

“AMPARO Y URBANISMO”.

Hugo Luis Domingo¹ y Agustín R. Moscariello²

I.- El caso

Se trata de un amparo promovido por los propietarios de un inmueble cuya demolición solicitaron a la Municipalidad de Rosario, con miras a concretar un proyecto de construcción de un edificio.

Mediante un informe del área técnica respectiva, la Municipalidad observó tal pedido, con fundamento en que el inmueble se encontraba dentro del Programa Municipal de Preservación del Patrimonio Urbano y Arquitectónico.-

La sentencia de primera instancia rechazó el amparo, por considerar que no existía acto administrativo denegatorio del permiso sino un simple acto preliminar, y que las ordenanzas aplicables no eran inconstitucionales.

La Sala III de la Excelentísima Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, integrada, resolvió por mayoría revocar la sentencia de primera instancia y acoger la demanda de amparo, condenando a la Municipalidad de Rosario a autorizar los proyectos de demolición y construcción solicitados, con la particularidad de que, según lo indica la resolución de la Cámara, tal condena no se efectivizaría si la Municipalidad de Rosario esgrimiera nuevas y distintas razones a las que motivaron el amparo, para fundar su oposición a los pedidos de demolición y construcción aludidos.

II.- Anotaciones al caso

1º) Puntos de análisis: Intentaremos realizar algunas breves consideraciones sobre los siguientes aspectos involucrados en el asunto que nos ocupa, a saber: a) la aptitud de la vía procesal escogida (amparo) en orden a la naturaleza del caso, que exige armonizar principios de policía urbanística y propiedad privada³. b) el objeto de la pretensión, esto es: el pedido de demolición de un inmueble para encarar un nuevo proyecto edilicio, que el área técnica municipal había observado por encontrarse el inmueble comprendido en un programa de “preservación” del patrimonio urbanístico; c) la competencia judicial para resolverlo; d) la existencia de otras soluciones alternativas a la luz del principio urbanístico de “preservación” y de los principios que rigen la responsabilidad del Estado.-

2º) Desarrollo de los puntos de análisis

¹ Abogado, profesor pro titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Pontificia Universidad Católica.

² Abogado. Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral.

³ Dicha armonización es propia de toda tarea jurisdiccional que se despliegue con el fin de resolver la natural tensión, existente desde los albores del derecho, entre autoridad y libertad.-

a) La vía elegida por los accionantes (amparo), exige la concurrencia de un actuar administrativo manifiestamente ilegítimo y la inexistencia de otro cauce legal más apropiado que el amparo⁴.

Se desprende del fallo que, atento a la naturaleza y circunstancias que enmarcan la cuestión que nos ocupa, de haber existido alguna ilegitimidad ésta no aparecía de modo manifiesto, es decir, “patente, claro, inequívoco, descubierto, ostensible, palmario”⁵.

A ello se agrega que, por su propia naturaleza, la materia o actividad urbanística tiene la connotación de ser un “cometido público complejo”⁶

Tales factores, más la existencia de materia contencioso administrativa, permiten inferir que el caso no era simple, dado los intereses en pugna: el privado pretendiendo la demolición versus el de la autoridad pública bregando por la preservación del inmueble. Todo lo cual, de entrada, arrojaba serias sombras sobre la procedencia formal del amparo, máxime cuando existía una sentencia de primera instancia que lo había rechazado con fundamentos atendibles (principalmente la ausencia de decisión definitiva de la Municipalidad).

b) En cuanto al objeto de la pretensión, y en el mismo orden de ideas que venimos desarrollando, como ya dijimos, la particularidad del caso estaba dada por el hecho de que la Administración, esgrimiendo un interés difuso de la comunidad, pugnaba por la preservación, mientras que el particular, invocando la lesión a un derecho individual, pugnaba por la demolición del inmueble. En ese marco circunstancial hubo de ponderarse especialmente que el pedido de demolición venía a contradecir el principio cardinal de preservación del patrimonio cultural que por expresa manda constitucional rige en materia urbanística (conf. art. 41 CN)⁷.

