CAPITULO II

El régimen jurídico en materia de ordenamiento territorial y las posibilidades de reconocer excepciones

El presente capítulo está destinado a desarrollar los principales componentes que configuran el estado actual del tema de tesis en las distintas disciplinas de la ciencia jurídica. Describiremos el régimen jurídico general en materia de ordenamiento urbano y territorial, poniendo especial atención en el ordenamiento de la Provincia de Buenos Aires por constituir el objeto de la investigación empírica.

Luego se abordarán dos aspectos fundamentales en los que se sustentan las soluciones elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia respecto de las normas de excepción al ordenamiento urbano. Uno se refiere al uso y goce del derecho de propiedad y el otro a los criterios jurídicos imperantes en la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y en la Corte Suprema de la Nación.

II.1 EL SISTEMA GENERAL EN MATERIA DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL

El ordenamiento territorial es, entonces, una actividad que tiende a organizar y ordenar los distintos elementos que componen un territorio determinando y, por tanto, se relaciona directamente con los recursos naturales y con los usos que sobre ellos despliega el obrar humano.

En el régimen jurídico argentino, esta actividad se lleva adelante con la intervención estatal mediante normas jurídicas de distintos grados y jerarquías. La Constitución Nacional de 1994 reconoció a las provincias el dominio originario de los recursos naturales situados en su territorio. Esta cuestión no había sido considerada por la Constitución de 1853, problema que se oscureció con el debate ideológico acerca de si esos recursos debían ser de propiedad estatal o privada, sobre todo en ocasión de haberse descubierto petróleo en el territorio de la República Argentina.

La reforma introducida en el último párrafo del artículo 124 de la Constitución Nacional importó una modificación sustantiva, porque los Estados provinciales son los habilitados para administrar y disponer de la tierra, el aire, el mar y subsuelo que se encuentren en el ámbito de su territorio y de todos los recursos allí comprendidos. Además cabe destacar que las provincias, con anterioridad a esta reforma, habían comenzado a reivindicar los recursos naturales como propios de su dominio y consagraron ese principio en las constituciones que se reformaron a partir de 1986. [1]

II. 1.1. Descripción del sistema jurídico

[1] Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, La Ley, 2da. edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, 2003, pág. 864.

Legislar respecto de los usos y el ordenamiento del suelo constituye una forma de administrar y proteger los recursos naturales[2]. El sistema que se adopta es el de una ley general que contiene un núcleo de determinaciones de ordenación sustantiva y que remite al planeamiento urbanístico para la integración del sistema. Conforme a la distribución de competencias expuestas[3], la ordenación sobre usos del suelo y organización del territorio local es materia de legislación provincial; y la confección de los planes reguladores corresponde a las entidades municipales.

Lo característico de este sistema de planeamiento territorial reside en que el Estado, al ejercer la correspondiente potestad, no sólo regula el uso del suelo y de la construcción –redefiniendo el instituto jurídico de la propiedad–, sino que prefigura en todos sus aspectos el desarrollo urbanístico del territorio planeado; ambos resultados no son independientes entre sí, sino que se producen articuladamente el uno en función del otro.

Mediante la utilización de la técnica planificadora se ha intentado producir una profunda alteración de las formas de ejercicio de la función pública urbanística, en proceso de desarrollo desde la conquista española sobre el territorio argentino, colocando en el centro de esta potestad estatal al interés público urbanístico[4].

La peculiaridad de este sistema reside en el proceso de concreción sucesiva de las normas que configuran el ordenamiento urbanístico. Por su parte, Parejo Alfonso considera que esta peculiaridad radica en que el contenido material de los instrumentos de ordenación que intervienen en el proceso a partir del marco legal no se ajusta al modelo clásico de las normas jurídicas, pues no se circunscribe a la fijación de los supuestos abstractos en que han de subsumirse los supuestos de hecho concretos, sino que ingresa en la fase de aplicación normativa para prefigurar el resultado de su aplicación.[5]

---

[2] Los temas que abarcan la regulación jurídica de los recursos naturales son variados y complejos, y han dado lugar a la sanción de una vasta cantidad de leyes. Se puede señalar la legislación sobre: aguas, bosques, caza, pesca, agricultura, ganadería, minería, residuos, establecimientos comerciales e industriales, medioambiente, entre otras.
[3] Véase capítulo I.2.3.2 y I.2.3.3.
[4] Véase capítulo IX.
[5] Parejo Alfonso, Luciano, *Derecho Urbanístico. Instituciones básicas*, Ediciones Ciudad Argentina, Madrid, 1986, pág. 229-231.

De esta forma, la norma urbanística no precisa –al menos, teóricamente– actos individuales de aplicación porque se trata de una norma que vincula directamente a sus destinatarios sin necesidad de acto intermedio de sujeción. Si admitimos esta hipótesis teórica a la administración, sólo le resta la actividad de policía tanto preventiva como represiva. Es decir, que dentro de este esquema la actividad administrativa referida a la planificación se vería reducida a la función de vigilancia y control del cumplimiento del plan, sin posibilidad de emitir actos de ejecución y planeamiento territorial.

