
La expropiación por causa de utilidad pública —vista con lentes nuevas—*

Jorge Luis Bastons*

Resumen

Luego de exponer sobre el derecho de propiedad y el interés público, y puesto que la figura de la expropiación quedó en 2015 fuera del Código Civil y Comercial de la Nación, el autor analiza la expropiación a la luz de la definición estandarizada de Derecho Administrativo. La cual nos dice que es la rama del Derecho Público interno que estudia las tres funciones del Poder Ejecutivo con más la función materialmente administrativa de los otros dos Poderes del Estado. Fue cuestión de cotejar las posibilidades casuísticas de la expropiación con las funciones propias y materiales de cada uno de los tres Poderes estatales para concluir: que la mayor parte de la mentada casuística queda por fuera de la competencia material y académica del Derecho Administrativo. Sencillamente porque el Derecho Administrativo no tiene cabida frente al normal ejercicio de la función legislativa del Poder Legislativo, ni ante la función jurisdiccional del Poder Judicial. Por ende, el grueso de la figura de la expropiación se corresponde mucho más con el Derecho Constitucional y con el Derecho Público Provincial y Municipal (según la expropiación se dé en el ámbito nacional, provincial o local) que con el Derecho Administrativo (que solamente opera ante el avenimiento del expropiado).

Palabras clave: Derecho de Propiedad; Interés Público; Expropiación; Utilidad Pública; Derecho Administrativo.

* El presente estudio se basa en trabajos previos del autor.

** El autor es abogado por la Universidad Nacional de La Plata (UNLP) y Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Católica de La Plata (UCALP). Fue secretario de Investigación y de Postgrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCALP. Es Profesor Titular de “Empleo Público y Derecho a la Seguridad Social” en la “Especialización en Abogacía del Estado” en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE), y Par Evaluador de las carreras de grado de Abogacía por la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (CONEAU). Litigó ante el Tribunal Administrativo del Banco Interamericano de Desarrollo (Washington DC., USA). Es director y autor de siete libros de Derecho Público, así como de numerosos artículos de doctrina jurídica. Es fundador y director de la Revista Federal de Derecho (RFD), www.ijeditores.com.ar.

I. Introducción

La idea central de esta pequeña investigación es tratar de determinar a qué rama o ramas del Derecho corresponde actualmente el instituto de la expropiación, lo cual constituye un tópico de renovada relevancia académica a partir de la exclusión de dicho instituto del Código Civil y Comercial de la Nación a mediados de 2015.

Por lo tanto, cual émulos de Karl Popper, haremos las comprobaciones del caso para ver y rever si lo que era hasta ayer, continúa siendo hoy como antaño. O bien, si es preciso cambiar de premisas o incluso de paradigma, para la mejor comprensión del instituto en estudio.

Así las cosas, nos adentramos en los misterios de esta apasionante figura legal con la mayor inocencia y frescura posible, aunque con la certeza y alegría de traer razonamientos y conclusiones nuevas, que podrán abrir un auspicioso camino al más justo desenvolvimiento formal y material de la expropiación por causa de utilidad pública.

II. El derecho de propiedad privada y el interés público

48

Diversos pensadores occidentales, desde Aristóteles a Santo Tomás, Calvino, Lutero, Bodin, Hobbes, Blackstone, Mirabeau, Montesquieu, Locke y Hume, entre tantos otros, encontraron sumamente virtuosa a la propiedad privada. En 1897, decía Joaquín V. González:

Siendo los bienes los objetos de que se sustenta toda vida y toda institución humanas, la propiedad en general ha sido la base del orden público, de la creación de los gobiernos y de todas las empresas de los hombres. No es tampoco absoluta, como derecho, porque está subordinada a las necesidades de la comunidad, en las condiciones de la Constitución. Así, ésta, fundada en el derecho natural y positivo, la ha limitado para los grandes fines siguientes: para el mantenimiento del gobierno, y para promover el bienestar general. Esta limitación fundamental, nacida con toda organización y cultura, se realiza en dos formas prácticas diversas, las contribuciones y las expropiaciones, que a su vez asumen distintas y múltiples especialidades.¹

Tan elevada consideración es sintetizada por Dietze:

Los grandes documentos de las revoluciones democráticas redactados en el siglo XVII o en el XVIII en Inglaterra, Estados Unidos o Francia consideran que el derecho de propiedad es igual a cualquier otro derecho liberal tal como la libertad de expresión, de prensa y de reunión. Este hecho no es sorprendente. Al

¹ González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ed. Ángel Estrada y cía., 1897, pto. 122, p. 133.

asignar al derecho de propiedad una posición que no es inferior a la que ocupan otros derechos, las revoluciones democráticas simplemente admiten que es obvio y que a través del tiempo se ha venerado el hecho de que la propiedad sea un derecho natural, un prerequisite de la vida y de la libertad. Esta actitud refleja la aprobación no sólo de la ley natural sino de la costumbre ya que, a pesar de que el derrocamiento del antiguo régimen significó un rechazo de muchas instituciones tradicionales, no obstante, la institución de la propiedad privada sobrevivió. Se demostró que ésta era completamente natural y esencial para la vida y libertad, y por lo tanto no podía ser rechazada. Se la consideró intrínseca a la civilización y, por ende, eminentemente civil e imposible de desechar.²

El derecho de propiedad es un valor de tan alta valía dentro del pensamiento occidental, que para John Locke es la piedra basal alrededor de la cual se funda la legitimidad del poder de la monarquía constitucional del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, ya que la Corona sólo se ganaba el derecho al mando si era capaz de proteger, entre otros derechos fundamentales, la propiedad privada de sus súbditos. Según Locke el individuo poseía un derecho natural de propiedad, con ello quedaba claro que tal derecho no necesitaba del acuerdo de los hombres para ser protegido, sino que gozaba de protección por ser un derecho natural. De tal manera: “Puesto que el gobierno había sido instituido sobre todo para la protección de la propiedad, podía ser abolido por una revolución si violaba arbitrariamente la propiedad”³.

