

Centro de Estudios de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario
Pontificia Universidad Católica Argentina

Tema: Enajenación del subsuelo de lugares afectados al dominio público

Los Hechos

Un particular posee una propiedad que linda con el río. El Municipio ha determinado el trazado oficial de una avenida que importa la afectación de una franja de terreno contada desde el río de unos 60 mts. El particular propone ejecutar la calle pública en la superficie a su costa pero que se le autorice a utilizar el subsuelo para un emprendimiento privado de construcción de viviendas o locales comerciales con frente al río en la barranca y que la calle sirva de techo de dichas construcciones.-

La solución

Para dar solución jurídica al caso planteado y compatibilizar de alguna forma los intereses públicos y privados en cuestión, es necesario, comenzar por analizar los elementos que el caso en concreto nos brinda.

En primer lugar cabe determinar si la Ordenanza Municipal que impone la traza oficial de la avenida importa o no afectación de la propiedad al dominio público del Estado. A tal efecto cabe recordar que por **afectación** entendemos, tomando la definición que nos facilita Marienhoff “*el hecho o manifestación de voluntad del poder público en cuya virtud una cosa queda incorporada al uso y goce de la comunidad*”¹, con lo cual de tal circunstancia deriva una consecuencia jurídica fundamental: ese bien, desde ese momento queda efectivamente incorporado al dominio público del Estado y sometido a los principios que lo rigen. No deben por tanto confundirse la afectación de un bien al dominio público de la **asignación del carácter público a un bien**, puesto que esta última solo significa establecer que dicha cosa tendrá calidad dominial como integrante o perteneciente del dominio público. Para diferenciar ambos institutos basta aludir a un ejemplo, así el legislador nacional, en ejercicio de sus atribuciones, ha establecido el carácter dominial de las calles, como lo hace en el art. 2340 inc. 7º C.C., lo cual se traduce en asignarle carácter público a una cosa, a la calle en este ejemplo. A raíz de tal disposición, todas las calles construidas o a construirse tienen

¹ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Sexta Ed. Actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, año 1997.-

también carácter público; pero para que una calle que se construya quede sometida al régimen del dominio público, es indispensable que dicha calle quede efectivamente librada al uso público, y esto último se obtiene a través de la afectación.-

Puesto cada término en su lugar, volvamos a nuestro caso en particular, donde existe una Ordenanza que determina el trazado oficial de una avenida, pero para decidir si ésta importa o no afectación deberá reunir los requisitos propios de tal instituto: el bien o la cosa de que se trate debe hallarse librado al uso público en forma **ACTUAL Y EFECTIVA**. Marienhoff sostiene que no constituyen afectación válida la simple ley o el decreto que dispongan la constitución de una determinada obra, edificio, camino, etc.; se requiere la afectación actual de la obra al uso público, lo que exige que la cosa presente un estado exterior idóneo, de esta forma tratándose de una calle, quedará perfeccionada y surtirá todos sus efectos cuando ella sea abierta a la circulación o al tránsito al público; la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el sentido expuesto declarando que mientras no hay afectación efectiva al uso público, la cosa no queda supeditada al régimen de la dominialidad; sin perjuicio de que otros autores entienden que en los casos precedentes estaríamos en presencia de un supuesto en donde ya existe afectación, nos inclinamos en el sentido sostenido por Marienhoff y reiterado por la Corte de la Nación.-

Entonces, no habiendo afectación a nuestro parecer deberíamos buscar otra alternativa que nos permita arribar a una solución jurídica beneficiosa para ambas partes.-

La respuesta de este Centro de Estudios de Derecho Administrativo se plasma en la figura de la **servidumbre administrativa** instrumentada a través de un Convenio Urbanístico entre el particular y la Administración, constituyéndose como servidumbre de tránsito, gratuita y a perpetuidad que logra efectivizar la finalidad que la Ordenanza persigue sin variar la situación registral del inmueble a través del referido convenio. A continuación se detallará por qué creemos que es la solución que mejor responde a los intereses en juego.-

1) Comencemos por aclarar que *servidumbre administrativa es el derecho real administrativo constituido por el Estado (latu sensu) sobre un bien del dominio privado o público con el objeto de que tal bien sea usado por el público en la forma que resulte del acto o hecho constitutivo del gravamen*. Tal instituto del Derecho es adecuado porque en esa situación el Estado que adquiere o impone por servidumbre

(adquiere en nuestro caso) no es titular del bien gravado, cumpliendo así el principio de que nadie puede tener servidumbres sobre sus propios bienes, válido tanto para el derecho público, nuestro caso; como para el privado.-