Sin embargo, advertimos que al tiempo de realizar actos de disposición o de construcción sobre los lotes comprendidos dentro de plan urbanístico, la autoridad de aplicación interviene para autorizar la obra en cuestión, es decir, se dictan actos jurídicos individuales de aplicación del plan. Esto es así dentro del sistema que denominaremos "territorialidad formal", la cuestión se vuelve más confusa y compleja cuando nos enfrentamos a la "territorialidad informal" y a la "territorialidad especial" que identificamos y describimos en esta tesis[6].

De este modo el planeamiento pasa a ser un elemento clave para la comprensión del fenómeno de la excepcionalidad en materia de ordenamiento territorial en nuestro sistema jurídico; a la vez que condiciona el uso y goce de la tierra como recurso indispensable para el desarrollo de los habitantes de un territorio y la comprensión teórico-empírica del derecho de propiedad.

II.1.2. Naturaleza jurídica del plan urbanístico

En atención al carácter peculiar que adopta el Plan en el proceso de concreción sucesiva, debemos analizar cuál es su naturaleza jurídica.

Desde el punto de vista material, el plan urbanístico constituye una norma que se inserta en un sistema legal de ordenamiento territorial; sin embargo, este régimen puede tener las características de las disposiciones normativas de carácter general como del de los

[6] Véase capítulo VII y capítulo VIII.

actos administrativos. Desde el punto de vista formal es una disposición cuyo rango depende de su origen, esto es, del órgano competente para aprobarlo o dictarlo.

En el sistema adoptado en la Provincia de Buenos Aires, la ley formal que otorga el marco sustantivo es el Decreto Ley 8912/77, con todas sus modificaciones[7], el Decreto Reglamentario 1549/83 y los Planes urbanísticos que se establecen mediante Ordenanzas Municipales, previa aprobación por el Poder Ejecutivo de la Provincia.

Dentro de este contexto jurídico y de los criterios que exponemos a continuación, podemos calificar al plan como norma jurídica. Esta calificación cobra importancia al momento de decidir sobre su régimen de publicidad, sus efectos jurídicos y los medios de impugnación.

En primer lugar, el plan tiene la condición de reglamentar el ejercicio del derecho de propiedad. Además constituye un acto de creación normativa que deroga o sustituye las normas preexistentes[8], es decir, los planes anteriores por aplicación del principio de la ley posterior. Por último, como dato revelador de su naturaleza normativa, su aplicación o ejecución no determina su consunción[9]. Por ejemplo, la edificación en una parcela conforme al plan urbanístico vigente para el área no agota sus efectos jurídicos con esa consumación material, toda vez que continúa rigiendo para los futuros actos de edificación que se realicen en la misma parcela.

Si tomamos el criterio del alcance general o individual de los efectos jurídicos, advertimos que sin perjuicio del grado de concreción a un determinado territorio y a su regulación pormenorizada del derecho de edificación en cada parcela, el plan goza de la eficacia general de las normas jurídicas. La reducción de la eficacia de una norma a un limitado territorio no le priva ni de su vigencia para todos los supuestos normativos ni del carácter *erga ommnes.* Ya que no singulariza sus efectos con relación a determinadas personas –circunstancia que le privaría de eficacia general– sino que establece una ordenación del

[7] Las modificaciones de este régimen son citadas en el capítulo IX.
[8] Esto significa que no revoca, que sería lo pertinente si fueran actos administrativos.
[9] Una distinción fundamental que ha formulado la doctrina para distinguir entre una norma jurídica y un acto administrativo de alcance general es el criterio de consumación. El acto administrativo general –aún cuando abarque una generalidad de casos o supuestos de hecho– se agota con su cumplimiento; la norma jurídica no ya que mantiene su eficacia respecto de nuevos casos siempre que mantenga su vigencia.

territorio para todo aquél que lo utilice con independencia de las personas titulares del mismo.

Otra nota que caracteriza al plan regulador es el procedimiento especial de elaboración. Esta institución jurídica se forma a partir de la fusión de otras dos: la ordenanza y el proyecto de obras. Dicho contenido complejo es el que singulariza al plan como una norma de ejecución.

En la Provincia de Buenos Aires, la Ordenanza municipal establece el Plan de Ordenamiento que es aquel que organiza físicamente el territorio estructurándolo en áreas, subáreas, zonas y distritos vinculados por la trama circulatoria; y contiene etapas sucesivas: primero, la delimitación según áreas; segundo, la zonificación según usos; tercero, los planes de ordenamiento municipal y, por último, los planes particularizados.

Las ordenanzas correspondientes a la distintas etapas del ordenamiento sólo pueden sancionarse una vez que el Poder Ejecutivo Provincial las aprueba, previa intervención de los organismos competentes con el fin de verificar el grado de concordancia con los objetivos y estrategias definidos por el gobierno provincial para el sector; y verificar si se ajustan al marco de legal y reglamentario (Decreto ley 8912/77 y disposiciones reglamentarias).[10]

Además para la creación, ampliación o modificación de nuevos centros urbanos, el Municipio debe justificar su dimensión, áreas y zonas asignadas y presentar un Plan para la prestación de servicios esenciales y de equipamiento comunitario[11]; dicho plan incluye el proyecto de obras a realizarse cuyo procedimiento responde al esquema tradicional propios de la obra pública. Este contenido complejo es el que singulariza al plan como norma de ejecución, según el esquema teórico desarrollado por el citado autor[12].