49

El Código Civil y Comercial de la Nación dice en su artículo 15 que las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio. En tanto, su artículo 16 establece que el derecho constitucional de propiedad de las personas puede recaer sobre bienes susceptibles de apreciación económica y específica inequívocamente: 1) que los bienes materiales se llaman cosas, y 2) que las disposiciones referidas a las cosas son aplicables a la energía, así como a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre.

Los bienes susceptibles de apreciación económica son los que conforman el patrimonio de la persona como una “universalidad de derecho”. Por lo tanto, el patrimonio en sentido jurídico, implica el “activo” y el “pasivo” de la persona. En cambio, desde una perspectiva económica, el patrimonio solo está constituido por el patrimonio neto, vale decir, por la diferencia existente entre su activo y su pasivo. En este último sentido, una persona solo tendrá patrimonio si el resultado de dicha diferencia diera saldo positivo. En cambio, para el Derecho, siendo el patrimonio una universalidad, es un todo que abarca tanto al activo como al pasivo de la persona.

² Dietze, Gottfried, *En defensa de la propiedad*, Buenos Aires, Centro de Estudios sobre la Libertad, 1988, pp. 31-43 y 92-93.

³ Dietze, op. cit., p. 41.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Bourdieu Pedro c/ Municipalidad de la Capital”, sostuvo que el derecho de propiedad (o la propiedad a secas):

... cuando se emplea en los artículos 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. Los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien del dominio público (derecho a una sepultura), o de los que reconocen como causa una delegación de la autoridad del Estado a favor de particulares (empresas de ferrocarriles, tranvías, luz eléctrica, teléfonos, explotación de canales, puertos, etc.) se encuentran tan protegidos por las garantías consagradas en los artículos 14 y 17 de la Constitución como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio⁴.

50

Comprobada entonces la alta valorización del derecho de propiedad sustentado tanto por nuestro ordenamiento jurídico como por la Filosofía Política iluminista que desde un principio lo anima⁵, resultará obviamente necesario contar con un fundamento de gran envergadura económica y social para poder cercenarlo. Naturalmente, ese contrapeso, ese contravalor o valor superior del ordenamiento jurídico, no podía ser otro que el “bienestar general” y sus variopintas fórmulas hermanas, tales como: el bien común, el interés general, la utilidad pública o la salud pública, entre otras menos apropiadas por su potencial y peligrosa deriva demagógica, como la felicidad del pueblo.

Ahora bien, al respecto cabe tener en cuenta que la exigencia de la “utilidad pública”, impuesta por el artículo 17 de la Constitución como causal de expropiación, ha sido caracterizada por las leyes de la Nación y de las provincias en distintas formas, aun cuando en alguna se haya conservado la expresión constitucional sin aditamentos⁶. En función de ello, Villegas entendía que ciertas constituciones provinciales vulneraban el derecho de propiedad mediante un ensanchamiento de los alcances del derecho a expropiar, al entender que algunas de ellas utilizaban fórmulas de actuación estatal como “el interés general”, o los “fines

⁴ CSJN, *Fallos*: 145:307 (1925).

⁵ Sin perjuicio de otras influencias ideológicas que, cual oleadas, se fueron incorporando a la letra y al espíritu de nuestra Constitución Nacional.

⁶ Paso, Ricardo, *Ley general de expropiaciones de la Provincia de Buenos Aires*, Mar del Plata, Sendero Jurídico, 2015, p. 74.

de perfeccionamiento”, o bien “para satisfacer una exigencia determinada por el perfeccionamiento económico social”, etcétera, puesto que las mismas no se condecían con la redacción literal del artículo 17 de la Constitución, que en dicho marco interpretativo, y siempre según este autor, solo admitiría la expropiación por causa de utilidad pública⁷. A la fecha no conocemos a ningún doctrinario que sostenga dicha postura, manifiestamente superada.

Dando entonces por aclarada la cuestión precedente, y entendiendo por tanto la plena vigencia de la indiscutible sinonimia de las diversas expresiones habilitantes y motivadoras por antonomasia del obrar estatal, como la “utilidad pública”, el “bienestar general”, el “interés colectivo”, el “interés público” y el “perfeccionamiento social”, entre otras, sostenemos con Escola la siguiente comprensión del “interés general”:

Es el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría (...) apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual, o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración (...) La definición propuesta (...) sólo nos brinda una noción formal de la noción de interés público, carente de todo contenido, pero que -por ello mismo- tiene validez general, y puede ser aplicada en todo tiempo y lugar para distinguir el objeto definido⁸.

51

La posibilidad de restringir o, mejor dicho, de armonizar derechos, resulta del artículo 14 de nuestra Constitución Nacional, que establece que todos los derechos deben ser ejercidos conforme a las leyes que los reglamenten, lo que en concreto implica fijarles límites materiales al ejercicio de los derechos⁹.

Ekmekdjian expresa que la “función estatal” de reglamentar o restringir los derechos individuales presenta tanto limitaciones de fondo como de forma¹⁰. En lo que aquí nos concierne, el requisito de fondo para poder obligar a que alguien ceda su derecho de propiedad es la necesaria existencia de una causa de utilidad pública que no podría satisfacerse de otra forma, o bien que existiendo otras maneras, ellas resulten más gravosas al Fisco y por tanto a la sociedad civil que con sus impuestos lo sostiene. Mientras que el requisito de forma está constituido por una

⁷ Villegas, Walter, *Régimen jurídico de la expropiación*, Buenos Aires, Depalma, 1973, p. 36.

