por sí sola, la obligación del Estado Nacional de expropiar cada cosa que se declare comprendida en su régimen.

Pero estas medidas, por su lado sí generaron una grave restricción al derecho de propiedad de los afectados, quienes a partir de la sanción de la Ley N° 25.317 no pudieron disponer libremente del inmue-

⁸⁷ CSJN. Fallos: 328:4782.

⁸⁸ Recordemos la postura sumamente crítica de la doctrina, especialmente de Alberto Bianchi y Germán Bidart Campos; al rechazar la aplicación del instituto de la expropiación inversa en los casos en los cuales no existiera la declaración de utilidad pública emanada de una ley. Conf. Alberto Bianchi. “¿Es un requisito indispensable de la expropiación irregular la ley que califique la utilidad pública?”. ED 121-503 (1987), “Expropiación irregular o indemnización de daños y perjuicios?” ED 128- 573 (1988). Germán J. Bidart Campos. “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”. Editorial Edial. Tomo: I-B. 2001. Páginas: 380/381.

⁸⁹ Ver Considerando 7°: “Según los distintos proyectos de resolución y de ley presentados en el ámbito del Congreso Nacional a los fines de obtener la expropiación *“...se trata de un solar histórico de los pocos que quedan en la Ciudad de Buenos Aires y está amenazado de destrucción...”* (expte. 5573-0-2008 de la Cámara de Diputados de la Nación) y es *“... uno de los últimos exponentes que queda en pie de la arquitectura del neoclásico italiano del siglo XIX en el barrio de Belgrano y probablemente en la Ciudad de Buenos Aires ...se menciona la existencia de un túnel propio que la uniría al arroyo Vega...que de comprobarse su existencia, otorgaría aun mayor valor histórico ...”* (expte. 4708-0-2010 de la Cámara de Diputados de la Nación).”

ble, con los graves perjuicios que esto trajo aparejado no solo al patrimonio personal de los accionantes, sino también al patrimonio cultural de todos los argentinos.

Estos elementos, llevaron a la Corte a sostener que la expropiación resultaba ser en este caso, el único medio apto para garantizar el cumplimiento de la manda contenida en el Artículo 41 de la Constitución Nacional y las leyes, esto es, asegurar la preservación de un inmueble cuyo valor cultural fuera sumamente reconocido. Más, cuando se tiene en consideración que la declaración de “monumento histórico–artístico” formulada en la Ley N° 25.317 no había contribuido a mejorar el estado de preservación del inmueble o, tan siquiera, a preservarlo.

El fallo que hemos analizado, nos parece sumamente interesante (más allá de las críticas que pudiesen realizarse) en cuanto a cómo la Corte decide alejarse de los formalismos estrictos, esto es la existencia de declaración pública como requisito para la procedencia de la expropiación, cuando existan intereses superiores que exijan medidas urgentes y radicales para la preservación de derechos reconocidos en la Constitución Nacional.

La decisión no era simple para la Corte, por un lado debía optar si seguía la dogmática y tradicionalista postura que requiere en todos los supuestos la ley declaración de utilidad pública para efectuar la expropiación, o bien se inclinaba por el único medio en este caso (o el más idóneo, como era la expropiación) para proteger el patrimonio cultural no solo de los actuales habitantes de la República Argentina, sino también de las generaciones que están por venir, las cuales se podrían haber perdido la oportunidad de contemplar semejante obra arquitectónica.

VII.- CONCLUSIONES

Hemos demostrado que la utilidad pública en nuestro ordenamiento jurídico, no actúa solamente como un presupuesto para poder efectuar la expropiación, sino que además, actúa como una garantía para los particulares contra la irrazonabilidad, arbitrariedad y capricho Estatal.

Si bien generalmente el estudio de este instituto se centra en cuestiones más formales (legitimación, objeto de la expropiación, etc.), nos pareció sumamente valioso desviar nuestro estudio en el “nucleo” del instituto expropiatorio, mejor dicho: su razón de ser.

Ahora bien, concluido el análisis de la utilidad pública y su correspondiente protección al momento de la declaración efectuada por el órgano Legislativo, como así también durante el proceso expropiatorio, nos queda pendiente examinar como entra en juego esta garantía una vez finalizada la expropiación y perfeccionada la misma:

Puede el expropiado hacer valer su derecho de propiedad, cuando el expropiante viola la ley de declaración de utilidad pública, una vez perfeccionada la expropiación? Para responder esta pregunta, pasaremos a estudiar la retrocesión, objeto del próximo capítulo.

CAPÍTULO III “RETROCESIÓN”

I.- LA RETROCESIÓN Y SU REGULACIÓN NORMATIVA

Hasta el momento hemos analizado la protección del derecho de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico, comprobando que cuando el Estado mediante el instituto de la expropiación desapodera un bien de un particular, y la misma no se fundamenta en una causa de utilidad pública, siendo esta arbitraria o irrazonable; el afectado puede demandar ante los tribunales la inconstitucionalidad de la actividad estatal a los fines de salvaguardar sus derechos.

Ahora bien, como desarrollaremos a lo largo del presente capítulo, el derecho de propiedad se encuentra igualmente protegido aún luego de finalizado el proceso expropiatorio, estando facultados los afectados de “retrotraer la situación jurídica” al momento antes de que se produjera la expropiación.

Es precisamente en las líneas escritas anteriormente, donde vemos y resaltamos nuevamente la importancia de la “utilidad pública” en los procesos expropiatorios, dado que la causa que le sirve de fundamento a la expropiación, se mantiene en el tiempo como un derecho latente de las personas evitando que la voluntad de los legisladores sea burlada.

Maiorano define a la retrocesión como *“el derecho que le asiste al expropiado de solicitar la devolución del bien objeto de la expropiación cuando el expropiante no satisface la causa de utilidad pública invocada.”*⁹⁰.

Así las cosas, observamos que la expropiación está subordinada al cumplimiento de la manda legal que declara la utilidad pública. Hasta que no se satisfaga ese destino, el derecho de propiedad de quien fuese expropiado no se extingue de manera plena, dado que subsiste la posibilidad de retrotraerlo en caso de incumplimiento por parte del Estado.

Por ello, si la Administración viola la ley y la altera por medio de su aplicación (desobedece la ley expropiatoria), incumple a su vez la garantía establecida en el Artículo 28° de la Constitución Nacional, sin dejar de ser menor, que con su comportamiento vulnera la inviolabilidad de la propiedad reconocida en el Artículo 17° de la Carta Magna, la cual únicamente puede ceder ante ley expresa del Congreso, que en ejercicio de sus facultades inherentes, disponga la declaración de utilidad pública.

Como bien, destacara Fiorini *“Sobre estos supuestos constitucionales no se concibe el despojo arbitrario bajo el manto de una legalidad burlada.”*⁹¹.

Analizando un poco la evolución de este derecho en nuestro ordenamiento jurídico, la antigua Ley N° 189 ya lo amparaba en su Artículo 19°: *“si la cosa expropiada no se destinase al objeto que motivó la expropiación, el dueño anterior puede retrotraerla en el estado en que se enajenó, consignando el precio o la indemnización que recibió”*.

Sin embargo, la historia de nuestro país no deja de sorprendernos: por más que la retrocesión fuese expresamente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico nacional (recordemos que la expropiación es una potestad de carácter local, debiendo las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires regularlo en sus correspondientes territorios), el gobierno de Juan Domingo Perón al cual nos hemos referido en más de una oportunidad en el presente trabajo, el 17 de Septiembre de 1948 sancionó la polémica Ley N° 13.264, norma que desatendiendo el criterio expuesto anteriormente por la Ley N° 189, y que la jurisprudencia se había encargado de defender en más de una oportunidad⁹², directamente obvió tratar la cuestión de la retrocesión.

⁹⁰ Conf. Jorge Luis Maiorano. “La Expropiación en la Ley N° 21.499”. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Año: 1978. Página: 146.

⁹¹ Conf. Bartolomé A. Fiorini. “Manual de Derecho Administrativo”. Segunda Parte. La Ley. Año: 1968. Página: 894.

⁹² Fallo CSJN. 139:150, entre otros.

Los argumentos expresados por los legisladores y defensores de esta postura de negar el derecho de retrocesión en la Ley N° 13.264 realmente no tienen desperdicio alguno por la falta de fundamentación de los mismos.

Así podemos recordar al Ministro de Hacienda de ese entonces, Ramón Antonio Cereijo quién creía que la retrocesión podía ser fuente de cuestiones que derivaran en perjuicio de los intereses del Estado. En tal sentido, mencionó que en reiteradas oportunidades se había condenado al Estado a devolver bienes expropiados, por no haberse cumplido expresamente el destino expuesto en las leyes que había calificado la expropiación; razón por la cual consideraba que debía suprimirse la retrocesión cuando el Poder Ejecutivo no destinase los bienes expropiados a los fines señalado por la leyes⁹³.

Por suerte, la prudencia y el buen criterio también estuvieron presentes en el Honorable Congreso, por más que su postura no tuviera acogida favorable, siendo el Diputado Mauricio Luis Yadarola un ferviente defensor de la retrocesión, quién alegaba lo siguiente: *“la retrocesión es fundamental en una ley de expropiaciones. El principio que gobierna esta materia es el destino a servir una necesidad pública del bien o bienes que han de expropiarse. Cuando ese destino no se cumple; cuando la finalidad de la expropiación no se realiza, no tiene ningún sentido ni está justificada la expropiación... El Poder Ejecutivo debe limitarse a cumplir la ley...”*⁹⁴.