En el régimen jurídico español la Ley de 1956 introdujo la acción popular atribuyendo legitimación procesal a todos los ciudadanos –y no solamente a los posibles afectados por el planeamiento urbano– para participar en el procedimiento de aprobación de aquél.

---

[10] Conforme al artículo 83 del Decreto Ley 8912/77.
[11] Según lo establecen los artículos 14 a 24 del Decreto Ley 8912/77.
[12] Parejo Alfonso, L., op cit. pág. 233

En el régimen jurídico argentino, esta posibilidad no ha sido aún receptada, al menos en las leyes provinciales que establecen la zonificación y los usos del suelo. Cabe señalar que la administración comunal, en distintos temas que abarca la materia urbanística, ha implementado el mecanismo de consulta mediante la apertura de un registro de oposición previa a la aprobación de cambios de usos; o de relevamiento vecinal antes de autorizar la instalación de algún rubro comercial. Sin embargo, no existe el procedimiento de publicidad y/o posibilidad de participación del ciudadano, en forma previa a la sanción de planes generales o especiales; lo que resulta sustancial en materia de impugnación de tales normas.

II. 1.3. Emprendimientos urbanísticos privados

En los primeros años de la década de los noventa, los emprendimientos urbanísticos tuvieron especial auge en la Argentina a partir de las demandas del mercado inmobiliario. Ya entre los años 1997 a 2000 la intervención y participación privada en el ordenamiento territorial se acentúa, en especial en la Región Metropolitana de Buenos Aires.

Dichos emprendimientos se iniciaron a instancia de los particulares mediante la presentación de un proyecto de urbanización ante el municipio. Si mantenemos la postura del carácter normativo del plan, estos casos configuran supuestos especiales en los que el derecho de propiedad se reglamenta a instancia directa de los particulares.

Este proceso se inició de manera informal, y posteriormente dio lugar –en la Provincia de Buenos Aires– al dictado de normas jurídicas, que intentan regular el fenómeno de las urbanizaciones privadas denominadas barrios cerrados o privados, *country*, clubes de campo, chacras.

Fueron dos Resoluciones del Poder Ejecutivo las que dieron inicio a la intervención del Estado provincial en este tipo de emprendimientos, la 74/97 y la 27/98, asumiendo una potestad concurrente con la instancia municipal, que era el ámbito donde se habían iniciado[13].

Por un Decreto del año 2002 –1727/02– se descentraliza la aprobación de estas urbanizaciones en los Municipios, quedando en manos del organismo provincial la aprobación del proyecto hidráulico y la subdivisión del suelo. Dentro de las condiciones de este programa de descentralización, se encuentra la realización de audiencias públicas para su aprobación, que otorguen legitimación para participar de la audiencia a toda persona con domicilio en la jurisdicción territorial del Municipio que realiza la convocatoria[14].

Dada la singularidad del proceso de urbanización del territorio rioplatense, el mismo será objeto de investigación y desarrollo en la segunda parte de este trabajo, ya que su tratamiento resulta indispensable en la elaboración del problema de tesis.

II.2 EL RÉGIMEN TERRITORIAL Y EL DERECHO DE PROPIEDAD

El ejercicio de la potestad estatal en materia de ordenamiento territorial implica lisa y llanamente intervenir en el derecho de propiedad privada. Es por eso que cobra relevancia analizar el contenido, el origen y la función que cumple este derecho en el ordenamiento jurídico en general y en el argentino, en particular.

Para ello, será necesario recorrer la concepción constitucional argentina, la consagración legal de este derecho y la posibilidad de restringirlo.

También corresponde distinguir entre el dominio público y dominio privado del estado, e incluir una breve síntesis histórica del régimen de tierras en la Argentina y en la Provincia de Buenos Aires. La disponibilidad de las tierras en el territorio argentino ha sido uno de los principales motores de la ocupación y constituyó en diversas ocasiones la única moneda de cambio para la obtención de recursos estatales y privados.

[13] Justamente al tratarse de una potestad jurídica del Estado Provincial no delegado a la Nación, se ha cuestionado la constitucionalidad de dichas resoluciones, entendiéndose que resultaba un exceso del Poder Ejecutivo intervenir en la esfera municipal sin ley previa que lo autorice.
[14] Según cláusula quinta del Anexo A del Convenio que celebren los Municipios de la Provincia de Buenos Aires con el Gobierno de la misma Provincia denominado "Programa de Descentralización Administrativa a Municipios Sobre Gestión de Urbanizaciones Cerradas".