⁸ Escola, Héctor J., *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 249-251.

⁹ El diccionario de la lengua de la Real Academia Española expresa puntualmente que la ablación es el sacrificio o menoscabo de un derecho.

¹⁰ Ekmekdjian, Miguel Á., *Manual de la Constitución argentina*, 6ª ed., 1ª reimp., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, pp. 267-268.

ley del Congreso Nacional o de las legislaturas provinciales (conforme al reparto de competencias establecido en la propia Constitución Nacional o Provincial de que se trate) que declare la utilidad pública de la expropiación, lo cual incluso podría darse mediante normas habilitantes de inferior rango conforme esté estructurado el derecho público local en cada caso.

En términos históricos, la idea o concepto de ley como sinónimo de freno al poder, se relaciona con la aparición de la Carta Magna de 1215¹¹, entre otros tantos textos que de manera manifiesta o tácita se basan en la noción de la ley formal como límite a la voluntad del poder. Esa noción de buscar frenar y balancear al poder vendrá primero de la mano de los nobles que se oponían al empoderamiento absoluto de los reyes, y más luego, revoluciones liberales de por medio, de la mano de la voluntad de las mayorías populares. A partir de allí, la soberanía popular será tanto fuente de legitimidad de los poderes constituidos, como valladar frente a los abusos del Estado.

Por eso mismo, debe tenerse presente que cuando la Constitución Nacional habla de “forma republicana de gobierno” se refiere a que el pueblo es la única fuente de la autoridad política (es decir, que se basa en la soberanía popular), así como también se refiere al derecho del pueblo a autogobernarse, aunque (ficción mediante) lo haga por intermedio de sus representantes¹². En cambio, al hablar hoy de *república* la entendemos principalmente como división y equilibrio de poderes; sin perjuicio de representar también otras ideas trascendentales del ordenamiento jurídico como la transparencia y la publicidad del obrar estatal, entre otras.

El régimen republicano, conforme lo establece nuestro ordenamiento constitucional, divide la soberanía popular en tres funciones estatales: que se corresponden con los comúnmente llamados Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Poderes que, además de ejercer la función legal típica y característica de cada uno de ellos, también llevan adelante “materialmente” las otras dos funciones, sin que ello colisione con la idea central que da sustento lógico al republicanismo: la fracturación del poder estatal mediante un sistema de frenos y contrapesos que hacen que el poder contenga al poder, que el poder controle y equilibre al poder¹³. Por su parte, la voz *democracia* se incardina con la idea de gobierno y representación, es decir, “como el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”.

En dichas macro-coordenadas, la expropiación es por ley porque allí está

¹¹ Fueron los nobles, los llamados “*primus inter pares*” del Rey de Inglaterra quienes impusieron límites al poder de imperio del Rey, constituyéndose en importantes antecedentes del poder de veto y/o de resistencia de los pueblos como forma de limitar el poder de los monarcas de origen divino.

¹² Lo cual da la sensación que los constituyentes creían y apoyaban la soberanía popular, a la vez que —en cierto sentido— posiblemente también la temieran. Si bien Sarmiento no fue constituyente en 1853, si lo fue en 1860. Seguramente no sea un dato menor que insistiera permanente en la necesidad de “educar al soberano”.

¹³ Montesquieu, Barón de, *El espíritu de las leyes*, Buenos Aires, Altaya, 1993.

expresada la soberanía popular en su máxima expresión institucional. En tal sentido, la expropiación se relaciona con la potestad tributaria del Estado, teniendo en común con esta, que siendo uno y otro institutos restrictivos de la propiedad privada y de la autonomía de la voluntad de los particulares (ya que ambos funcionan sobre la base de la “imposición estatal”), hace a la legitimidad de ambos institutos que sean obligatoriamente establecidos por ley (en tanto expresión de la voluntad general del pueblo). Ergo, la ley luce como el fruto consensuado del Congreso Nacional o las Legislaturas Provinciales, espacios institucionales que representan por antonomasia la pluralidad de voces del pueblo por medio de sus legítimos representantes. Por ende, sólo serán válidas y eficaces aquellas normas de rango inferior que obren de manera complementaria a las referidas leyes sin desnaturalizar sus contenidos.

Ahora bien, hay otros dos aspectos que resulta oportuno traer a colación. Por una parte, así como el principio de nulidad impide la propia declaración de torpeza para los particulares, ello tampoco debería permitirse al Estado cuando no logra alcanzar sus objetivos, salvo que de tal modo se satisficiera el interés general. Sin embargo, de inmediato se olvidan palabras rimbombantes como “excelencia” y “eficiencia”, para resaltar otras más terrenales y seguras como “eficacia” y “estabilidad de los derechos” para no tener que pensar jamás en desandar sus pasos. Con todo, como veremos más adelante, la legislación y la jurisprudencia en materia de expropiación por causa de utilidad pública han marcado razonables límites y garantías ciudadanas frente al obrar estatal. Por otra parte, es prudente destacar que esta temática no solo es jurídica, sino también eminentemente política (aunque la mayoría de los autores elija no hablar de dicho aspecto), por lo que tampoco habrá que descuidar ese frente. Este es un dato muy importante de la realidad, ya que estamos ante uno de los institutos jurídicos más sensibles a los vaivenes y los influjos de la política —e, incluso, de las operaciones de prensa—, que más de una vez malogran la correcta aplicación del derecho¹⁴.