Señalado lo expuesto no podemos dejar de preguntarnos lo siguiente: **Qué pasó con la retrocesión en ese entonces? Se “eliminó” este derecho?** Obviamente la respuesta es un rotundo “NO”. Como bien expusiera Canasi, la retrocesión posee una raíz constitucional implícita y surge como consecuencia misma de la declaración de utilidad pública⁹⁵. Por ello, si se violenta o no se llega a cumplir la condición que fundamentaba la expropiación, se infringe la garantía de constitucional de inviolabilidad de la propiedad, la cual únicamente debe ceder ante la utilidad pública que se declara mediante Ley emanada del Congreso o Legislaturas Provinciales.

Como hemos expuesto en el Capítulo I, al cual brevitatis causae nos remitimos, de conformidad a los Artículos 14° y 28° de la Constitución Nacional, las reglamentaciones respecto de los derechos y garantías constitucionales deberán ser razonables estableciendo condiciones y limitaciones adecuadas al espíritu y a la letra de las normas constitucionales. Los legisladores, a través de las leyes que reglamentan los derechos de las personas, no pueden destruirlos, por más que la Ley N° 13.264 desconocía la retrocesión, implícitamente se encontraba presente en el derecho de propiedad y más precisamente en la garantía de inviolabilidad de la propiedad antes reseñada.

Así lo fue reflejando la doctrina y finalmente la jurisprudencia, garantizando la inviolabilidad de la propiedad ante la actividad del Estado, muestra de ello es el fallo “Ortega, Juan de Dios y otros c/ Dirección General de Fabricaciones Militares” de fecha 12/06/1968, donde la Corte manifestara *“Que el derecho de retrocesión nace cuando el expropiante no da al bien expropiado la afectación dispuesta por el legislador o le da una distinta, pues en tales supuestos se ha dejado de cumplir con la finalidad que determinó la calificación de utilidad pública...”*⁹⁶.

Finalmente con la sanción de la Ley N° 21.499 se logró zanjar esta cuestión, volviendo la retrocesión a tener expresa regulación legal.

Ahora bien, teniendo determinado el concepto de retrocesión se nos presenta la siguiente pregunta: **Si la retrocesión tiene como objeto volver las cosas al estado anterior al producirse la expropiación... qué sucede cuando la misma resulta imposible?** Para poder ilustrar mejor la consigna, imaginemos un supuesto en el cual el objeto expropiado sea un bien consumible. Ejemplo: remedios para afrontar una grave enfermedad, en la cual luego se descubre judicialmente que no fueron utilizados para ese fin. Al agotar su uso, no puede restituirse lo expropiado, por obvias razones: han dejado de existir.

Creemos que en estos supuestos, en virtud de las premisas antes reseñadas respecto de la inviolabilidad de la propiedad garantizada en el Artículo 17° de la Constitución Nacional, y al tornarse la retrocesión en

⁹³ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. Tomo IV. Año: 1948. Página: 3.412.

⁹⁴ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. Tomo IV. Año: 1948. Páginas: 3.412 y ss.

⁹⁵ Conf. José Canasi. “La Retrocesión en la Expropiación Pública”. De Palma. 1964. Páginas: 47/48.

⁹⁶ Fallo CSJN. 271:42

un proceso de objeto imposible, el expropiado deberá recurrir a una acción por daños y perjuicios contra el expropiante, ante la falta de causa de utilidad pública que tendría que haber existido para fundamentar el desapoderamiento del bien expropiado⁹⁷.

II.- NATURALEZA JURÍDICA

Otra cuestión interesante para analizar respecto de la retrocesión es su naturaleza jurídica, la doctrina ha debatido largo y tendido sobre la materia, sin llegar a prevalecer una postura sobre la otra.

En primer lugar, Villegas Basavilbaso estimaba que se trataba de un derecho patrimonial, el cual forma parte del patrimonio del expropiado. Así, consiste según el autor en un derecho real y no un derecho creditorio o personal que pueda resolverse en una acción de daños o perjuicios contra el expropiante, por cuanto solo concurren para constituirlo dos elementos: el titular, sujeto de derecho, y la cosa, objeto del mismo⁹⁸.

Dromi concibe la retrocesión como una acción procesal, mediante la cual se promueve un juicio, instado a petición de parte ante un órgano jurisdiccional, trabando una nueva relación jurídico-procesal, siendo esta relación y no el juicio expropiatorio, la que determinará la ley procesal que deberá aplicarse en el juicio de retrocesión⁹⁹. Sin perjuicio de ello, el autor también reconoce que la retrocesión pueda ser llevada a cabo mediante avenimiento o gestión administrativa¹⁰⁰.

Esta teoría es sumamente criticada por cierto sector de la doctrina, especialmente Cassagne, quién considera que estaríamos en presencia de un derecho o acción real administrativa, la cual no debe ser confundida con la pretensión procesal que surge del derecho material o de fondo, dado que esto puede traer desconcierto con relación a los requisitos procesales de la pretensión. Agrega además, que si estuviéramos enfrente de una acción procesal, no cabría sostener al avenimiento dentro de la retrocesión, en virtud que ella excluye la idea de proceso.

La importancia práctica que reviste la distinción entre una u otra postura es relevante dado que si no se valora debidamente la naturaleza jurídica de la retrocesión, puede llegar a confundirse los requisitos de admisibilidad de la pretensión contenciosoadministrativa, con los requisitos de fondo exigidos por la norma; los cuales no configurarían presupuestos para la habilitación de la instancia, sino por el contrario; las condiciones de fondo que hacen al derecho del demandante¹⁰¹.

III.- PRESUPUESTOS PARA SU PROCEDENCIA

El Artículo 35° de la Ley N° 21.499 nos da la pauta en cuanto a los supuestos en los cuales resulta procedente la retrocesión, analicemos los mismos:

“Procede la acción de retrocesión cuando al bien expropiado se le diere un destino diferente al previsto en la ley expropiatoria, o cuando no se le diere destino alguno en un lapso de dos años computado desde que la expropiación quedó perfeccionada en la forma prevista en el artículo 29.”

Cabe agregar que la expropiación resulta perfeccionada cuando se produce la transferencia de dominio al expropiante, toma de posesión y pago de la indemnización. Los requisitos son concurrentes, no pudiendo faltar ninguno de ellos como bien lo señala la Corte Suprema¹⁰².

⁹⁷ Así se expresa el Dr. Gordillo en “La Ley Nacional de Expropiaciones N° 21.499”. Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Año: 1977. Nota b) a la Página 159, criterio que compartimos.

⁹⁸ Conf. Benjamín Villegas Basavilbaso. “Derecho Administrativo”. TEA. 1956. Tomo VI. Página: 460.

⁹⁹ Conf. José R. Dromi. “La Ley Nacional de Expropiaciones N° 21.499”. Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Año: 1977. Páginas: 156/157.

¹⁰⁰ Conf. José R. Dromi. “Manual de Derecho Administrativo”. Astrea. Tomo II. Año: 1987. Página: 94.

¹⁰¹ Conf. Juan Carlos Cassagne. “Derecho Administrativo”. Abeledo-Perrot. Tomo II. Año: 2002. Páginas: 492/493.

¹⁰² Fallo CSJN. 320:1263.

Del Artículo supra transcrito, podemos inferir claramente que la retrocesión procede en dos supuestos fundamentalmente:

1°) Cuando al bien expropiado no se le da ningún destino, dentro del plazo de dos años; configurándose así la frustración del destino de la expropiación.

Respecto del plazo señalado, nuevamente advertimos el carácter local del instituto de la expropiación, razón por la cual el mismo puede variar de acuerdo a donde se lleve a cabo. Por ejemplo, el plazo en la Provincia de Mendoza es de tres (3) años¹⁰³.

2°) En segundo término, la retrocesión resultará procedente cuando al bien expropiado se le hubiese dado un destino diferente al que había originado la calificación de utilidad pública, extremo que configura el cambio de destino de la expropiación.

III.1.- DESTINO FRUSTRADO

En este supuesto, la nota relevante es la inacción total por parte del expropiante. En otras palabras, se adquiere el bien pero no se hace nada con él, no se cambia el destino del mismo, sino que no le da el uso o el empleo que imponía la norma al momento de la declaración de utilidad pública y que originara la expropiación.

De acuerdo a lo que hemos descripto, pareciera que estuviéramos en presencia de un caso de abandono de expropiación. Si bien ambos supuestos pueden tender a la confusión, veremos que son dos conceptos totalmente diferentes.

El abandono procede cuando el Estado realiza la declaración de utilidad pública a través de una ley, pero nunca procede a efectivizar la misma ya sea mediante proceso judicial o a través del avenimiento (gestión administrativa). En la retrocesión, la expropiación se encuentra consumada, pero el Estado no da cumplimiento a la manda legal al no hacer uso del bien expropiado.

III.1.a).- INTIMACIÓN PREVIA AL EXPROPIANTE

Para que resulte procedente la acción de retrocesión en este supuesto, el Artículo 39° agrega un requisito estableciendo que el expropiado, con carácter preliminar a iniciar la acción, deberá intimar fehacientemente al expropiante para que este le asigne al bien el destino que había motivado la expropiación. Si luego de transcurridos seis (6) meses de producida la intimación, no se hubiese asignado al bien destino alguno, o no se hubiere iniciado los respectivos trabajos (que deberán estar acordes a los planes de obra aprobados) la retrocesión quedará expedita, sin necesidad de reclamo administrativo previo.

Ante este panorama, debemos realizar una serie de aclaraciones. En primer lugar, determinar que entendemos por notificación "*fehaciente*".