De hecho la concentración poblacional en los centros urbanos del territorio se vio fuertemente condicionada por las dificultades jurídicas, políticas y económicas para acceder a la titularidad de tierras destinadas al cultivo y a la vivienda. De modo tal que la búsqueda de trabajo se concentró en las ciudades primadas, lo que provocó, en un breve lapso, la aparición de conurbaciones sin planificación estatal y con precarias condiciones de habitación. Estos serían, a nuestro entender, los antecedentes más recientes que coadyuvan a explicar la "territorialidad informal" y la "territorialidad especial".

II.2.1. El moderno derecho de propiedad

En su exhaustivo análisis histórico sobre el concepto de propiedad en Europa, Paolo Grossi afirma que a partir del siglo XIX, se produce un cambio en la concepción de este fenómeno: se pasa a considerar la propiedad como una proyección de la unicidad del sujeto. La propiedad en lugar de identificarse con el bien-objeto busca su identificación en el sujeto[15]. Este cambio de concepción, que explica la propiedad como un poder absoluto del hombre sobre las cosas, se materializa con su recepción en el artículo 544 del Código Civil de Napoleón y de allí a nuestro Código Civil de 1886.

Mediante el concepto de derechos innatos[16] y la constitución del pacto social, toda la construcción social y política va a intentar ser reducida a una articulación entre los distintos derechos subjetivos de titularidad estrictamente individual; a saber: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Es así que, toda la concepción moderna del derecho subjetivo se verá signada por esta decisiva formulación desde la perspectiva de los *iura*

---

[15] Grossi, Paolo, *La propiedad y propiedades. Un análisis histórico*, Tradición Española, Madrid, 1992, pág. 27-37 y 111.

[16] Según la tesis central de Goerge Jellinek, la idea de recoger legislativamente los derechos innatos, inalienables y sagrados no es de origen político sino religioso, y se origina en las colonias de los protestantes puritanos ingleses y holandeses que se establecen en América en el siglo XVII, a partir del congregacionismo de Roger Wiliams desde 1640, y que se plasmará por primera vez en el *Royal Charter* de Rhode Island de 1663 (García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, pág. 54).

innata[17] como titularidades naturales o propias del sujeto que al derecho objetivo toca reconocer y proteger. [18]

La Revolución Francesa tuvo un efecto trascendental sobre la ciencia jurídica: la formación del Derecho Público europeo durante todo el sigo XIX y la reconversión del sistema jurídico en un sistema de leyes, colocando al Estado en una nueva configuración el "Estado legislación". Todo el sistema jurídico queda constituido por un conjunto cerrado de leyes, cuyo estudio será abordado por el denominado "positivismo jurídico".

El derecho de propiedad que consagran los códigos civiles influidos por el francés corresponde a un derecho subjetivo en tanto poder o señorío atribuido a una voluntad reconocido jurídicamente. Para el caso del derecho de propiedad es la afectación de una cosa a persona, a quién se le atribuye la titularidad.

Este derecho surge así al mundo jurídico con un marcado individualismo y totalitarismo, en tanto se le otorga exclusividad –respecto de terceros– y poder pleno sobre la cosa para hacer uso de ella según su propio interés o conveniencia.

Tomando ahora como referencia el bien inmueble por excelencia: la tierra y lo construido sobre ella, se advierte que la industrialización y la urbanización[19] marcan el punto de inflexión en su transformación. Valen como ejemplos el incremento de los efectos hacia terceros que produce el aprovechamiento del suelo, la concentración de usos incompatibles, la concentración urbana y su crecimiento, modificaciones en la estructura familiar, implantación de la cultura visual o de apariencias y cambios en los hábitos de consumo[20].

Pero además, ambos procesos acentúan la peculiaridad del bien objeto del derecho de propiedad: es un bien escaso, único y no reproducible. Todo ello demuestra que si el proceso urbanizador o de aprovechamiento del suelo se deja exclusivamente al arbitrio y a la

[17] Los iniciadores de esta corriente fundamental en la conformación del derecho moderno es la Segunda Escolástica, representada sobre todo por los teólogos-juristas españoles del siglo XVI, quienes ejercieron influencia directa sobre la Escuela del Derecho Natural y de Gentes.
[18] García de Enterría, E., op. cit. pág. 78
[19] Ambos fenómenos se desarrollan y analizan en el capítulo III
[20] Por la relevancia de estos fenómenos en la construcción jurídico teórica, en el capítulo VI se exponen las características de la ciudad preindutrial, industrial y postindustrial; con especial tratamiento de los cambios que se producen en la estratificación social.

conveniencia individual de los propietarios, la situación resultante, además de irracional y disfuncional, conduce a la generación de cargas que debe soportar toda la comunidad, incluso el Estado, en beneficio privado sin límite efectivo.

La concepción individualista del derecho de propiedad, propiciada por la burguesía liberal, pronto mostró sus inconvenientes e incompatibilidades en la convivencia social y avanzó hacia una fase en la que conviven la concepción anterior con los primeros ensayos de recuperación social de los componentes colectivos para culminar en el reconocimiento de la función social de la propiedad. Esta etapa define la propiedad en la instancia colectiva a la vista de los intereses comunitarios, de modo que está integrada por deberes junto a las tradicionales facultades, donde el cumplimiento de los deberes juega como condición legitimadora de la apropiación de las facultades.