En igual sentido, cabe considerar que la naturaleza innovativa de la pretensión en el amparo que nos ocupa es contraria al usual fin preventivo propio de ese tipo de procesos, lo que constituye una razón más que arroja dudas sobre la procedencia del amparo⁸.

c) Concatenado con lo que venimos diciendo, y en lo referente a la competencia del tribunal, cabe decir que, tal como surge del voto en disidencia del Dr. Avelino Rodil, cuyas consideraciones compartimos, a los motivos indicados precedentemente hay que agregar la circunstancia de que en el caso que nos ocupa existía un trámite administrativo inconcluso, en el que solo había mediado una observación en un informe de un área técnica que no llegaba a configurar un acto administrativo⁹.

⁴ SAMMARTINO, Patricio Marcelo E, *Principios constitucionales del amparo administrativo*, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 280-281.-

⁵ SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*, Astrea, Buenos Aires, pág. 99.-

⁶ SORIA, Daniel Fernando: “Sobre la responsabilidad del Estado en materia urbanística” en AAVV *Jornadas sobre responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, RAP, Buenos Aires, 2001, pág. 183.

⁷ SORIA, Daniel Fernando, *ibidem*, pág. 189.

⁸ Por otro tanto, el Dr. Sammartino –si bien respecto de las cautelares- sostiene que las medidas innovativas proceden únicamente cuando el Estado obra mediante un vía de hecho, por la cual el mediante ese comportamiento material groseramente ilegítimo y contrario a un derecho constitucional pierde sus prerrogativas exorbitantes. Nos parece claro que en el caso de marras no se verificaban los presupuestos de la vía de hecho administrativa. Cf. SAMMARTINO, Patricio Marcelo S., *op. cit.*, pag. 280.

⁹ Al respecto cabe recordar que mayoritariamente la doctrina iusadministrativista considera al informe un acto preliminar que no reviste el carácter de administrativo, con los efectos jurídicos que ello implica. Conf. COMADIRA, Julio Rodolfo: *El acto administrativo en la ley nacional de procedimientos administrativos*, La Ley, Buenos Aires, 2003, pp. 5-15. Ver asimismo MURATORIO, Jorge I., “El dictamen jurídico en la

Ello, sumado a la ausencia de un obrar administrativo ostensiblemente ilegítimo, y al hecho de que se trataba de un pedido de demolición de un inmueble que la Municipalidad pugnaba por preservar por motivos urbanísticos, aconsejaba cuanto menos remitir el caso a la vía administrativa.

Además, estando en discusión una actividad estatal vinculada con la legitimidad de una restricción administrativa, existía en el caso “materia contencioso administrativa”, lo que en virtud de lo dispuesto por la ley 11.330, y los principios sentados en el precedente “Bacchetta”¹⁰, entendemos que su juzgamiento correspondía a la competencia de la Cámara de lo contencioso administrativo.

d) A la luz de todo lo dicho, pensamos que existían soluciones jurídicas distintas a la arribada por la mayoría del tribunal.

En primer término, la incompetencia aludida, por la presencia de materia contencioso administrativa, coincidiendo en este aspecto con el voto en disidencia del Dr. Rodil.-

Pero aún cuando se considerase competente al tribunal ordinario, pensamos que se imponía la improcedencia del amparo, en la faz procesal, por ausencia de ilegitimidad manifiesta e inadecuado per saltum de los trámites administrativos, y en cuanto al fondo, por el juego de los principios del derecho urbanístico¹¹.

Al respecto, cabe recordar que en este tipo de situaciones, en las que la Administración realiza valoraciones con arreglo a criterios no jurídicos, el juez no puede sustituirse a aquella en ese juicio valorativo. Sí podría revisar el núcleo de la decisión discrecional, una vez emitida la misma, en tanto trasuntara arbitrariedad¹², así como realizar un control sobre los datos fácticos (o hechos determinantes¹³) y mediante los principios generales del derecho (razonabilidad, proporcionalidad e igualdad principalmente)¹⁴.