El sentido de la norma al hacer uso de este término, no fue otro que poner en pleno conocimiento del expropiador de la falta de destino atribuido al bien, debiendo llevarse a cabo mediante un medio conducente a tal fin: telegrama colacionado, carta documento o acta notarial.

Como bien señalaran Casas y Villanueva, el anoticiamiento por medio de carta certificada con aviso de retorno no puede ser subsumido a tal supuesto, dado que la notificación efectuada por este medio no sirve como notificación fehaciente, pues sólo prueba que aquélla ha sido recibida, pero no su contenido¹⁰⁴.

En este punto, es sumamente importante que lo esencial del articulado se traduce en simplemente poner en conocimiento al expropiante del incumplimiento de la causa de utilidad pública, sin importar

¹⁰³ Decreto N° 1.447/75. Artículo 50 - REQUISITOS PREVIOS: "*Si transcurridos tres (3) años de la fecha de toma de posesión del bien por el sujeto expropiante, este no hubiese dado al mismo destino de utilidad pública que determinó la expropiación...*".

¹⁰⁴ Conf. Juan Alberto Casas y Horacio J. Romero Villanueva. "Expropiación. Ley 21.499. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales.". Astrea. Año: 2005. Páginas: 166/167.

la contestación que el mismo efectúe. A partir de ese momento, empieza a correr el plazo fatal para el cumplimiento de la disposición antes analizada, la cual permitirá iniciar la acción de retrocesión.

En segundo lugar, debemos tener en consideración con que alcance debe entenderse respecto a los “trabajos necesarios” para hacer efectiva la causa de utilidad pública. Creemos que corresponde tener un criterio bastante restrictivo al respecto, a los efectos de no convertir en ilusoria la retrocesión. Así, nos parece sumamente acertado el criterio legislativo requiriendo que los trabajos estén de conformidad a los planos de obras aprobados, a los fines de evitar que ante cualquier intimación el expropiante realice acciones menores y/o intrascendentes con la finalidad de dejar sin efecto la intimación realizada por el expropiado.

Terminando el presente acápite, ante la intimación cursada al expropiante se pueden producir las siguientes situaciones: 1°) Que el expropiante asigne al bien el destino estipulado por la ley que declara la utilidad pública, 2°) Que se cambie el destino del bien, y 3°) Se continúe sin otorgarle al bien destino alguno.

En el primer supuesto, no hay duda alguna en que la retrocesión ya no resultaría procedente en virtud que se estaría cumplimentando la causa de utilidad pública que diera origen a la expropiación. En el segundo, resulta menester realizar una aclaración preliminar: si el cambio no tuviera conexidad o correlación con el estipulado en la declaración de utilidad pública, la retrocesión quedaría habilitada, dado que no resulta conducente obligar al expropiado a que realice el reclamo administrativo previo (al cual nos referiremos en breve) si el expropiante ante la intimación cursada, ya ha demostrado que no cumplirá con lo dispuesto por la ley expropiatoria. Si por el contrario, el cambio de destino guardara conexidad con la utilidad pública declarada, la retrocesión no resulta procedente.

Con relación al cambio de destino, nos referiremos a él en el próximo apartado.

Por último, y con relación a la tercera posibilidad si el expropiante no otorga al bien destino alguno, pese a la intimación realizada, la acción judicial de retrocesión podrá ser incoada.

III.2.- CAMBIO DE DESTINO

A contra posición del supuesto anterior, el cambio de destino se configura cuando el expropiante le brinda al bien expropiado un destino diferente al que había determinado el legislador. Como hemos visto en el Capítulo II, al cual nos remitimos; la declaración de utilidad pública es una potestad inherente del Poder Legislativo, en tal razón el Ejecutivo no puede alterar por sí mismo el destino del bien, ya que eso sería modificar la ley; extremo vedado a la Administración.

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, el principio que hemos esbozado no es de carácter absoluto, sino que puede existir un cambio de destino y no resultar procedente la retrocesión. Para analizar mejor este concepto diseñaremos un caso imaginario:

El expropiante, luego de haber quedado perfeccionada la expropiación le otorga al bien un destino completamente distinto al establecido por ley: en vez de construirse un hospital, se contruye la residencia privada del hermano de un diputado. El caso es claro, no solo no se satisface la declaración de utilidad pública, sino que para peor, se utiliza para un beneficio exclusivamente privado. En este supuesto, la retrocesión es procedente.

Pero qué sucede cuando se cambia el destino del bien para satisfacer otra finalidad de utilidad pública? Para esto debemos tener en cuenta lo que dispone el Artículo 36° de la Ley N° 21.499 que prevé las excepciones al cambio de destino:

“Se entenderá que no hubo cambio de destino cuando el acordado al bien mantenga conexidad, interdependencia o correlación con el específicamente previsto en la ley.

Tampoco se considerará que medió cambio de destino si a una parte del bien expropiado se le asignare uno complementario o que tiende a integrar y facilitar el previsto por la ley.”

Del citado Artículo vemos que, en primer lugar si existe conexidad, interdependencia o correlación con el destino previsto en la ley expropiatoria, no es posible ejercer el derecho de retrocesión. No es necesario que el destino sea exactamente igual, sino que guarde conexidad con el original.

Hasta antes de la sanción de la Ley N° 21.499, si bien la Jurisprudencia ya aceptaba el cambio de destino por conexidad¹⁰⁵, en la doctrina siempre existieron distintas posturas respecto de esta cuestión. Marienhoff, consideraba que no resultaba procedente la retrocesión cuando existiera una evidente y directa conexidad, correlación o interdependencia entre la utilidad pública declarada por el legislador y el efectivo destino del bien que le otorgue el expropiante¹⁰⁶.

Canasi, por su lado en una postura más restringida, si bien no se expresaba específicamente sobre las citadas excepciones, entendía que todo cambio ulterior del objeto o fin de la expropiación, ya sea a particulares o a otros fines de interés público no previstos en la calificación efectuada por el Poder Legislativo, entraría en el campo arbitrario o anómalo que custodia el privilegio que tiene el expropiado en el derecho a la retrocesión¹⁰⁷.

El segundo supuesto de excepciones al cambio de destino, está dado cuando a una parte del bien expropiado se le asigna una finalidad diferente al previsto por el legislador. Si bien es procedente el cambio en esta parte, la modificación no queda librada a la arbitrariedad y/o buena voluntad del expropiante, sino que por el contrario, la misma debe estar dirigida a complementar, integrar y/o facilitar al destino previsto en la declaración de utilidad pública.

La norma actúa en este caso con un doble sentido, por un lado flexibiliza el destino que pueda darse a una fracción del bien expropiado, pero por otro lado impone una obligación al expropiante: la modificación del destino debe apuntar a complementar, integrar y facilitar el destino originario; bajo pena de resultar procedente la retrocesión.

Por último, tampoco resultará procedente la retrocesión cuando una nueva Ley posterior instituya la satisfacción de otro interés público, diferente al establecido en la Ley expropiatoria. Lo expuesto viene a razón que resultaría carente de sentido permitirle al afectado que pueda adquirir nuevamente su propiedad, para luego volvérsela a expropiar con una causal de utilidad pública diferente.

III.2.a).- EL CAMBIO DE DESTINO, LUEGO DE HABER SIDO SATIFECHA LA FINALIDAD EXPROPIATORIA

En el anterior párrafo hemos analizado cuando procede la retrocesión en el supuesto de “cambio de destino”, y las distintas excepciones que impiden ejercerla la nombrada acción. De ello, inmediatamente se nos viene a la mente la siguiente cuestión: ***La causa de utilidad pública es absolutamente inmutable?. El expropiante no puede cambiar el destino del bien cuando la misma queda satisfecha?***

Actualmente el Artículo 40° de la Ley N° 21.499 resuelve este dilema estableciendo que una vez satisfecha la finalidad expropiatoria, el cambio de destino del bien es procedente y la retrocesión no puede ser ejercida por el expropiado. Ahora bien, con el anterior texto legal, o sea la Ley N° 13.264; la cuestión no era tan sencilla de ser resuelta como ahora.

Por un lado, cierto sector doctrinario amparado en un criterio sumamente rígido en cuanto a la inviolabilidad de la propiedad establecida en el Artículo 17 de la Carta Magna, consideraba que *“sólo es lícita (la expropiación) cuando lo requiere el bien de la generalidad y hay un interés jurídico y social en que esto no se desvirtúe cambiando la causa expropiatoria o desviándola de su fin, y ni siquiera admitimos que se purgue esa desviación de poder, como sostiene alguna jurisprudencia aislada, con el hecho material de que la causa de utilidad pública se haya respetado en un primer acto administrativo y luego de algún tiempo, más o menos razonable, se altere haciendo otra cosa totalmente distinta de la inicial.*

¹⁰⁵ Fallos CSJN. 272:88, 277:192.

¹⁰⁶ Conf. Miguel S. Marienhoff. “Tratado de Derecho Administrativo”. Abeledo-Perrot. Año: 1973. Tomo IV. Páginas: 373/374.

¹⁰⁷ Ver José Canasi. “La Retrocesión en la Expropiación Pública”. De Palma. Año: 1964. Páginas: 22/23, y “Tratado Teórico Práctico de la Expropiación Pública”. Sociedad Anónima Editora e Impresora. Segunda Parte. Año: 1967. Páginas: 725/726, del mismo autor.

Tal sería el caso de expropiar bienes privados para hacer un hospital o un parque para niños o ancianos, y luego de algún tiempo se transforme dicha finalidad, construyendo oficinas públicas.... por no considerarse necesario el fin público que lo motivó.^{108 109}.