II.2.2. El derecho de propiedad en la Constitución argentina y en la legislación

En el orden jurídico argentino, la inviolabilidad del derecho de propiedad está garantizada por la Constitución Nacional, específicamente en su artículo 17, en tal sentido establece el principio de legalidad para imponer las cargas tributarias y las restricciones a los derechos propietarios; atribuye al Congreso la competencia para expropiar, bajo la condición de dejar indemne al afectado; reconoce la existencia y protección de la propiedad intelectual y prohíbe al fisco la incautación de bienes y a las fuerzas armadas las requisiciones.

La norma enuncia una serie de garantías del derecho de usar y disponer de la propiedad; derecho que se reconoce a todos los habitantes de la Nación (art. 14) y a los extranjeros, aún a los que no residan en el territorio del Estado Federal[21].

Como se puede advertir, la Constitución Nacional no define el contenido del derecho a la propiedad, ni tampoco parece garantizar el acceso a ella, sino que, más bien, protege a quien ya se encuentra en la condición de propietario. Es así que resulta necesario acudir a las leyes para encontrar su contenido y su función.

[21] Artículo 20 de la Constitución Nacional, reconoce a los extranjeros el derecho a poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos.

El reconocimiento del instituto de la propiedad supone una decisión de construir el orden socioeconómico a partir del dominio privado de los bienes. Esto no significa que el constituyente se vincule a una determinada tradición normativa que le impida incorporar nuevas configuraciones de los contenidos dominiales. Pero sí implica la consolidación constitucional de un núcleo esencial de la institución, que debe ponderar el legislador al momento de reglamentar su contenido y su ejercicio.

En el Derecho Civil argentino, la propiedad se identifica con el dominio y sus desmembramientos, se la caracteriza con las notas de exclusividad y perpetuidad y se establece que es inherente a la propiedad el derecho a poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme un ejercicio regular[22].

Por lo tanto, el derecho a la propiedad es considerado como una expectativa reconocida por la ley, es decir, que las normas dan el perfil del derecho, que no resulta inalterable sino que se va modelando de acuerdo a las necesidades del bien común.[23]

II.2.3. El dominio público y privado del Estado

Estamos de acuerdo, entonces, en que el bien que tradicionalmente es objeto del derecho de propiedad es la tierra. Esta constituyó la fuente de los mayores conflictos, de innumerables invasiones y colonizaciones, y de los peores enfrentamientos armados de la humanidad.

Ante la contundencia de los datos aportados por la realidad histórica, es evidente que la tierra como recurso natural constituye también un recurso económico –que dio sustento físico a las distintas formas de organización de la sociedad y al industrialismo en especial– y un recurso social, toda vez que los seres humanos necesitan usar de ella para desarrollar su vida y sus potencialidades.

[22] Artículo 1513 del Código Civil
[23] Gelli, María A., op. cit. pág. 151/152.

Recordemos que en la Constitución Nacional de 1853 admitió como titulares del derecho de propiedad a los habitantes del suelo argentino y a los extranjeros. Por su parte el Código Civil reconoció entre los titulares de este derecho fundamental al Estado (Art. 2339).

Tradicionalmente en el Derecho Administrativo se estudia el dominio público del Estado, y se advierten las diferencias y peculiaridades que presenta frente al dominio privado del Estado[24]. Sin entrar en viejas discusiones, se puede sostener que la nota característica del dominio público es el régimen jurídico especial al que está sometido. Como bien observa Marienhoff[25], no existen bienes públicos por naturaleza o por derecho natural, su existencia depende de la voluntad del legislador.

En cuanto al elemento objetivo, esto es, a los bienes que resultan objeto de dominio público, señala el mismo autor, que a las tierras fiscales suele llamárseles "tierras públicas"[26]. Dicho uso técnicamente es incorrecto porque no se trata de cosas del dominio público, sino de cosas patrimoniales del Estado. Únicamente por comodidad del lenguaje se las denomina "públicas", con lo que sólo quiere expresarse que no se trata de tierras pertenecientes a los particulares, no obstante el carácter privado de tales bienes.

En el régimen jurídico argentino están afectados al dominio público del Estado los siguientes bienes: vías públicas de comunicación (calles, caminos, carreteras, autopistas); espacios de esparcimiento (plazas, parques) cementerios; bibliotecas, museos y archivos públicos; bienes del Estado sometidos a la prestación de servicios públicos; monumentos; fortalezas; espacio aéreo; cursos de agua; línea de ribera; plataforma submarina; costas marítimas (Arts. 2340, 2637 y 2639 del Código Civil).