En tal sentido, debe remarcar que la sentencia hecha mano de una técnica que podríamos llamar de “ejecución condicionada” a los efectos de evitar subrogarse en el lugar de la Administración. Ello en cuanto supedita la efectivización de la condena a la circunstancia de que la Municipalidad se opusiere a la demolición fundada en las mismas razones que expuso en el amparo. De tal suerte, se mantiene en un análisis “negativo” del obrar administrativo, en cuanto enjuicia si el obrar de la Administración es acorde a

Administración Pública Nacional”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 41, Depalma, Buenos Aires, 2002, pag. 546.-

¹⁰ *La Ley Litoral* 1997, pág. 121, con nota de Hernán Martínez.

¹¹ Cabe considerar que al principio de preservación del patrimonio urbanístico, arriba mencionado, se suma la influencia de la cláusula ambiental sobre los contenidos de la agenda de temas urbanísticos, que supone un compromiso estatal que arraiga también en el art. 41 de la Constitución Nacional, y ello a su vez provee de nuevos principios, técnicas y procedimientos, como por ejemplo los principios precautorio y ambiental. Cf. SORIA, Daniel F., “Responsabilidad Estatal en el marco de la actividad urbanística”, en AAVV “XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo”, RAP, Buenos Aires, 2005, pag. 417.

¹² Cf. COMADIRA, Julio, *Derecho administrativo*, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 516-520.

¹³ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Civitas La Ley Thomson, Buenos Aires, 1° edición argentina, pág. 478. THURY CORNEJO, Valentín, “Control de la actividad administrativa: Discrecionalidad técnica y motivación”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 27/29, Depalma, Buenos Aires, 1998, pp.113-154.

¹⁴ Conf. PONCE SOLE, Julio: *Discrecionalidad urbanística y autonomía municipal*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 152 y ss.

derecho o no, sin realizar un análisis “positivo” (el que determina cual debía ser la actuación que la Administración debió realizar y no hizo)¹⁵.

En tal orden de ideas, cabe tener en cuenta que un error en la concesión de un pedido de demolición de un inmueble con valor arquitectónico y urbanístico es irreparable. En cambio, de resultar ilegítima la decisión municipal de no autorizar la demolición o en el caso que el programa de preservación urbanística mismo fuere considerado irrazonable –por causar un gravamen sustancial al derecho de propiedad– siempre queda la posibilidad de la reparación del daño en virtud de los principios que rigen la responsabilidad del Estado¹⁶.

De allí pues que, de haberse optado por la previa conclusión del trámite administrativo, cualquier hipótesis de decisión administrativa ilegítima quedaba sujeta a revisión judicial, y eventual responsabilidad estatal por su actuar antijurídico y dañoso.-

Aparte de lo dicho, corresponde observar que el voto de la mayoría critica el sistema de afectación de inmuebles al patrimonio urbanístico adoptado por las ordenanzas municipales, pero no declara la inconstitucionalidad de éstas.

No obstante ello, cabe destacar que siendo la ordenanza en cuestión (Nº 7156/01 modificatorias y concordantes) de naturaleza “mixta”: con un tramo normativo o legislativo (según la postura que se adopte)¹⁷ –en la parte que establecía normas que innovaban en el ordenamiento- y por otro lado pluriindividual¹⁸ –en su anexo que incluía un catálogo de inmuebles a conservar- luce ajustada la argumentación expuesta en el voto del Dr. Chaumet en el considerando 3.3.2.1, cuando insinúa la necesidad de notificar y oír al propietario afectado por la inclusión de su inmueble en el programa de preservación urbanística¹⁹. Sin embargo, consideramos que ello no era bastante para determinar la procedencia del amparo.-