Personalmente, no coincidimos con esta posición. Como bien nos hemos referido en el Capítulo II al analizar el concepto de “utilidad pública”, no podemos concebir al mismo como estático. Sino por el contrario, el mismo es mutable y varía de acuerdo a las condiciones económicas, políticas y sociales de una sociedad determinada, en un espacio de tiempo definido. Lo que hoy es “utilidad pública”, no quiere decir que lo sea dentro de unos años; razón por la cual si las condiciones que motivaran la expropiación cambiaran, no hay razón alguna para seguir manteniendo de forma permanente e inalterable el bien expropiado a una finalidad que ya no existe.

De conformidad a este criterio, que compartimos, se expresa la mayoría de la doctrina la cual entiende que si se cumplimenta el objetivo perseguido por la expropiación y por consecuencia se suprime o altera la utilización del bien, ya no habrá lugar para la acción de retrocesión, por cuanto la condición expropiatoria se encontraría cumplida, sin que exista precepto ni razón para que tal destino se mantenga para siempre¹¹⁰.

Así las cosas, la Corte Suprema dando un punto final a la cuestión tratada, coincidió con esta posición expresando que *“si circunstancias posteriores imponen al Estado la conveniencia de desprenderse de los inmuebles expropiados por haberse modificado las causas originarias que determinaron su afectación al servicio público, debe concluirse que el uso real y efectivo por un prolongado período de tiempo... en ese destino, hizo cesar en forma definitiva los derechos de las actoras a la posesión y dominio de esos bienes, por lo que carecen de todo derecho para reclamar la retrocesión de la expropiación, o en su defecto, una indemnización, pues su derecho de propiedad quedó amparado en su momento con el pago del importe judicialmente fijado”*¹¹¹.

III.2.b) RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO

Así como el supuesto de “destino frustrado” requiere realizar una intimación previa al expropiante como presupuesto para iniciar la acción de retrocesión, en los casos de “cambio de destino” resulta necesario efectuar un reclamo administrativo previo, así lo dispone el Artículo 39° de la Ley N° 21.499: *“Si al bien se le hubiere dado un destino diferente al previsto en la ley expropiatoria, deberá formularse el reclamo administrativo previo.”*

Ante este panorama, creemos conveniente realizar la siguiente pregunta: ***Intimación previa y reclamo administrativo previo, son conceptos similares?*** Si bien pareciera que estuviéramos comentando términos semejantes, lo cierto es que su naturaleza es bastante diferente.

Como bien hemos mencionado en su momento, en la frustración de destino se intima fehacientemente al expropiante para que le asigne al bien el destino que había motivado la expropiación. Esto es, se le advierte que en caso de seguir incumpliendo la manda legal, se procederá a efectivizar el derecho de retrocesión.

El reclamo administrativo previo además de ser un presupuesto especial para la procedencia de la pretensión procesal, por su lado y como se refiere Cassagne tiene como objetivo el avenimiento entre el expropiado y el expropiante, pues la desviación de poder o del fin del acto expropiatorio ya se encuentra consumado¹¹².

¹⁰⁸ Conf. José Canasi. “Derecho Administrativo”. Depalma. Año: 1977. Volumen: IV. Página: 102.

¹⁰⁹ En sentido concordante con Canasi se expresaba Petracchi manifestando: “Otra cuestión a considerar, es la procedencia de la acción de retrocesión cuando el expropiador, después de haber cumplido con el destino legal, decide cambiarlo por entender que ha dejado de servir al destino público previsto. Entiendo que aquí procede la retrocesión por cuanto la ley de expropiación no autoriza los destinos temporarios. Si se admitiera lo contrario podría el expropiador cumplir con el destino previsto por un tiempo, como un medio de “legalizar” el cambio de destino posterior.”. Conf. Enrique Santiago Petracchi. “De la retrocesión”. Publicación realizada en “Lecciones y ensayos” N° 24. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Página: 47. Documento Online disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/24/de-la-retrocesion.pdf>

¹¹⁰ Conf. A. Walter Villegas. “Régimen Jurídico de la Expropiación”. Depalma. Año: 1973. Página: 464.

¹¹¹ Fallos CSJN. 266:193.

¹¹² Conf. Juan Carlos Cassagne. “Derecho Administrativo”. Abeledo-Perrot. Tomo II. Año: 2002. Página: 494.

La tramitación de este reclamo, no ha sido regulada por la Ley expropiatoria razón por la cual resulta de aplicación para este presupuesto las previsiones de la Ley N° 19.549, que serán analizadas a continuación. Sin perjuicio de ello, es necesario advertir que en virtud de estar en presencia de una norma de carácter especial, como lo es la Ley de Expropiaciones, y la finalidad perseguida en ella, no son de aplicación las excepciones al reclamo administrativo previo estipuladas en la Ley de Procedimientos Administrativos¹¹³.

En primer lugar, el Artículo 30 de la LPA establece la pauta que el Estado no puede ser demandado judicialmente sin reclamo administrativo previo, y que dicho reclamo deberá versar sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial. De ello se infiere que el reclamo es procedente cuando los particulares persigan el reconocimiento de un derecho y no se trate de la impugnación de actos administrativos o de reglamentos o actos de alcance general.

Antes de seguir avanzando y respecto al Principio de congruencia reflejado en el mencionado Artículo, consideramos que el mismo en sí representa un principio de naturaleza procesal y no de procedimiento administrativo, totalmente ajeno a la materia, ya que la norma estima de alguna manera que el particular iniciará demanda judicial, lo que cual eventualmente representa un paso al reclamo administrativo previo. Además de ello, su inclusión desnaturaliza la etapa conciliatoria propia del agotamiento de la vía administrativa, dando por hecho el inicio de la demanda contra el Estado.

Según nuestro criterio, creemos que el Principio de congruencia (el cual, no se puede desconocer ya que la propia ley así lo dispone) debe ser entendido y armonizado con los demás Principios que imperan en el procedimiento administrativo, más específicamente con el de oficialidad y el de informalismo. Así, la Administración al momento de la presentación del reclamo, no debería exigir al particular una exacta y detallada fundamentación jurídica de su pretensión, en virtud que en el procedimiento administrativo (en principio) no se requiere la representación letrada. De conformidad a ello, bastará con exigirle al reclamante una mera identidad de la pretensión, pudiéndose introducir cuestiones conexas a las planteadas ante el órgano administrativo¹¹⁴.

El Artículo 31° de la LPA, con relación al plazo en que debe expedirse la autoridad determina que el mismo es de noventa días contados a partir de formulado el reclamo. Una vez vencido, sin que se hubiese expedido la Administración, el interesado podrá requerir pronto despacho y si transcurrieren otros 45 días, podrá aquél iniciar la demanda. Sin embargo, la Administración se encuentra facultada por razones de complejidad o emergencia pública, para ampliar fundadamente los plazos antes reseñados, se encuentren o no en curso, hasta un máximo de 120 y 60 días respectivamente.

El gran problema que se suscita con este Artículo es lo referido al plazo para la interposición de la demanda judicial (en nuestro caso, la acción judicial de retrocesión), analicemos los distintos supuestos que se puedan presentar:

Si el reclamo es negativo, esto es que la Administración se expide en forma negativa a la pretensión, la resolución emanada por la autoridad competente es irrecurrible, lo que equivale a decir que una vez obtenido el pronunciamiento se encuentra habilitada la instancia judicial, sin posibilidad de solicitar una revisión de la decisión en sede administrativa. Pero esta acción judicial debe ser interpuesta dentro de los plazos de caducidad establecidos en el Artículo 25° de la LPA.

Debemos distinguir que el gran inconveniente que poseen los particulares, no se encuentra en el supuesto de tener una resolución expresa de la Administración dado que en ese extremo, es sencillo y determinable establecer cuando debe incoarse la demanda judicial contra el Estado (90 días hábiles judiciales contados desde que se notifica la resolución denegatoria), sino por el contrario, el quid de la cuestión se encuentra presente en los supuestos en los cuales se configura el silencio de la Administración.

Como hemos observado anteriormente, y de conformidad al Artículo 31° de la LPA el hecho de no contar con un pronunciamiento expreso de la Administración, no excusa a los particulares de iniciar la

¹¹³ A lo largo del presente trabajo, nos referiremos a "Ley de Procedimientos Administrativos" dado que es el término empleado "comúnmente" para esta norma, aunque en realidad es un "decreto-ley", en virtud de haber sido dictado durante el gobierno de facto de Alejandro Agustín Lanusse. Como bien expone Gordillo: "es un resabio autoritario usar la terminología oficial de llamar ley a lo que no son sino decretos-leyes.". Conf. Agustín Gordillo. "Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas". Tomo VII. Edición Online: www.gordillo.com.ar. Página: 24.

¹¹⁴ Ver: Armando N. Canosa. "Procedimiento administrativo: recursos y reclamos". Astrea. Año: 2014. Páginas: 532/535.

acción judicial dentro de los plazos perentorios y fatales del Artículo 25°, postura que ha sido sumamente criticada por la doctrina¹¹⁵.

La gran incoherencia de la norma, no solo se encuentra presente en el hecho de requerirle a los particulares que inicien la acción judicial una vez configurado el silencio de la Administración (sin contar las grandes dificultades que trae aparejado calcular los plazos, cuando no hay pronunciamientos específico de autoridad alguna, situación que sin lugar a dudas lleva a poner a las personas en una situación sumamente desventajosa respecto del Estado) sino también, en que beneficia al Estado que no ha cumplido con su obligación y no se ha expedido cuando debía hacerlo.