Dado que las leyes varían de un país a otro, lo que ha de considerarse como bien de dominio público o privado del Estado depende del ordenamiento jurídico que se aborde. Sin

[24] Los doctrinarios no llegan a un acuerdo respecto de las notas características del dominio público, pues cada uno e xige l a c onjunción de di stintos r equisitos. R especto de l d omino privado no e xisten inconvenientes porque es idéntico al dominio de los particulares que se rigen por las leyes ordinarias.
[25] Marienhoff, Miguel S., *Tratado del dominio público*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1960, pág. 119.
[26] Marienhoff, Miguel S., op. cit., pág. 33.

embargo, la elección del régimen en esta materia descansa en una serie de condicionantes históricos, geográficos, socioeconómicos[27], que intervienen en la configuración del modelo.

Para abordar esta temática es indispensable analizar cómo se estableció el régimen de propiedad de las tierras en la Argentina. Para ello se describirá brevemente el régimen en los tiempos de ocupación colonial y el sistema adoptado durante la época de la revolución y la independencia.

II.2.4 Tierras Fiscales en la Argentina y en la Provincia de Buenos Aires

La segunda fundación de Buenos Aires, en el año 1580, concreta el propósito del rey de España de fundar una ciudad en el estuario, que sirviera de reparo a la vía con España. El Adelantado Juan de Garay parte desde Asunción con diez españoles y cincuenta nativos. Arriba a las costas del Riachuelo el 29 de mayo de 1580 y el 11 de junio decreta la fundación de la ciudad.

Entre sus múltiples labores para organizar la ciudad, podemos citar brevemente su plan para dividir el territorio: junto a la barranca, traza el diseño de la Plaza Mayor, de ahí hacia el oeste, norte y sur, las calles y cuadras que distribuye en solares, establece el Fuerte –de espaldas al río– y divide manzanas para huerta, fracciones de chacra y hacia fuera, otras para estancias. Hace sus "repartimientos" a los pobladores a fin de que se establezcan en ellas.[28]

En un principio, esos "repartimientos", es decir, donaciones, tuvieron como objeto principal poblar la ciudad, dando así estabilidad y realidad a la fundación, pues*:* "…nada arraiga al hombre a un lugar tanto, como saberse propietario de la tierra que ocupa…"[29]. La

[27] Se citan estos tres condicionantes porque son los que serán objeto de indagación empírica en esta tesis, pero se advierte que existen otros condicionantes como por ejemplo los políticos, tanto de política interna como internacional, que por motivos de extensión del trabajo no es posible abordar en esta tesis.
[28] Para ampliar la información, véase Ortiz de Rozas, Nicolás, "Donación de Tierras Públicas en el Río de La Plata desde 1850", *Revista Notarial* N° 809, La Plata, 1973, pág. 493
[29] Ortiz de Rozas, N., op. cit. pág. 944.

ocupación y el destino que se dio a las tierras fueron configurando las características de esta zona del Río de La Plata, que finalmente, influyó en su economía.

Hacia fines del siglo XVI, la población vivía de la caza y de la pesca. Las labores agrícolas y ganaderas se implementan en el siglo XVII: las huertas –cercanas a la ciudad– se destinaron al cultivo de legumbres y frutales, las chacras producían cereales y las estancias se reservaron para la cría de ganados. A principios del siglo XVIII se industrializan los productos del campo con los saladeros y molinos, que fueron la base de la economía de la Provincia de Buenos Aires.

Luego de las primeras donaciones sucedieron las ventas; la tierra adquirió valor, sobre todo en las zonas cercanas a la ciudad y lejos del peligro de los ataques de los aborígenes, en una franja que iba desde San Fernando hasta Magdalena y la línea de fronteras resguardada por fortines, que iban desplazándose cada vez más al oeste.

Es evidente que el crecimiento de la región rioplatense se sustentó en la propiedad de la tierra, propiedad que ostentaba el Rey y que disponía mediante donaciones y ventas que efectuaban sus comisionados; a estos bienes se los denominaba "realengos".

Durante el período de revolución e independencia, variadas fueron las formas en que el Estado dispuso de las tierras, única fuente de riqueza material, en relación a las necesidades que se debían cubrir.

Tras la Revolución de 1810, mediante Decreto firmado por Don Cornelio Saavedra el 15 de junio, se ordena la inspección de todos los fuertes de fronteras, con el fin de relevar la legitimidad con que se ocupan las tierras y de los bienes "realengos". Esto evidencia la preocupación del nuevo gobierno respecto de la posesión y propiedad de las tierras fiscales. El 15 de marzo de 1813 la Asamblea General ordena que el Poder Ejecutivo disponga de las fincas que pertenecen al Estado, para incrementar el erario público.[30]

En septiembre de 1814, por Decreto del Poder Ejecutivo se establecen las bases para la formación y fundación de los pueblos de campaña. Fija como extensión del poblado una

[30] Muzlera, Joaquín, *Tierras Públicas*. Recopilación de Leyes, Decretos y Resoluciones de la Provincia de Buenos Aires desde 1810 a 1895, Editor Isidro Solá Sans, La Plata –sin año de edición-.

legua cuadrada; el mojón se establece en el centro de la plaza; las tierras se dividen en **suertes** para la labranza, las que se componían de 4 cuadras cuadradas de 120 varas, con un camino espacioso de 20 varas de ancho que es la vía principal que conduce hasta el pueblo. Cada **suerte** debía tener una extensión determinada, y los pobladores que tuvieran tierra en mayor extensión dentro del ejido debieron entregarla al Estado. Por otra parte, los terrenos del Estado se vendían previa publicación del precio que surgía de una tasación realizada por el Alcalde y el Cura[31]. La obligación de labranza fue una condición para la posesión de las tierras: quienes no efectuaban dicha actividad debía venderla o arrendarla a los colonos. La obligación pesaba también respecto de los compradores de tierra del Estado.