53

III. Expropiación por avenimiento y expropiación judicial. La retrocesión y la expropiación irregular

La expropiación puede ser por avenimiento o judicial. La llamada expropiación por avenimiento es aquella en la cual el expropiado consiente el monto que se le otorga en concepto indemnizatorio por la expropiación del bien de su propiedad (conf. art. 13 de la Ley Nacional n° 21.499 de Expropiación).

A nuestro criterio, la existencia del avenimiento en una expropiación por causa de utilidad pública está muy lejos de poder ser entendida como contrato alguno. En

¹⁴ Hemos expuesto en reiterados estudios sobre la importancia capital de atender al juego de actores e intereses existentes en toda controversia jurídica. Necesidad que se potencia cuando se trata de cuestiones de Derecho Público.

efecto, por más que exista en el avenimiento un mínimo acuerdo de voluntades, para el expropiado siempre ese “acuerdo” o “cesión amistosa” (del que eufemísticamente habla una parte de la doctrina) es, en verdad, el fruto de una expresa imposición legal que, por lo general, el particular acepta “para no perder tanto” y cobrar lo que le ofrecen “lo antes posible” a fin de que el importe no se licúe por inflación.

En palabras bien sencillas, si medió una imposición estatal de origen legal para que alguien ceda a la fuerza un bien de su propiedad, por más que el expropiado acepte el monto ofrecido en concepto indemnizatorio, nos parece que el ejercicio de su voluntad es allí tan mínima y su capacidad de maniobra tan escasa, que hablar de contrato sería degradar ese alto concepto. Por todo ello, pensamos que se trata de una simple aceptación del poder de imperio de la ley, en la que el particular expropiado tiene un estrechísimo margen de decisión¹⁵.

Ahora bien, cuando no hay avenimiento previo del expropiado, entonces se abre una instancia judicial, llamada “expropiación judicial”, a los fines de resolver el conflicto. Dicho proceso judicial debe garantizar los siguientes puntos: la intervención del juez natural de la causa; la desposesión y oportuna entrega de la posesión en tiempo procesal debido; la tasación del bien por un organismo público con tales competencias; la imposición de las costas al expropiante (para no disminuir el *quantum* indemnizatorio); así como el pago de la indemnización en dinero efectivo, con anterioridad al traspaso de la propiedad del bien objeto de la expropiación por causa de utilidad pública.

Ahora bien, en el instituto en estudio no hay solo ventajas en favor del expropiante, por cuanto las propias normas suelen prever “frenos y contrapesos”. Por eso, ante el evidente destino frustrado del bien objeto de la expropiación o ante su cambio de destino, arbitrariedad, abuso de derecho o fraude a la ley de la materia, los mecanismos de la retrocesión y la expropiación irregular o inversa, permiten —respectivamente— lo siguiente: 1) que se desande el camino para que el particular recupere su derecho de propiedad sobre el bien expropiado, en el caso de la retrocesión; o 2) que se obligue al Estado expropiador a cumplir con el pago de la indemnización justa correspondiente, en el caso de la expropiación irregular o indirecta.

La Ley n° 21.499 expresa en sus artículos 35 a 50 que la retrocesión garantiza el reintegro del bien expropiado cuando a este se le diere un destino diferente; o bien cuando no se le hubiere dado ningún destino en el plazo de dos años. Los requisitos para que prospere la retrocesión son: 1) que la expropiación por avenimiento o judicial hubiese sido realizada; 2) que se le haya dado al bien sujeto a expropiación un fin distinto

¹⁵ En contrario, hay autores que entienden que la naturaleza jurídica del avenimiento es un contrato administrativo innominado (Casas, Alberto J. y Romero Villanueva, Horacio, *Expropiación*, 1ª reimp., Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 163).

al previsto en la ley que lo declara de utilidad pública, o que directamente no se le hubiere dado ningún fin; y 3) que el sujeto expropiado le devuelva al Estado expropiador el monto actualizado de lo oportunamente recibido en concepto indemnizatorio¹⁶.

El derecho a la retrocesión y su acción correlativa es imprescriptible, pues hacen de salvaguarda del derecho de propiedad y, más allá de la ley que los reconozca, radican en la propia cláusula constitucional que instituye la expropiación por causa de utilidad pública. Ello explica que dicha acción quede expedita toda vez que el destino de utilidad pública, finalidad relevante en la expropiación, se vea cumplido, trastocado, o de cualquier modo, frustrado. Pero no es obligatoria para el expropiado; es un derecho que puede o no ejercer (...)¹⁷.

Por su parte, la expropiación irregular, indirecta o inversa (art. 51 de la Ley n° 21.499), opera como una garantía de la propiedad contra las vías de hecho de la Administración, de modo que el afectado puede demandar la expropiación en tres supuestos: 1) cuando al haberse sancionado la ley que declara la utilidad pública de un bien, el Estado lo tome para sí sin haberlo indemnizado previamente; 2) cuando el bien en cuestión es indisponible en los hechos a pesar de la existencia de la ley declaratoria de utilidad pública; y 3) cuando a pesar de la existencia previa de la propia ley que declara la utilidad pública de la expropiación, el Estado le imponga una restricción indebida al derecho del particular a recibir la totalidad del precio del bien (o cosa) en concepto de indemnización¹⁸.

55

Lo que caracteriza a una expropiación irregular es que quien reclama procesalmente la efectiva expropiación del bien, es —ni más ni menos— que el propietario de dicho bien o cosa sujeta a expropiación. Vale decir que es el expropiado quien demanda al expropiante, para que este último ejecute la expropiación y cumpla con el pago de la correspondiente indemnización. En cambio, con la retrocesión, lo que se busca es anular la expropiación y así volver las cosas al estado inmediato anterior a la declaración de la expropiación por causa de utilidad pública, lo cual naturalmente presupone que se reintegre el bien a su legítimo propietario, libre de todo ocupante, cargas, gravámenes o servidumbres que lo hubieran afectado con posterioridad a la desposesión. En este punto, conviene tener en cuenta que “...cuando se haya alegado que el valor del bien ha disminuido por actos del expropiante, o aumentado a raíz de mejoras necesarias o útiles introducidas a éste, es necesaria la prueba pericial que determine la existencia de tales alteraciones y de sus causas”¹⁹.