Así las cosas, el “pronto despacho” que debería ser considerado una herramienta a favor de las personas a los efectos de obtener una respuesta de parte de la Administración, la norma lo convierte en un instrumento capaz de cercenar sus derechos; dado que si lo utiliza y una vez vencidos los 45 o 60 días establecidos en el Artículo 31° para la finalización del trámite, comienzan a correr los plazos perentorios para interponer la demanda.

Nuestra posición, y coincidiendo con Gordillo al cual hemos citado anteriormente, consideramos que nunca el “no hacer” del Estado puede computar plazo alguno, así también estimamos que del silencio de la Administración no pueda computarse plazo alguno¹¹⁶.

Sin perjuicio de lo que hemos estudiado hasta el momento, la Corte Suprema de la Nación en un reciente fallo parece haber otorgado una nueva interpretación al Artículo 31° mencionado y conforme a la postura que hemos defendido supra, protegiendo los derechos y garantías de los reclamantes.

En tal sentido, compartiendo los fundamentos de la Procuradora Fiscal consideró que la condición que establece el Artículo 31° de la LPA para incoar la demanda debe ser interpretada de conformidad a que solo rige cuando el reclamo es resuelto expresamente en contra del reclamante, o sea, cuando exista un acto administrativo denegatorio. Pero no, cuando se hubiese producido el silencio de la Administración, y en consecuencia no se hubiera emitido acto alguno.

Además valoró que el propio Artículo 26° de la LPA admite la posibilidad que, ante el silencio de la Administración la demanda pueda iniciarse en cualquier momento, y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción.

En conclusión la Procuradora Fiscal sintetizó: *“la imposición de un plazo de caducidad para demandar frente al silencio administrativo, además de no ser congruente con la finalidad de la opción procesal de dicho instituto consagrada en el art. 26 de la LNPA, tampoco lo es con el modo de contar el plazo de caducidad previsto en el art. 25 de la LNPA para deducir la demanda, pues en los supuestos contemplados en este artículo dicho término se computa a partir de la notificación del acto que agota la vía administrativa (con los efectos del art. 44 del decreto 1759/72 si se hiciera en contravención a sus normas) y, en el supuesto del silencio, no podría dar comienzo por la inexistencia de acto administrativo que notificar.”*¹¹⁷.

IV.- NOTAS JURISPRUDENCIALES A LA RETROCESIÓN

Antes de seguir avanzando en los puntos finales del presente capítulo, consideramos sumamente importante tratar de volcar lo analizado hasta el momento a través de diversos fallos judiciales, a los efectos de comprender mejor el concepto que hemos tratado de esbozar respecto de la retrocesión.

¹¹⁵ Gordillo expone lo siguiente sobre este tema: *“Con la nueva reforma esta situación se ve gravemente modificada, porque el nuevo art. 31 establece que luego de requerido el pronto despacho y transcurridos los 45 días, el particular podrá “iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajos los efectos previstos en el artículo 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción.” O sea, un retroceso en la defensa de los derechos frente a la administración y el acceso a la justicia. Así se ha dificultado el acceso a la jurisdicción.”* Conf. Agustín Gordillo. “Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas”. Tomo IV. Edición Online: www.gordillo.com.ar. Páginas: XII- 21 y 22.

¹¹⁶ Así también se expresa Armando N. Canosa. Ver: “Procedimiento administrativo: recursos y reclamos”. Astrea. Año: 2014. Página 547. Nota 82.

¹¹⁷ “Biosystems S.A. c/EN - M° Salud - Hospital Posadas s/Contrato administrativo - Recurso Extraordinario”. CSJN. B.614.XLVII.

IV.a).- FALLO “LO BIANCO S.A.”

El primer fallo que analizaremos consiste en un precedente bastante interesante emitido por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza.¹¹⁸

Los hechos fueron los siguientes, mediante Ley N° 5.274 se declaró de utilidad pública los terrenos que fueran necesarios para la construcción una presa de embalse, la planta potabilizadora de agua central hidroeléctrica y la sistematización del riego y sus obras complementarias en el Río Mendoza, conforme los estudios realizados y documentación existente en lo que se denomina “Aprovechamiento Integral del Río Mendoza - Proyecto Potrerillos”. Así también se declaró de utilidad pública y sujetas a expropiación las tierras que abarcaran hasta una franja de mil (1.000 m.) metros de ancho a contar desde el camino de coronamiento del muro del embalse en el contorno del lago a formarse.

Sin perjuicio de ello, la Ley N° 6.498 amplió la zona susceptible de expropiación a los terrenos comprendidos hasta mil doscientos metros (1.200 m) adyacentes a la cota máxima del embalse Potrerillos. La ampliación tuvo lugar, a los efectos de proyectar el aprovechamiento recreativo, turístico y urbanístico de las tierras del perillago del Embalse Potrerillos. A esos mismos efectos se facultó al Poder Ejecutivo a otorgar las concesiones previstas en los arts. 38 y 44 inc. 2 de la ley 6.044, reglamentar el ordenamiento territorial y la urbanización de las zonas de influencia del embalse y otorgar concesiones, autorizaciones o permisos vinculados con el uso del embalse y las tierras del perillago.

Por Decreto N° 2101 del 16 de diciembre de 1998 se dispuso la expropiación de urgencia de la fracción de terreno, parte de una mayor extensión, perteneciente por partes iguales a Cobec S.A. y Ramón J. C. Lobianco S.A. Finalmente, en el mes de marzo de 1999 se produjo la transferencia de la titularidad del dominio a la Provincia.

La parte actora, al tomar conocimiento la gran demora que se había producido en la realización de las obras mencionadas, interpone demanda judicial por retrocesión ante la Provincia. El juez de Primera Instancia, rechazó la misma en virtud de dos fundamentos principales.

El primero, y muy importante con relación a lo que hemos desarrollado en los anteriores acápite, consistía en que la parte actora no había intimado fehacientemente a la expropiante de conformidad al Artículo 50° del decreto ley N° 1.447, el cual específicamente requiere *“si transcurridos tres (3) años de la fecha de toma de posesión del bien por el sujeto expropiante, éste no hubiese dado al mismo destino de utilidad pública que determinó la expropiación, el expropiado deberá intimar en forma fehaciente al expropiante para que proceda, dentro de los (2) años siguientes a dicha intimación, a dar al bien el mencionado destino, bajo apercibimiento de iniciarle acción de retrocesión”*.

Por otro lado, tampoco la actora había logrado acreditar que el inmueble que era de su propiedad no había sido destinado al fin previsto por la Ley expropiatoria.

La actora apeló el decisorio, alegando entre otros argumentos menos trascendentes para el objeto del presente trabajo, que a su criterio la intimación previa resultaba a todas luces innecesaria, y que en todo caso dicho requisito había sido cumplimentando con la notificación de la demanda; razón por la cual no se estaría en presencia de un incumplimiento de su parte.

En cuanto a la falta de acreditación en la frustración del destino, cuestionó que se haya puesto a su cargo la producción de la prueba correspondiente a un hecho negativo (no darle uso a la propiedad expropiada), invocando en tal sentido el “principio de las pruebas dinámicas”. Así también, esgrimió que la norma expropiatoria es clara respecto de los plazos en los cuales deben cumplirse las obras, no pudiendo el Estado excederse de los términos legales.

El Tribunal, al dictar sentencia manifestó y en concordancia a lo que hemos expuesto anteriormente, que la retrocesión es un instituto reglado por normas específicas que condicionan y dirigen su ejercicio. Precisamente de estas normas, es donde emanan los requisitos procedimentales y sustanciales que deben ser cumplidos, para habilitar la procedencia de la pretensión que se persigue.

¹¹⁸ Ramón V. L. Lo Bianco S.A. c. Provincia de Mendoza s/ sumario. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza. Publicado en La Ley. Cita Online: AR/JUR/35640/2012.

Entre los distintos presupuestos que requieren las normas, se encuentra la reclamación administrativa previa, extremo que la actora no había cumplido. Siguiendo a Dromi¹¹⁹, invocaba que no podía interpretarse como innecesaria dicha etapa, aduciendo una voluntad negativa o implícita del Estado, exteriorizada o presumida su exteriorización, por otros actos, hechos u omisiones. Así, *“Por inequívoco que se presume el cambio de destino o el sin destino de utilidad pública, que contenía la ley expropiatoria, corre siempre a cargo del impugnante la prueba de la frustración del mismo. Y entre estas pruebas y medidas previas, la interpelación o reclamación administrativa y su consiguiente denegación por transcurso del plazo, configuran una etapa obligatoria ineludible que opera como control administrativo del obrar estatal”* (según cita al aludido autor).

Por tal motivo, concluyó en lo referente al presente argumento que la interpelación es un requisito obligatorio, que integra una etapa procedimental previa, administrativa, no jurisdiccional, de control y fiscalización del quehacer administrativo por parte del mismo Estado. El cumplimiento de esto, produce además otros efectos jurídicos específicos en el proceso de retrocesión, tales como la fijación del plazo para promover la acción, la determinación del acto impugnante y la posibilidad de que se evite una contienda judicial, entre otros.

En lo referente a la falta de prueba respecto de la frustración del destino, reflexionó que evidentemente las obras no estaban culminadas, pero aun así no se había logrado acreditar con ello la frustración del destino, razón por la cual la retrocesión no era procedente.

Como había anticipado anteriormente, el presente fallo es muy rico en cuanto a dos extremos sumamente imprescindibles que hacen al derecho de retrocesión: la intimación/reclamación administrativa previa, y la prueba del cambio de destino o frustración del mismo.