Mediante Ley del 9 de Agosto de 1816, el Congreso Nacional resolvió rescindir la venta de fincas del Estado efectuadas durante el período de revolución, cuando del precio surgía que se actuó con lesión enormísima. Por otra parte, se concedían tierras en la línea de fronteras, así mediante Ley del 13 de mayo de 1817 con la finalidad de extender el territorio, el Congreso Nacional autoriza al Director Supremo para adjudicar en propiedad las tierras de la nueva demarcación[32].

A solicitud del gobernador de Cuyo, el Congreso Nacional mediante Ley del 3 de octubre de 1819 faculta al Supremo Poder Ejecutivo a repartir los terrenos baldíos en las fronteras, en aquella Provincia y en las demás, considerándolos terrenos del Estado y disponiendo que sólo algunos se dieran en forma gratuita, y ordena formar una comisión para redactar el reglamento de reparto.

Así se sucedieron resoluciones y decretos que daban prioridad a los ocupantes de las tierras y que fomentaban la ocupación de territorios del sur, teniendo en consideración la

[31] Ante la falta de inventario de tierras fiscales, uno de los mecanismos que se adoptan para la venta de tierras fiscales es el de la denuncia efectuada por un particular de tierras libres de ocupación la que tramitaba mediante expediente ante una oficina del gobierno y culminaba con la operación de venta o concesión y en la entrega de los títulos. Aunque este mecanismo fue muy confuso y al día de hoy aún existen tierras en la Provincia de Buenos Aires con problemas de titularidad e inscripción.

[32] En cumplimiento de este objetivo se dictan los Decretos del 22 de julio de 1817, de fomento de población en la nueva línea de fronteras; del 5 de noviembre de 1818 que concede tierras más allá de la última demarcación en las Sierras de Tandil, para aumentar el establecimiento de quienes se dediquen a la cría de ganado a la agricultura debiendo solicitar el Supremo Gobierno los terrenos baldíos que gusten ocupar en aquella demarcación.

abundancia de recursos naturales y la comodidad del puerto, en la región de Patagones, para trasladar los productos[33].

La prosperidad de la economía agrícola ganadera en esta región continuó hasta el año 1826, año en el cual se instituye el régimen de enfiteusis. El fundamento de adopción de este nuevo régimen es la deuda pública que adquirió el Estado con la firma Baring Brothers[34], mediante Decreto firmado por Rivadavia el 16 de marzo de 1825 se prohíbe la enajenación de tierras del Estado en todo el territorio nacional, por ser garantía de la deuda nacional de quince millones de pesos.[35]

Según Ortiz de Rozas hubo un estancamiento en la prosperidad porque se perdió el interés de trabajar un campo que no era propio y los pocos enfiteutas interesados obtuvieron grandes extensiones que les era imposible de trabajar individualmente, no se pagaron los cánones y el gobierno se perjudicó económicamente. Sin embargo, se mantuvo el sistema de concesión de solares para cultivo y pastoreo en las nuevas líneas de frontera, con el claro propósito de consolidar la incorporación de más territorio nacional[36].

El gobierno surgido en 1835 tuvo como objetivo la colonización efectiva de la tierra por pequeños propietarios, ayudados por el Estado, quitándola a los enfiteutas que poseían enormes extensiones. El 10 de mayo de 1836 la Junta de Representantes dictó la Ley agraria, que restableció la disposición de la tierra pública, a pesar de la garantía de los empréstitos y sacó a la venta 1.500 leguas cuadradas. En 1840 fue obligatorio poblar la tierra para obtener el

[33] Resoluciones de septiembre y diciembre de 1821, en Muzlera, Joaquín, op. cit.
[34] Por Decreto de abril de 1822 se dispone que hasta la sanción de la ley sobre tierras, no se expedirán título alguno de propiedad, ni se pondrán en remate, ni se admitirá la denuncia. Por
Decreto de julio del mismo año se establece que ningún terreno que esté a las órdenes del Ministerio de Hacienda será vendido, sólo podrán darse en enfiteusis con arreglo a la minuta de ley sobre terrenos. También por Decreto del 24 de diciembre de 1823 se crea el Registro de escrituras de terrenos que se den en enfiteusis a particulares, estableciendo reglas de demarcación, dimensión y ubicación, canon y fecha de pago. Por Decreto del 9 de abril de 1824 se nombra una comisión para mensurar las tierras del estado y en agosto del mismo año se ordena la regularización de la propiedad de solares en pueblos de campaña, mediante la creación de un registro que debe llevar el juez de primera instancia.
[35] Por Ley del Congreso Nacional del 18 de mayo de 1826 se ordenó la entrega en enfiteusis de las tierras de propiedad del Estado, cuya enajenación se prohibió por ley del 15 de febrero del mismo año, por el término de veinte años a partir del 1 de enero de 1827. Por Decretos se organiza el procedimiento y demás condiciones del sistema, se exceptúan de aquella prohibición a los solares y fincas urbanas de propiedad pública (Decreto del 5 de diciembre de 1827). Por Ley del 26 de febrero de 1828 se establece que las tierras públicas de pastoreo se darán en enfiteusis por el término de diez años.
[36] Véase Decreto 946/1828 (Dorrego) en el Anexo.