¹⁶ Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp.154-157.

¹⁷ Casas y Romero Villanueva, op. cit., pp.156-157.

¹⁸ Gelli, op. cit., p. 157.

¹⁹ Casas y Romero Villanueva, op. cit., p. 174.

IV. ¿En qué rama del Derecho corresponde situar hoy día a la expropiación por causa de utilidad pública?

El Derecho es siempre uno solo, pero ello no es privativo de la necesidad de analizar dentro de qué coordenadas se desenvuelve (al menos predominantemente) un instituto jurídico, toda vez que contar con esa precisión permite aplicarlo e interpretarlo conforme la lógica o lógicas características de tal o cual rama del Derecho.

Nuestro viejo Código Civil se refirió a la expropiación en los artículos 1324, 2511 y 2512, entendiéndola como una forma de compraventa obligatoria. En la nota al artículo 1324, Vélez Sarsfield pasó revista a las fuentes consideradas para la redacción de este instituto, vale decir, los Códigos de Francia, Italia, Holanda y Luisiana, con más el Derecho Romano, clarificando que la ley especial declarativa de utilidad pública “fijará todas las condiciones de la expropiación, para determinar y pagar el precio, como también lo que ha de expropiarse”.

Ciertamente, la naturaleza jurídica de la expropiación ha sido fuertemente controvertida, tal como resume Ziulu:

... [a]lgunos autores entienden que se trata de una compraventa forzosa. Otros se inclinan por reconocer en ella a una institución de derecho público. Descartamos la primera hipótesis por considerar que el concepto de compraventa forzosa lleva ínsita una evidente contradicción: uno de los elementos fundamentales que caracterizan a toda convención o contrato es el acuerdo de voluntades, que en este caso no existe²⁰.

56

A partir de lo expuesto y máxime luego de la salida del instituto en cuestión del articulado del Código Civil y Comercial de la Nación —en 2015—, consideramos que cabe eliminar definitivamente su pretensa pertenencia conceptual al Derecho Civil²¹. Así las cosas, la cuestión de la pertenencia y pertinencia conceptual de la expropiación se reduce entonces a los otros dos derechos mencionados, el Administrativo y el Constitucional. Por eso, de momento y hasta tanto obtengamos mayores precisiones, calificaremos transitoriamente a este instituto como *sui generis* en virtud de sus diversos y repartidos alcances normativos que buscan encorsetarlo desde la Constitución Nacional, las Constituciones Provinciales, las leyes nacionales, las leyes provinciales e, incluso, las ordenanzas municipales de

²⁰ Ziulu, Adolfo G., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 310.

²¹ Aunque también podría ser que ese dato frío y objetivo de la realidad solo funcione como una suerte de “post-verdad”, es decir, como algo que si bien es cierto, es apenas una parte infinitesimal de una verdad mucho mayor que, por su dimensión e importancia, obnubila y desacredita al primer postulado.

varios ayuntamientos de las más diversas regiones del país²².

Todo lo cual habla a las claras de las dificultades que presenta encuadrar a la expropiación en alguna rama del Derecho. ¿Pero qué caracteriza a un instituto jurídico como perteneciente a una u otra rama del Derecho, y por ende, como perteneciente a una u otra lógica de interpretación o de modalidad de aplicación del Derecho? ¿Es acaso su pertenencia material o territorial la que lo define, o la cuestión pasa por estar dentro o fuera de un soporte físico como una Constitución, un Código de fondo o una norma local? En este punto, ya es un buen comienzo que —al menos en principio— el análisis del instituto quede abrazado por los iuspublicistas, en vez de los civilistas. ¿Pero esa tranquilidad relativa acaso habilita a aplicar las medidas ablatorias del derecho de propiedad que el instituto presupone? ¿Qué resguardos y previsiones han de tomarse y cuales otras habría que tomar, no sólo para garantizar la concreción de la utilidad pública con la expropiación, sino también para la mejor protección del derecho de propiedad de los particulares?

Para Joaquín V. González, cuando la Constitución expresa que: “[l]a expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada”, ello significa lo siguiente:

“... tomar la propiedad del particular para ser empleada en provecho, comodidad o progreso de la comunidad. La ejerce siempre el Estado (...) y se caracteriza por su naturaleza excepcional, en virtud de la misma excepción que le da existencia, es decir, la urgencia, la importancia y utilidad del objeto que la motiva”²³.

57

Por su parte, Díez sostiene lo siguiente:

... la expropiación es un procedimiento de derecho público, por el cual el Estado, obrando unilateralmente, adquiere bienes de los particulares para el cumplimiento de un fin de utilidad pública y mediante el pago de una indemnización justa y previa. Por ello puede decirse que el derecho que el expropiado gozaba sobre la cosa se extingue en beneficio de la comunidad y que este derecho está sustituido por otro derecho: el derecho a la indemnización (...) Definimos la expropiación como institución de derecho público, lo que implica aceptar que el derecho aplicable es el derecho público. Esta doctrina no es pacífica. Se ha dicho que la expropiación está gobernada por el derecho público y el derecho privado y que concierne al derecho público, bajo los aspectos constitucionales y administrativos, considerar la utilidad social y el poder arbitrado para declararla,

²² Ver, por ejemplo, el trabajo de Méndez, Sebastián A., “Las ordenanzas municipales y su idoneidad para declarar la utilidad pública a los fines de su expropiación”, en Bastons, Jorge Luis (dir.), *Derecho Municipal*, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, pp. 1146-1167.