En el primer supuesto, coincidimos plenamente en que la instancia administrativa es un requisito no solo formal, sino de fondo de la pretensión, sin el cual la acción no puede prosperar. Recordemos que la finalidad de la misma, no es otra que evitar precisamente la instancia judicial, y poner en peligro obras u otras acciones necesarias para la satisfacción del bien común de toda la sociedad; permitiendo a la Administración poder tomar las medidas conducentes para reencaminar su accionar a los efectos de satisfacer la manda legal expropiatoria, o en todo caso acudir al avenimiento para devolverle al expropiado los bienes.

En lo que respecta al segundo supuesto en discusión, esto es la prueba de la frustración del destino, creemos que resulta sumamente vital la reclamación administrativa/intimación previa a los efectos de poder cumplimentar este supuesto, y que también recae sobre quien alega un incumplimiento, la prueba del mismo (en la medida que sea posible para la parte).

Sin perjuicio de ello, no podemos pasar por alto que de las mismas constancias del expediente surgía claramente que el bien expropiado había pasado al dominio estatal en el año 1999, y que hasta el dictado de la correspondiente sentencia de Cámara (2012) aún no se habían terminado las obras. A nuestro criterio, no puede escapar a los jueces que aún luego de trece (13) años la obra se encontraba inacabada, y en algunas fracciones totalmente paralizada por un largo tiempo. Por más complicadas y técnicas que sean las obras públicas, las mismas deben atenerse al plan efectuado a tal fin y si el Estado lo incumple, debe ser responsable por ello.

IV.b).- FALLO “FIRA S.A”

El otro precedente que juzgamos atractivo para la finalidad propuesta, son los autos “Fira S.A. c/ La Nación – Secretaría de Cultura s/ retrocesión”¹²⁰.

La Ley 17.569 había declarado sujetos a expropiación los inmuebles situado en la Avenida Callao N° 628 y en la Calle Riobamba N° 623 al 627, 641 y 647, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el objeto de ser empleados como sede de la “Escuela Nacional de Comercio N° 2 `Dr. Antonio Bermejo”.

¹¹⁹ Dromi, José R. “Acción de retrocesión. Presupuestos procesales y sustanciales”. La Ley, 1975-A, pp. 154-161.

¹²⁰ Fallos CSJN. 23:XLVI

Si bien por Resolución del Ministerio de Cultura y Educación N° 1.161 del 9/12/1968 parte de la edificación habían sido destinadas al Museo Nacional de Arte Oriental (realizándose ciertas obras de adaptación), lo cierto es que por Resolución N° 377 del 24/6/1976 se dejó sin efecto la mencionada decisión en virtud que la modificación realizada, había podido entenderse como una violación a la ley expropiatoria, al cambiársele el destino proyectado.

Así las cosas, el 10 de Enero de 1977 la firma F.I.R.A se presentó ante la Administración en su carácter de ser la anterior propietaria del inmueble, solicitando información respecto del destino asignado al bien y las correspondientes obras que debían ejecutarse. Dado el tiempo transcurrido desde la expropiación (8 años), dejó plasmada su intención de promover la retrocesión, incoando a su vez, la intimación prevista en el Artículo 39° de la Ley N° 21.499.

La Administración, teniendo en consideración otorgarle al inmueble otro uso además del de establecimiento escolar, promovió la sanción de la Ley N° 21.754m, la cual dispuso: *“además del destino fijado en dicha ley, podrá ser también destinado a otros servicios educacionales y/o culturales dependientes del Ministerio de Cultura y Educación...”*.

El 1 de Marzo de 1978, la empresa antes aludida vuelve a presentarse; pero esta vez considerando que no se estaba cumpliendo con la norma primigenia que había dispuesto la sede de la “Escuela Nacional de Comercio N° 2 `Dr. Antonio Bermejo”, razón por la cual solicitó que se le devolviera la propiedad *“del lote con frente a Callao”*.

Sin perjuicio de ello, mediante Resolución N° 1050/78 del 24/8/1978 se dejó sin efecto la N° 377/76, destinándose el sector del inmueble con frente a la Avenida Callao al Museo Nacional de Arte Oriental, quedando el fondo remanente del lote y los restantes solares sobre la calle Riobamba para la construcción de la citada Escuela.

Finalmente ante una dilatada etapa administrativa, la firma “Fira S.A.” inició acción de retrocesión en virtud que, según su criterio no se había dado cumplimiento a las disposiciones legales supra reseñadas. A su entender, el destino declarado por la Ley N° 17.569 había sido cumplido respecto del bien de la calle Riobamba, pero no con relación al de la Avenida Callao.

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 5, rechazó la demanda, criterio que fuera confirmado por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.

La Corte Suprema consideró con mucha atención los informes periciales los cuales refirieron que ambos inmuebles se encontraban *“física, funcional y permanentemente”* conectados desde la entrada de la Avenida Callao hasta la ubicada en la calle Riobamba. Por lo tanto, los alumnos podían ingresar tanto por Callao, como por Riobamba.

Así el Tribunal entendió que se había dado cumplimiento al objeto de la expropiación, pero que *“no obstaba a lo expuesto de que -previamente al perfeccionamiento de la expropiación- el Estado Nacional haya intentado modificar el destino del inmueble mediante el dictado de diversas resoluciones, que disponían la instalación del “Museo de Arte Oriental”... ni tampoco que se haya dictado la ley 21.754, que dispuso la ampliación de los alcances de la ley 17.569 en el sentido de que el inmueble sito en la Avenida Callao 628 “podrá ser también destinado a otros servicios educacionales y/o culturales dependientes del Ministerio de Cultura y Educación”, por lo tanto las normas cuestionadas por la actora no le habían ocasionado un perjuicio concreto.*

V.- PRESCRIPCIÓN

Continuando con el análisis propuesto, llega el momento de pasar al estudio de la cuestión de la prescripción de la acción de retrocesión. Seguramente, uno de los puntos más discutidos de este instituto, donde existen infinidad de posturas al respecto a las cuales nos remitiremos a continuación.

En primer lugar debemos tener presente que en principio, las normas de derecho público pueden regular un régimen específico para la prescripción de las acciones administrativas, y a falta de norma expresa de derecho público, regirán las disposiciones contenidas en el Código Civil¹²¹, en tanto sean compatibles con la cuestión de derecho público que se debate.

Así en el régimen establecido por la Ley N° 21.499 la prescripción de la acción de retrocesión ha sido establecida en tres (3) años *“desde que, habiendo quedado perfeccionada la expropiación en la forma prevista en el artículo 29, al bien se le dio un destino ajeno al que la determinó, o desde que no habiéndosele dado al bien destino alguno, hubieren transcurrido los plazos previstos en los artículos 35 y 39.”*, debiendo dejar aclarado que iniciadas las etapa administrativa previas (intimación fehaciente o reclamo administrativo previo, según el caso) quedará suspendido el curso de la prescripción.

En el orden local por ejemplo, la prescripción de la acción de retrocesión en la Provincia de Jujuy es de 10 (diez) años.

Como hemos estudiado previamente, la Ley N° 13.264 al no regular la acción de retrocesión, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se habían producido infinidad de debates sobre esta cuestión, algunos de los cuales todavía se encuentran vigentes. Con carácter preliminar a proceder al examen de los diversos criterios sobre el asunto planteado, es necesario mencionar nuevamente, que los mismos prevalecerán en caso de no existir regulación legal local al respecto.

- Prescripción de 3 (tres) años

Esta postura está basada en el Artículo 1.381 del Código Civil para la retroventa. Considera que la retrocesión es una figura análoga a la venta con pacto de retroventa (venta forzosa sometida a condición resolutoria), razón por la cual habría que aplicar el plazo mayor que fija el Artículo reseñado (3 años).

Como podemos observar, existe en esta postura una evidente idea que la expropiación es un instituto de naturaleza mixta, regida en parte por el derecho público, y en otra por el derecho privado, concibiéndola como una venta forzosa.

Si bien, en el Capítulo I del presente trabajo nos hemos referido ya a la naturaleza jurídica de la expropiación (al cual nos remitimos), esta posición no tuvo mucha recepción en la jurisprudencia, y en la doctrina el máximo exponente fue Villegas Basavilbaso¹²².

La crítica hacía esta doctrina apunta principalmente en que la expropiación no es un instituto de naturaleza civil, ni mixto, sino regido íntegramente por el derecho público (y en tal sentido, tampoco la retrocesión); razón por la cual no pueden ser aplicables las disposiciones del Código Civil respecto de la retroventa. Además, el plazo que establece el Código Civil en el Artículo 1.381 es de caducidad, y no de prescripción¹²³.

Pero aún así, sin tener en consideración lo supra expuesto, no es menor apreciar que el Artículo citado no es aplicable para las cosas muebles¹²⁴, extremo que ayuda a afirmar que este supuesto no puede tener cabida dentro de la retrocesión.

¹²¹ Conf. José R. Dromi. "Derecho Administrativo". Ediciones Ciudad Argentina. Año: 1997. Página: 681. Del mismo autor, "La Ley Nacional de Expropiaciones N° 21.499". Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Año: 1977. Página: 181. Juan Alberto Casas y Horacio J. Romero Villanueva. "Expropiación. Ley 21.499. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales.". Astrea. Año: 2005. Página: 183.

¹²² Conf. Benjamín Villegas Basavilbaso. "Derecho Administrativo". TEA. 1956. Tomo VI. Página: 462.

¹²³ Así es la crítica realizada por Diez, ver: Manuel María Diez. "Derecho Administrativo". Bibliográfica Omeba. 1969. Tomo IV. Página: 305.