2) La servidumbre administrativa resulta provechosa **para el particular** porque construir la calle a su costa y otorgarla al Municipio con la condición de usar el subsuelo para un emprendimiento particular, porque le permite:

- Continuar siendo propietario de la totalidad del terreno, suelo y subsuelo, claro está que respetando el objeto y la finalidad de la servidumbre que pesa sobre él, pero todo el remanente útil del contenido del derecho de dominio o propiedad, le corresponde al dueño del bien gravado;
- Enajenar el inmueble en la medida que no se perjudique la servidumbre;
- Excluir a terceros en el uso del terreno respecto de todo aquello que no pertenezca al objeto de la servidumbre;
- Ingresar al subsuelo a través de una franja de terreno de la superficie que no queda afectada al uso público (fuera del terreno afectado a la calle) sin interferir con la servidumbre y por tanto sin necesidad de instrumentar una servidumbre de servidumbre para ingresar (como ocurriría en el supuesto que la calle ocupara el total del terreno de su propiedad sobre el que se constituiría la servidumbre);
- Dar realización a sus expectativas comerciales en razón de que si bien existe una Ordenanza Municipal determinando la traza de la avenida, existe también la posibilidad de realizar un Convenio Urbanístico entre el Municipio y el particular en virtud de que lo permite la Ordenanza Municipal 6492 que en su punto 4.2.4 legisla Programas por Convenio Urbanístico en Suelo Urbanizable (convenio que efectiviza lo que manda la Ordenanza sin Desnaturalizar su finalidad) dando a ambas partes una respuesta a sus intereses. No obstante valdría la pena dejar claro que la posterior enajenación del subsuelo (a lo que apunta el emprendimiento privado) será posible a través del sometimiento al régimen de Propiedad Horizontal de los lotes a construirse.-

3) Pero respecto de **la Administración** también resulta una solución beneficiosa en virtud de la cual ella lleva adelante emprendimientos impulsados por los particulares y supervisados por el Estado, beneficiosos para el interés general, permitiéndole de esta forma:

- Evitar la indemnización expropiatoria, puesto que para efectuar la avenida al dominio público, es necesario, su anterior expropiación para transformar el dominio privado del particular en dominio público del Estado Municipal;
- Evitar la indemnización por la servidumbre administrativa puesto que si bien como regla la imposición de servidumbres administrativas apareja la obligación de indemnizar al dueño del bien gravado por el menoscabo que sufre en su propiedad, cuyo fundamento no es otro que la inviolabilidad de la propiedad privada garantizada por la C.N., en este caso queda salvada por la condición impuesta por el particular de la utilización del subsuelo para la satisfacción de sus intereses particulares. Además en el supuesto, tratándose de una servidumbre convencional, la misma si bien aparejaría indemnización, ésta es renunciable por parte del particular, renuncia expresa de la que podría dejarse constancia en el convenio formalizado por ambas partes;
- Garantizar sus derechos actuales y futuros porque como señalábamos al principio, el particular, propietario de la totalidad del terreno, puede disponer de su derecho en tanto no perjudique el objeto y la finalidad de la servidumbre, y la forma de materializar su derecho dejando a salvo los de la Administración se viabiliza a través de una anotación marginal en el título de propiedad del inmueble en cuestión, aclarando los alcances de la servidumbre. Es necesaria tal precaución porque tratándose de servidumbres administrativas resultantes de un convenio deben inscribirse en el Registro de la Propiedad, pues recién entonces, el respectivo derecho real adquirirá publicidad, ello así porque la publicidad de los actos administrativos, no supe, en este caso, la publicidad de la inscripción en el Registro, pues las servidumbres públicas adquiridas por convenio solo darían lugar a actos administrativos individuales, no generales, y solo estos últimos adquieren y exigen publicidad por medio de publicación; mientras que los individuales la adquieren mediante la notificación al interesado, que en nuestro caso sería irrelevante con relación a terceros;
- En cuanto al camino de sirga, no padece afectación alguna por tratarse de una franja de terreno que está más allá de los 35 mts. que aquel obliga a observar a los propietarios limítrofes de ríos o canales que sirven a la comunicación por agua. Además la finalidad que este instituto persigue (sin perjuicio de su casi no utilización en virtud las nuevas técnicas de navegación) no se ve afectada.-

El tema referido fue expuesto el día 28 de junio de 2001, a las 18,00 hs. en la Sede de la Facultad Católica de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario, Pontificia Universidad Católica Argentina.-