²³ González, Joaquín V., op. cit., p.134.

por una parte, y por la otra lo que atañe a su reglamentación. En cuanto al derecho civil, contempla el interés privado y la medida del resarcimiento²⁴.

A su vez, Balbín ofrece la siguiente caracterización:

El instituto de la expropiación es un instrumento estatal cuyo objeto es la privación particular y con carácter permanente de la propiedad por razones de interés público, garantizándose el contenido económico de ese derecho mediante el pago de una indemnización. ¿Cuáles son los derechos alterados? Por un lado, básicamente el derecho de propiedad y, por el otro, el de igualdad porque la expropiación es un sacrificio individual o particular y no general (solo afecta a sujetos determinados). Por último, el fin del instituto —según el texto constitucional— es la utilidad pública, es decir, el interés colectivo²⁵.

Bielsa entiende que la expropiación presenta una naturaleza jurídica mixta ya que mientras por un lado expresa que atendiendo a su causa es un acto de derecho público, también refiere que presenta a su vez un cierto aspecto patrimonial:

...que le da un carácter de institución mixta: de derecho *público* en cuanto al fundamento de su ejercicio por parte de la Administración pública, que obra como poder público, y determina la naturaleza del acto mismo, y de derecho *privado* en cuanto concierne al derecho del expropiado, cuya defensa puede originar caso contencioso, que es de competencia del Poder Judicial. Por lo demás, la terminología jurídica es la del derecho civil, ya que se trata de la propiedad²⁶.

58

Para García Pullés la expropiación es la causa jurídica que da origen a una serie de actos concatenados, en virtud de los cuales se transmite el dominio de un bien a un sujeto público o privado, mediante la sujeción por ley formal de ese bien a utilidad pública, en virtud del ejercicio de una potestad estatal, previo pago en dinero de una indemnización justa, que bien puede estar consentida por el titular o impuesta por una sentencia judicial²⁷.

Finalmente, para Fiorini:

El instituto expropiatorio, por su origen constitucional, por su exclusión del Código Civil, por regirse por normas de la legislación local y por su régimen

²⁴ Diez, Manuel M., *Manual de Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1981, pp. 277-279.

²⁵ Balbín, Carlos, *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2017, p. 378.

²⁶ Bielsa, Rafael, *Compendio de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1959, pp. 457-458.

²⁷ García Pullés, Fernando, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2017, p. 451.

resarcitorio, debe estar regido exclusivamente por el Derecho Administrativo²⁸.

García de Enterría cita un conocido estudio de Jean Rivero “*¿Existe-t-il un critère du droit administratif?*”, en el cual el maestro francés analiza los criterios unitarios propuestos para explicar el contenido entero del Derecho Administrativo (Servicio Público, Utilidad Pública, Poder Público) y concluye que “...el criterio de Derecho Administrativo no existe, es una ilusión...”, y se limita a catalogar en esta rama jurídica, las regulaciones (por arriba o por abajo; privilegios en más y en menos) de los moldes establecidos del Derecho Privado. A instancias de ello un importante sector de la doctrina sostiene hoy día que, en verdad, no existe una caracterización objetiva de la función administrativa (Massimo Severo Giannini)²⁹.

Sin perjuicio de lo expuesto, la doctrina vernácula entiende mayoritariamente que el Derecho Administrativo es la rama del Derecho Público interno cuyo estudio comprende la función administrativa, materialmente legislativa y materialmente jurisdiccional del Poder Administrador, a la par que la función materialmente administrativa de los Poderes Legislativo y Judicial³⁰. De ahí que tantos tiendan a pensar que, en principio, sería el Derecho mejor plantado para reclamar la pertenencia de la expropiación como materia propia y exclusiva de su competencia temática. Lo cual no parecería mal razonado si tenemos en cuenta que el Derecho Administrativo persigue expresamente el bien común, razón por la cual, el ordenamiento jurídico otorga unas prerrogativas de poder público que constituyen un régimen exorbitante del Derecho Privado que le permiten contar con unas ventajas de derecho de fondo y forma sobre los particulares. Ello así, sin desconocer que los ciudadanos cuentan a su vez con garantías constitucionales a los fines de impedir los avances del poder estatal por sobre sus derechos fundamentales, lo cual debería dar lugar a un equilibrio o síntesis virtuosa de la dialéctica “poder estatal-libertad ciudadana”.

Pero, a decir verdad, en este tópico el Derecho Administrativo tiene poco que hacer, porque a la hora de aplicar el derecho positivo a la cuestión de la expropiación por causa de utilidad pública, vemos que el principal actor estatal es el Poder Legislativo, que en ejercicio de su función natural principal y característica —“la legislativa”— sancionará todas y cada una de las leyes puntuales que declaren una expropiación por causa de utilidad pública. En otras palabras, puesto que el

²⁸ Fiorini, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976, p.143.

²⁹ Bezi, Osvaldo, “La categoría institucional del acto administrativo”, en Bastons, Jorge Luis (dir.), *El proceso contencioso administrativo bonaerense*, *Revista Federal de Derecho*, n° 9, 2021.

³⁰ En todo caso, solo se podría fustigar la alusión al Derecho Administrativo como “rama del Derecho Público Interno”, dada la influencia creciente en los últimos años de una importante cantidad de nuevas fuentes jurídicas del Derecho Administrativo provenientes del Derecho Internacional. Lo cual, dicho sea de paso, en nada obstruyen, dificultan, ensombrecen ni complican la tesis, premisas, ni conclusiones a las que aquí arribamos.