¹²⁴ Artículo N° 1.380 del Código Civil: "Las cosas muebles no pueden venderse con pacto de retroventa.".

- Prescripción de 10 (diez) años

Para complicar más aún las cosas, en este supuesto existen dos posiciones: la primera que considera la acción de retrocesión como una acción de naturaleza “personal”, y en atención a lo dispuesto por el Artículo 4.023 del Código Civil, el plazo de prescripción es de 10 años¹²⁵.

Por otro lado, autores como Marienhoff estiman que la acción de retrocesión es de naturaleza “real”, y no “personal” por tal motivo no resulta correcto aplicar el Artículo 4.023 del Código Civil. Por ello, ante la falta de un texto de derecho público que contemple expresamente la cuestión, la acción de retrocesión prescribirá según lo determinado en el Artículo 3.999 del Código Civil referente a la prescripción adquisitiva¹²⁶.

Esto viene a razón que el justo título con que el expropiante adquirió el inmueble ha sido la sentencia definitiva (o en su caso, el avenimiento) que hizo lugar a la expropiación y su buena fe surge de la existencia de la ley que autorizó la expropiación y de los propósitos que motivaron su sanción, de destinar el bien a la construcción de la obra pública, propósitos que por lo menos existieron al promoverse el juicio y obtener la posesión.

Otro sector de la doctrina, desapruueba lo exhibido en cuanto sostiene que la acción de retrocesión se rige por el derecho público, y el derecho privado, esto es las normas del Código Civil deben ser aplicadas en forma supletoria.

Así para hacer valer la prescripción adquisitiva del Artículo 3.999 antes comentado, es vital que el que va a prescribir posea un bien que pertenezca a un tercero. En este caso, el bien expropiado ya es propiedad del Estado, razón por la cual no se configuran los recaudos establecidos en el Código Civil para la aplicación de las disposiciones sobre la prescripción adquisitiva. No puede prescribir quien ya posee el bien a título de dueño¹²⁷.

- Prescripción de 20 (veinte) años

Canasi es considerado el principal defensor de esta postura, el autor manifestaba que en la acción de retrocesión resultaba de aplicación los términos del Artículo 4.015 del Código Civil¹²⁸, cuando el expropiador hubiera adquirido el dominio del bien por posesión tranquila, continua e interrumpida, *animus domini*, de un bien particular, actuando en este caso de la misma forma y con los mismos derechos que cualquier poseedor particular, derecho que puede ser esgrimido como acción posesoria de adquirir o de excepción liberatoria, con los mismos efectos¹²⁹.

Sin perjuicio de ello, es necesario mencionar que el citado autor también considera procedente en determinados supuestos la imprescriptibilidad de la acción de retrocesión por parte del expropiado, pero la misma puede extinguirse o perderse indirectamente cuando al no ejercicio de la acción va unida la posición *ad usucapione* del expropiador¹³⁰.

¹²⁵ Artículo N° 4.023 del Código Civil: “Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial.”.

¹²⁶ Conf. Miguel S. Marienhoff. “Tratado de Derecho Administrativo”. Abeledo-Perrot. Año: 1973. Tomo IV. Página: 399. Igual que José R. Dromi. “Derecho Administrativo”. Ediciones Ciudad Argentina. Año: 1997. Página: 681. Del mismo autor, “La Ley Nacional de Expropiaciones N° 21.499”. Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Año: 1977. Página: 181.

¹²⁷ Conf. Manuel María Díez. “Derecho Administrativo”. Bibliográfica Omeba. 1969. Tomo IV. Página: 305. En igual sentido: Juan Alberto Casas y Horacio J. Romero Villanueva. “Expropiación. Ley 21.499. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales.”. Astrea. Año: 2005. Página: 183.

¹²⁸ Artículo N° 4.015 del Código Civil: “Prescribese también la propiedad de cosas inmuebles y demás derechos reales por la posesión continua de veinte años, con ánimo de tener la cosa para sí, sin necesidad de título y buena fe por parte del poseedor, salvo lo dispuesto respecto a las servidumbres para cuya prescripción se necesita título.”.

¹²⁹ Conf. José Canasi. “Derecho Administrativo”. Depalma. Año: 1977. Volumen: IV. Páginas: 95/98.

¹³⁰ Conf. José Canasi. “Tratado Teórico Práctico de la Expropiación Pública”. Sociedad Anónima Editora e Impresora. Segunda Parte. Año: 1967. Páginas: 859/860.

- Imprescriptibilidad de la acción de retrocesión

Finalmente, las posturas más modernas consideran que el Estado no puede adquirir por prescripción un bien privado (ya sea liberatoria, o adquisitiva). En el caso de la prescripción liberatoria, la acción de retrocesión es imprescriptible ya que el expropiante, no puede dejar de cumplir con la manda legal que determinó el destino de utilidad pública. No puede desconocerlo por el simple transcurso del tiempo, razón por la cual este instituto (el de la prescripción liberatoria) es inaplicable.

En tanto a la prescripción adquisitiva, si bien ya nos hemos expedido al respecto para rechazar su aplicación, agregamos que no se puede adquirir un bien expropiado que ha estado ocupado y destinado de hecho al dominio público, por medio de la prescripción adquisitiva y el uso tranquilo, continuo e interrumpido de cualquiera que sea el plazo.

Así la acción de retrocesión será imprescriptible en tanto no se cumpla con el destino de utilidad pública a que el bien ha sido afectado por ley. La acción, siempre resultará procedente en tanto el destino impuesto por la ley expropiatoria sea cumplido¹³¹.

Mención especial merece Fiorini, quien en un principio estimaba que cuando la Administración viola el mandato legal impuesto en la norma expropiatoria al no destinar el bien expropiado a la finalidad establecida, no puede concebirse que se interponga contra esa desviación la excepción prescriptoria. En tal sentido y según el criterio del autor, la retrocesión siempre debería imponerse dado que con el accionar ilícito de la Administración se produce un acto inconstitucional, contrario a la Constitución y por lo tanto el mismo no puede ser salvado mediante la prescripción¹³².

Posteriormente, pero anterior a la sanción de la Ley N° 21.499, el susodicho autor afirmaba que el principio de imprescriptibilidad de la acción de retrocesión no debía tener carácter absoluto, debido a que las causales de la retrocesión no son todas iguales, siendo indispensable distinguir las acciones de la Administración que motiven la retrocesión.

En tal sentido, según su parecer toda acción imprescriptible posee fundamentos en razones de interés público y defensa de la moralidad pública, y el legislador atendiendo dichos principios, debía establecer un régimen jurídico prescriptorio sobre la retrocesión, considerando las distintas causales y procedimientos especiales. Así si bien el derecho público no puede establecer la imprescriptibilidad de las acciones de derecho de las personas, concluye afirmando que correspondería establecer un régimen distinto del establecido en el Código Civil para la prescripción, el cual no posee analogía con las situaciones que presenta la retrocesión¹³³.

V.a).- LA PRESCRIPCIÓN Y EL FALLO “FILCROSA”

Anteriormente, hemos comentado que la expropiación es un instituto de naturaleza local, razón por la cual tanto la Nación como las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se encuentran facultadas para dictar sus propias normas en sus propios territorios de acuerdo a sus debidas competencias. En igual sentido, corresponde expedirse con relación a la retrocesión.

Ahora bien, este principio es absoluto? La Nación (mediante leyes especiales), las Provincias y la Ciudad de Buenos Aires pueden apartarse de lo dispuesto en el Código Civil en materia de prescripción?

Filcrosa¹³⁴, fallo sumamente discutido actualmente, estableció ciertos principios en materia de prescripción como por ejemplo que “*ya ha sido resuelta por esta Corte en varias oportunidades, en las que*

¹³¹ Así se expresa un sector importante de la doctrina, ver: Manuel María Diez. “Derecho Administrativo”. Bibliográfica Omeba. 1969. Tomo IV. Página: 305. Juan Alberto Casas y Horacio J. Romero Villanueva. “Expropiación. Ley 21.499 Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales.”. Astrea. Año: 2005. Página: 183. Alberto G. Spota. “Tratado de Derecho Civil”. Depalma. Tomo I. Volumen 3 (10). Prescripción y caducidad. Página: 60. Germán J. Bidart Campos. “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”. Editorial Edial. Tomo: I-B. 2001. Página: 404 (Apartado 66).

¹³² Conf. Bartolomé A. Fiorini. “Manual de Derecho Administrativo”. Segunda Parte. La Ley. Año: 1968. Página: 894.

¹³³ Conf. Bartolomé A. Fiorini. “Derecho Administrativo”. Tomo II. Abeledo-Perrot. 1976. Página: 173/174.

¹³⁴ CSJN. Filcrosa S.A. s/ quiebra s/ incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda. F. 194. XXXIV.

declaró que las legislaciones provinciales que reglamentaban la prescripción en forma contraria a lo dispuesto en el Código Civil eran inválidas, pues las provincias carecen de facultades para establecer normas que importen apartarse de la aludida legislación de fondo, incluso cuando se trata de regulaciones concernientes a materias de derecho público local (Fallos: 175: 300; 176:115; 193:157; 203:274; 284:319; 285:209 y 320:1344).” (el subrayado me pertenece).

“...la prescripción no es un instituto propio del derecho público local, sino un instituto general del derecho, lo que ha justificado que, en ejercicio de la habilitación conferida al legislador nacional por el citado art. 75, inc. 12, éste no sólo fijará los plazos correspondientes a las diversas hipótesis en particular, sino que, dentro de ese marco, estableciera también un régimen destinado a comprender la generalidad de las acciones susceptibles de extinguirse por esta vía.” (el subrayado me pertenece).