Por otra parte, y vinculado con la naturaleza del amparo, además de lo dicho más arriba acerca de este aspecto, cabe también pensar: si el núcleo central del amparo se nos presenta como una técnica de tutela judicial urgente (sin tardanza) de derechos constitucionales distintos a la libertad física²⁰, ¿había en el caso que nos ocupa urgencia en ordenar la demolición para construir un nuevo edificio?. Estimamos que no, pues en tanto la pretensión de la administración no era la destrucción del inmueble, sino su preservación, cualquier daño derivado de una eventual decisión ilegítima de la Municipalidad era susceptible de impugnación y reparación. En cambio, si la posición de la Municipalidad de encuadrar al inmueble en el programa de preservación urbanística fuera declarada legítima,

¹⁵ CORVALAN, Juan G.: “Control judicial de la discrecionalidad administrativa”, *La Ley* diario del 27 de mayo de 2008, pág. 2.

¹⁶ USLENGHI, Alejandro Juan, “Planificación urbana y responsabilidad estatal”, en la obra colectiva *Derecho administrativo*, Homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, Juan Carlos Cassagne (director), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 523.

¹⁷ Al respecto ver: ÁBALOS, María Gabriela: “Función legislativa en el municipio autónomo. Naturaleza jurídica las ordenanzas. Impugnación”, en *Revista de Derecho Público*, Rubinzal- Culzoni, 2004-2 Derecho Municipal, pág. 117 y ss.

¹⁸ También llamado “acto plúrimo” o “acto acumulativo” según la Procuración del Tesoro de la Nación, se trata de una serie de actos que pueden “refundirse” en un solo acto por cuestiones de economía. Y al considerar que parte de la ordenanza era un acto plúrimo, podría argumentarse que el mismo debía notificarse al interesado para lograr eficacia.

¹⁹ Se ha postulado incluso, para el caso de restricciones urbanísticas cuyas modalidades de aplicación influyan de manera sustancial sobre el derecho de dominio, la publicación mediante anotación en los registros de propiedad inmueble, para dar a conocer a terceros sobre las consecuencias jurídicas de la restricción. Cf. SCOTTI, Edgardo, “Modos y efectos de la publicidad jurídica en el Derecho Urbanístico”, en *Revista de Derecho Administrativo*, Nº 33/35, Depalma, Buenos Aires, 2000, pág. 325.

²⁰ Cf. SAMMARTINO, *op. cit.*, pag. 50.

el daño derivado de un error en el mandamiento judicial de demolición, ejecutada ésta: ¿cómo repararlo?.

Todo lo dicho es sin perjuicio de la discusión que pueda establecerse acerca de la razonabilidad de la restricción en sí, pues un análisis tal obliga examinar, a su vez, el grado de irrazonabilidad para juzgar de tal modo el alcance del derecho a indemnización. Y aún cabría pensar, en el supuesto de una severa restricción que alterara sustancialmente el derecho de dominio, si realmente en tal caso no se habría trasvasado el terreno de las restricciones al dominio en interés público para ingresar al campo de las servidumbres administrativas.-

Y en este último caso, atento que se estaría afectando no ya tan solo lo absoluto sino también lo “exclusivo” del derecho de propiedad, habría que analizar si las Municipalidades tienen competencia para ello, toda vez que la situación, al salir del ámbito de las restricciones administrativas, se acerca más al ámbito de las potestades ablatorias²¹.

Siendo ello así, asoma entonces lo que Comadira llama la “fuerza expansiva de los principios expropiatorios”, que en el tema que nos ocupa tiene proyección, en nuestra provincia, respecto de la competencia, teniendo en cuenta la necesidad de autorización legislativa (art. 39 inc. 15 ley 2756 t.o. año 1985), y en lo referente al aspecto indemnizatorio (ley 7534).-

²¹ USLENGHI, *op. cit.*, pag. 527 y ss.

(Comentario al fallo: Cámara Civil y Comercial de Apelaciones de Rosario, Sala III, 30/6/08: “Ridley, Francisco A. Y Ridley Alejandro c/ Municipalidad de Rosario s/Amparo” *Zeus on line* 14 de julio de 2008).-