Derecho Administrativo es la rama del Derecho Público interno que estudia las tres funciones del Poder Ejecutivo con más la función materialmente administrativa de los otros dos Poderes del Estado, se observa claramente que el grueso del instituto de la expropiación queda fuera de toda posibilidad de reclamarlo como propio, ya que la función legislativa del Poder Legislativo está fuera del objeto de estudio y de las lógicas de actuación del Derecho Administrativo, encontrándose en cambio dentro del ámbito del Derecho Constitucional (en el ámbito nacional) y del Derecho Público Provincial y Municipal (en el local).

Ergo, el Derecho Administrativo, habitualmente tan poderoso y exorbitante, tiene aquí un papel secundario en términos de predominancia competencial, por lo que será el obrar característico y tipificante del Poder Legislativo quien lleve entonces la parte principal del asunto. En todo caso, el Poder Administrador será el solicitante del proyecto de ley de expropiación, o intervendrá a la hora de la tasación del bien sujeto a expropiación, o bien a la hora de liberar el pago de la correspondiente indemnización por tesorería, pero el nudo de la potestad ablatoria estatal la ejerce en verdad el Poder Legislativo al sancionar la norma que dispone de la propiedad del fulano expropiado por causa de utilidad pública.

Es más, cuando la expropiación no sea por avenimiento (léase, con el beneplácito del particular expropiado acerca de lo ofrecido y abonado por el Estado expropiador) sino judicial, vuelve a tener predominancia el Derecho Constitucional por sobre el Administrativo. Ello así, sencillamente, porque la función jurisdiccional del Poder Judicial, también escapa al objeto de estudio del Derecho Administrativo, cabiendo en cambio enteramente en el Derecho Constitucional o en el Derecho Público Provincial y Municipal, según la causa judicial se desenvuelva en jurisdicción federal o local.

Entonces, dada la conceptualización vigente de lo que cabe entender como el objeto de estudio del Derecho Administrativo, salta a la vista que la parte esencial, troncal y definitoria del instituto bajo estudio no se halla dentro del Derecho Administrativo, sino bajo la órbita del Derecho Constitucional y el Derecho Público Provincial y Municipal, conforme sus respectivos ámbitos competenciales.

Por supuesto, podrá haber posiciones encontradas con lo que aquí estamos transparentando, pero después de lo expuesto creemos que el “Rey está desnudo” (seguramente, no faltarán quienes en defensa del *status quo* nos hablen de “un desnudo cuidado”, “artístico” y hasta “elegante”, pero el Rey está irremediablemente “desnudo”).

V. Primeras conclusiones

En función del análisis realizado, podemos compendiar las siguientes conclusiones fundamentales:

- 1) Sin perjuicio del nivel de estatidad en que se opere (Nación, Provincia, Municipio), la expropiación por causa de utilidad pública siempre deberá

- estar precedida por al menos una norma formal de alto rango dentro del ordenamiento jurídico (Constitución Nacional o Provincial, ley formal del Congreso o de las Legislaturas Provinciales), que enmarque los alcances centrales del instituto y sus garantías.
- 2) Dichas medidas de seguridad jurídica se basan en la alta capacidad de daño potencial que encierra la figura de la expropiación, lo cual justifica que dicho instituto se vea imbuido de los principios de legalidad y de razonabilidad y justicia. Por ello, en síntesis, se debe actuar con máxima prudencia cuando se cuenta, como en estos casos, con máxima potencia³¹.
 - 3) Hay que destacar el fortísimo carácter ablatorio de la expropiación, dado que, si bien en las emergencias económicas se permite detractar el patrimonio de los particulares hasta en un 33% so pena de caer en confiscación, por obra y gracia del instituto bajo estudio se puede expropiar hasta el 100 % de los bienes de uno o varios particulares, siempre que se cumplan con todos y cada uno de los extremos y previsiones legalmente establecidas al efecto. Y además, se lo puede hacer en todo momento y no únicamente en períodos de emergencia económica.
 - 4) Dado que la legitimidad de la expropiación se apoya y fundamenta en la utilidad pública, ello ya nos sitúa en el campo del Derecho Público, con independencia del soporte físico (Constitución, ley del Congreso, etc.) que la contenga y/o desarrolle conceptualmente.
 - 5) Naturalmente, el derecho de propiedad ha de ceder ante el bien común “... pues el legislador —nos dice Fiorini— concurre para determinar la relatividad de lo absoluto y también para que desaparezca por medio de la expropiación”³².
 - 6) La puesta en vigor del instituto en estudio hace nacer la obligación del Poder Administrador de velar por el efectivo cumplimiento de la finalidad para la cual se habilitó legalmente la expropiación por causa de utilidad pública. Debiendo incluso ser él mismo el corrector de los desvíos que pudieran haber ocurrido, sin esperar a ser demandado para dedicarse a corregir los males cometidos en detrimento de los particulares.
 - 7) Otra cuestión crucial en relación al instituto son los límites de la actividad legislativa y, en particular, el poder discrecional con que actúa el Poder Legislativo cumpliendo su función característica. Ya que, por más que muchas veces se trate de cuestiones eminentemente políticas, la decisión de ese órgano institución de declarar sujeto a expropiación a tal o cual bien, con tal o cual

³¹ El principio que ordena actuar con máxima prudencia cuando se cuenta con un gran poder público (en máxima potencia, máxima prudencia), bien podría ser considerado como una parte inescindible del “principio constitucional de razonabilidad y justicia”.

³² Fiorini, Bartolomé, *¿Qué es el contencioso?*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, pp. 56-57.

destino, siempre habrá de ser pensada, equilibrada y proporcional a la finalidad pública perseguida. Caso contrario, se estará incurriendo en una arbitrariedad a todas luces intolerable en un Estado Constitucional de Derecho.