Así las cosas la prescripción, según esta concepción de la Corte involucra aspectos que se vinculan estrechamente con el derecho de propiedad, derecho que se encontraría comprendido dentro de las facultades que las Provincias han delegado a la Nación. Así, como ciertas materias como la prescripción comprometen de forma total a la seguridad jurídica, las Provincias la habrían delegado con el fin de asegurar que una ley común y única rija para todo el territorio de la República Argentina, a los fines de promover las relaciones entre sus integrantes. Por tales motivos, no les correspondería a las Provincias, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ni a los Municipios, dictar leyes incompatibles con el régimen establecido en los Códigos de Fondo.

Con lo reseñado supra, destacamos que si bien la Corte, ni tampoco Tribunales Superiores locales se han expedido en forma análoga a “Filcrosa” en materia de retrocesión, creemos que dicha doctrina no tiene cabida en esta materia por los siguientes motivos.

En principio, la expropiación como así tampoco la retrocesión se encuentran reguladas en los Códigos de Fondo, siendo menester recordar la nota de Vélez al Artículo N° 2.611 *“Las restricciones impuestas al dominio por solo el interés público... son extrañas al Derecho civil.”*. Además, toda aplicación de disposiciones en materia de prescripción son tomadas por analogía o en forma supletoria de institutos que en nada se asemejan a la expropiación, y aún menos a la retrocesión, como bien expresara Fiorini.

En el supuesto caso que ignoráramos lo expresado anteriormente e igualmente consideráramos de aplicación el Código Civil, esto traería más dudas que certezas a los habitantes de la República Argentina. Para esto, no es menor recordar la situación que se ha experimentado con la Ley N° 13.264: infinidad de criterios al respecto de la prescripción de la acción de retrocesión, generando en consecuencia que el destino del particular afectado, estuviera pendiente del criterio del juez de turno, pudiendo éste considerar prescripta la acción a los 3, 10 o 20 años, según el Artículo del Código Civil que considere aplicable a la cuestión (que dicho sea de paso, el nombrado cuerpo normativo no regula expresamente la expropiación)... reiteramos: **más dudas, que certezas.**

En vez de lograrse la “seguridad jurídica” propuesta por nuestro Máximo Tribunal, a través de la aplicación de una única norma (el Código Civil), se obtendría en consecuencia el efecto inverso: una incertidumbre jurídica desnaturalizando el carácter netamente público de la expropiación al aplicársele normas ajenas al mismo, y vale de paso reiterarlo: de institutos totalmente diferentes, como así también la citada incertidumbre que se generaría en las personas al no poder determinar de antemano, que Artículo del Código Civil girará su suerte.

Si bien reconocemos que resulta bastante engorroso -y hasta confuso- que una misma materia se encuentre regulada de manera heterogénea y dispar en las distintas normas locales, reglamentando cada una de las Provincias un plazo de prescripción distinto (recordemos la diferencia entre la Ley de Expropiaciones jujefa, y la Nacional, por ejemplo). Este criterio, igualmente es preferible antes que depender de la “suerte judicial” que aún en una misma Provincia podría generarse múltiples plazos de prescripción según el Artículo del Código Civil que considere de aplicación los distintos jueces intervinientes.

Con lo expuesto, no tenemos dudas en afirmar que la expropiación al ser un instituto de derecho público, se encuentra y debe ser regulado por ese mismo derecho. Razón por la cual, no pueden traerse materias propias del derecho civil para reglamentar cuestiones ajenas a su naturaleza.

VI.- ACLARACIONES FINALES AL PRESENTE CAPÍTULO

Como puede observarse en el presente Capítulo, hemos dejado algunas materias propias de la retrocesión sin haber sido analizadas (como por ejemplo: legitimación de la acción, la suma de dinero que deberá devolver el expropiado para poder efectuarse la retrocesión, etc.) esta valoración no ha sido caprichosa, sino que a los fines de realizar un análisis serio, conciso y detallado de los principales elementos (y así también, los que generan mayor debate en la doctrina y en la jurisprudencia) del instituto en estudio, nos propusimos evitar transformar este trabajo en una mera descripción de normas y principios, que no generarían aporte alguno a la ciencia del derecho administrativo.

CAPÍTULO FINAL

CONCLUSIONES

Como hemos podido estudiar a lo largo de todo el presente trabajo, el Congreso (o Legislaturas Provinciales) al momento de efectuar la declaración de utilidad pública debe tener muy en cuenta no solo la finalidad perseguida, sino también que esa finalidad guarde la debida correlación con los derechos y garantías que se encuentran dispuestos en el texto Constitucional. Mejor dicho, la denominada “libertad” que posee el Congreso para determinar la utilidad pública, deberá estar dentro de los límites de los principios, garantías y atribuciones que el orden jurídico ampara dentro de la Constitución.

Suponer lo contrario, esto es, que el Legislador posee la plena potestad para actuar y restringir derechos de los particulares a su antojo, sería considerar que puede ir contra el orden Constitucional. Como bien sabemos, ninguno de los denominados “Poderes” puede actuar libremente, sino sujetos al orden jurídico vigente.

Será precisamente cuando la causa expropiatoria no guarde su debida correlación con todo el ordenamiento jurídico, que los particulares podrán recurrir a los estrados judiciales a fin que se garanticen y protejan sus derechos.

Como bien hemos visto y analizado, la jurisprudencia ha sufrido unos cuantos vaivenes en cuanto a la judicialización de la calificación de utilidad pública, abriéndose camino hasta el criterio actual en que los actos del órgano legislativo solo son judicialmente revisables cuando en ellos se advierta una evidente arbitrariedad, irrazonabilidad o vulneración grave a las finalidades constitucionales, o directamente cuando no exista el supuesto de utilidad pública en la expropiación intentada.

Pero debemos ser muy cautos: con lo que hemos venido afirmando no queremos decir que el Poder Judicial pueda entrometerse en las facultades inherentes al Poder Legislativo. Nada más alejado de la realidad. Los jueces no pueden “revisar” la oportunidad, mérito o conveniencia que lleva aparejada la declaración de utilidad pública, sino que su función está limitada únicamente a evaluar lo que hemos expuesto supra: si efectivamente existe una utilidad pública en la declaración efectuada por ley, o por el contrario hay maniobras extrañas que no conciben con la manda constitucional y vulneran las garantías y derechos de los particulares (caso por ejemplo como el del Sr. Ferrario que hemos estudiado).

Los jueces, no son legisladores y por lo tanto no puede reemplazar la declaración efectuada por el Congreso por otra según su parecer y entender. En su carácter de guardines del ordenamiento jurídico, corresponde que declaren la inconstitucionalidad de la norma cuestionada y retrotraigan la situación al momento anterior de la declaración, en caso de ser posible.

En conclusión, como bien nos enseñaba Fiorini: *“La apreciación del legislador para dictar estas leyes expropiatorias deberá hacerla dentro de la Constitución y nada más. Una ley de expropiación no puede borrar los principios de juridicidad que contiene toda la Constitución en cumplimiento de la validez de las normas...”*¹³⁵.

En tal sentido, sin lugar a dudas podemos afirmar que toda causa de utilidad pública debe indefectiblemente cumplimentar una serie de pautas:

En primer lugar, la expropiación debe ser entendida como la “última ratio” entre las diversas limitaciones que el Estado puede llevar a cabo, a los fines de alcanzar el bien de común de la sociedad. Lo expuesto, no es caprichoso, recordemos que la expropiación tiene como finalidad alterar las condiciones de “*exclusiva, perpetua y absoluta*” que integran la propiedad. Razón por la cual, antes de ser llevada a cabo es menester que el Estado evalúe adecuadamente, si es posible lograr los fines supremos propuestos a través de otros medios.

¹³⁵ Conf. Bartolomé A. Fiorini. “Derecho Administrativo”. Tomo II. Abeledo-Perrot. 1976. Página: 146.

En caso de no ser posible esto, resultando a todas luces la expropiación el instrumento más idóneo para el objetivo propuesto por el Estado, nos encontraremos que hace presencia la segunda pauta: Una Ley emanada por el Congreso debe disponer la necesidad de utilidad pública del bien sujeto a expropiación. Debiéndose delimitar precisamente, no solo el objeto en sí, sino también la llamada “utilidad pública” con el objetivo de descartar toda posible “desviación de poder” y/o fines diferentes al bien común.

Es en las premisas antes señaladas donde notamos fuertemente los elementos de “razonabilidad” y “proporcionalidad” que indefectiblemente debe poseer la ley expropiatoria. Si la misma, no es razonable, ni así tampoco proporcional como los fines que intenta alcanzar, la misma resultaría inconstitucional.

En último lugar, esa “utilidad pública” debe ser respetada por el expropiante, sin poder alterarla hasta que la misma se haya sido satisfecha. Esto es, como hemos ya estudiado, la imposibilidad de darle un destino diferente (o no darle ninguno) a los bienes expropiados del expresamente establecido en la norma expropiatoria.

Es por ello que concebimos a la utilidad pública, como una garantía con la que cuentan los particulares para evitar medidas irrazonables, arbitrarias o despóticas de parte del Estado, que afecten su derecho a la propiedad privada garantizado, por el Artículo 17° de la Constitución Nacional.

Si alguno de los elementos anteriormente mencionado se corrompe, es ahí donde el Derecho de Propiedad resurge con todas sus fuerzas, para reestablecer el orden público violentado, permitiéndole así a los expropiados recuperar su propiedad.