- 8) En cuanto al carácter previo de la indemnización, sostenemos con Ziulu que dicha previsión constitucional implica que el pago se realice con anterioridad a la desposesión del bien objeto de la expropiación, mientras que la Corte Suprema entiende que se satisface con solo abonar la indemnización con anterioridad a la transferencia de la propiedad. Asimismo, el Tribunal Cimero de la Nación estableció que la indemnización, además de previa, ha de ser justa, requisito que además se encuentra previsto en el artículo 21, inciso 2, del Pacto de San José de Costa Rica³³.
- 9) Y, seguramente, lo más importante y revelador de este estudio: el instituto de la expropiación ya no es regulado por el Derecho Civil, ni pertenece en lo sustancial al Derecho Administrativo, sino al Derecho Constitucional (en el orden federal) y al Derecho Público Provincial y Municipal (en el orden local). Esta novedad potencia una serie de posibilidades analíticas, interpretaciones, argumentaciones y aplicaciones que se hallaban adormecidas con el estado de situación anterior. Pensemos que hasta ahora una parte no menor de la doctrina estaba encapsulada en la idea de que el instituto pertenecía al Derecho Administrativo, pero que, en caso de aceptarse nuestras observaciones, se abren ahora nuevas opciones. Opciones y posibilidades interpretativas y argumentaciones que si bien ayer también estaban y existían como de uso posible, cobrarían a la fecha una nueva significación. En efecto, cuestiones como la aplicación del control de convencionalidad; del uso predominante de los principios jurídicos por sobre las reglas; el empleo frecuente de la técnica de la ponderación en detrimento de la subsunción; así como, en síntesis, la impregnación del constitucionalismo en todas las áreas del derecho, eran ciertamente improbables que acontecieran respecto de la expropiación³⁴. Es que era altamente improbable que los operadores jurídicos se pusieran a pensar en otras claves interpretativas, cuando el instituto parecía encontrarse anclado en el Derecho Administrativo o en el mejor de los casos, en una laxa y genérica noción de Derecho Público. Por ende, en dicho contexto, resultaba totalmente natural y sencillo que se aplicaran los acostumbrados criterios y lógicas provistas por el Derecho Administrativo y las leyes de expropiación de cada jurisdicción, antes que por las del Derecho Constitucional y el Control de Convencionalidad.

³³ Conf. Ziulu, op. cit., p. 312.

³⁴ Prieto Sanchis, Luis, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 131-132.

Desde luego, no faltarán quienes recuerden, con acierto, que el Derecho Administrativo francés (que le dio origen a esa rama del derecho en todo el mundo), no fue precisamente el resultado del trabajo del legislador sino de la obra de su Consejo de Estado. Es decir, de los jueces administrativos, quienes teniendo jurisdicción y careciendo del suficiente derecho escrito en el cual asentarse, resolvían los casos por medio de la aplicación de los principios generales del derecho público.³⁵ Con lo cual, en cierto sentido, el Neoconstitucionalismo sería una versión muy tardía, aunque mejorada, de aquél viejo Derecho Administrativo francés. Pero que, respecto de la expropiación por causa de utilidad pública, luego de todo lo ya explicitado y demostrado, ya no podemos decir que el instituto se encuentra dentro del Derecho Administrativo.

- 10) Desde una perspectiva netamente académica, las conclusiones precedentes habrían de potenciar el estudio de la expropiación en las currículas universitarias de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal, así como en contrapartida, retraerse en las de Derecho Administrativo.

En definitiva, luego de esta pléyade de observaciones, sostenemos que nos hallamos ante un nuevo enfoque del instituto jurídico de la expropiación por causa de utilidad pública, que, como mínimo, amerita ser entendido, atendido y profundizado.

63

VI. Referencias bibliográficas

- Balbín, Carlos, *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2017.
- Bastons, Jorge Luis (dir.), *Derecho Municipal*, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, pp. 1146-1167.
- Bezzi, Osvaldo, “La categoría institucional del acto administrativo”, en Bastons, Jorge Luis (dir.), *El proceso contencioso administrativo bonaerense*, *Revista Federal de Derecho*, n° 9, 2021.
- Bielsa, Rafael, *Compendio de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1959.
- Casas, Alberto J. y Romero Villanueva, Horacio, *Expropiación*, Buenos Aires, Astrea, 1ª reimp., 2014.

³⁵ Coviello, Pedro J. J., *La protección de La confianza legítima del administrado*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, pp. 301-302.

- Coviello, Pedro J. J., *La protección de La confianza legítima del administrado*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004.
- CSJN, “Bourdieu Pedro c/ Municipalidad de la Capital”, sentencia del 16/12/1925, Fallos: 145:307.
- Dietze, Gottfried, *En defensa de la propiedad*, Buenos Aires, Centro de Estudios sobre la Libertad, 1988.
- Diez, Manuel M., *Manual de Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1981.
- Escola, Héctor J., *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989.
- Ekmekdjian, Miguel Á., *Manual de la Constitución argentina*, 6ª ed., 1ª reimp., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.
- Fiorini, Bartolomé, *¿Qué es el contencioso?*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963.
- _____, *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976.
- García Pulles, Fernando, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2017.
- Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2003.
- González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ed. Ángel Estrada y cía., 1897.
- Montesquieu, Barón de, *El espíritu de las leyes*, Buenos Aires, Altaya, 1993.
- Paso, Ricardo, *Ley general de expropiaciones de la Provincia de Buenos Aires*, Mar del Plata, Sendero Jurídico, 2015.
- Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2005.
- Villegas, Walter, *Régimen jurídico de la expropiación*, Buenos Aires, Depalma, 1973.
- Ziulu, Adolfo G., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014.