título definitivo. Por Decreto de 1862 se establece un límite a la cantidad de solares, quintas y chacras que se pueden conceder a una sola persona o sociedad[37].

Por Ley del Congreso Nacional del 4 de octubre de 1878 se crean territorios nacionales dentro de lo que eran límites de la Provincia de Buenos Aires, pese a las protestas que generó esta ley, las tierras conquistadas por Alsina y Roca pasaron a ser tierras públicas nacionales. Esta vez fue el Estado compensación de su comportamiento militar.

A fines del siglo XIX y principios del siglo XX, inmensas extensiones de tierras se dieron a particulares y a organizaciones extranjeras en la Patagonia; muchas fueron tomadas en una extensión mayor que la acordada y otras fueron motivo de apropiación sin título. En los territorios del norte –Chaco y Formosa– miles de hectáreas fueron adjudicados mediante planes de colonización incompleta, ya que se cedía la tierra pero no se proveían de medios necesarios para la explotación. En este aspecto resulta ilustrativa la ley de venta de tierras fiscales de 1882, que divide las tierras de propiedad nacional en secciones: Territorios de la Pampa y Patagonia, Territorios del Chaco y Territorios de Misiones. Las tierras se destinan a pastoreo y a la agricultura, estableciéndose las dimensiones y los procedimientos para cada caso. La venta se realiza en remate público y el producto se deposita en el Banco Nacional.[38]

Como puede advertirse de esta apretada síntesis jurídica e histórica, la organización del territorio y la regulación del uso y goce de la tierra ha sido una cuestión central en la vida institucional del país que, por su deficiente administración, ha provocado grandes problemas en la distribución de la riqueza inmobiliaria y en la titularidad dominial; esto a su vez incide posteriormente en la regulación de usos, espacios y zonas del ordenamiento urbano y territorial[39].

Esta es la base fáctica sobre la cual aparece la legislación del régimen de propiedad contenida en el Código Civil sancionado en 1886, circunstancias que merecen mencionarse para la mejor comprensión del estado actual del problema de tesis.

[37] Véase el texto completo del decreto del 1 de septiembre de 1862 (Mitre) en el Anexo.
[38] Véase texto completo de la ley 1265 en el Anexo.
[39] Este tema se aborda en los capítulos centrales que conforman la segunda parte del trabajo de tesis.

II.3. LOS CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Una vez detallados los antecedentes histórico-jurídicos de la legislación sobre el uso y goce de la tierra, corresponde ahora ingresar en el tratamiento puntual del plan urbanístico general que contienen las ordenanzas municipales de ordenamiento urbano.

Desde el punto de vista material, el plan es una norma inserta en un sistema de concreción sucesiva de las disposiciones legales que disciplinan jurídicamente los usos del suelo y del territorio.

Tal como hemos descrito, la regulación del derecho de propiedad de la tierra se encuentra anclada en el interés privado, es decir, en el interés de su titular. La regla general indica que sobre todas las cosas o bienes, recaen intereses privados y sólo, excepcionalmente, intereses públicos que son delimitados y específicos.

La promulgación de las leyes de uso del suelo y de ordenamiento territorial, en el ámbito de las provincias argentinas, supuso la incorporación al régimen público de la actividad urbanística. De esta manera, la regulación urbana pasa a ser una función pública dirigida a la ordenación integral del territorio.

Es evidente que este cambio implicó una alteración sustancial en la regulación del derecho de la propiedad de la tierra, en tanto que la ordenación urbanística ha de establecer siempre, en última instancia y desde el punto de vista jurídico, un régimen regulador que limite el ejercicio de aquel derecho.

II.3.1. El régimen general y la posibilidad de establecer excepciones

Así como existe unidad de criterios para definir y establecer qué es objeto de planificación urbana, quiénes son los órganos encargados de tal empresa y cuáles son las

facultades y los poderes necesarios para establecer un régimen general en materia de ordenamiento y planificación urbana en el ámbito nacional, provincial y municipal; no ocurre lo mismo en cuanto a la posibilidad de establecer un régimen de excepciones a las reglas generales en materia de ordenamiento urbano.

Las decisiones que han tomado los máximos órganos judiciales en el orden nacional y provincial, pese a la profundidad en el análisis de la cuestión, no han logrado unidad de criterios para aceptar en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de implementar un régimen de excepciones a las reglas generales establecidas por la autoridad competente. Aunque paradójicamente, dichas autoridades han dictado por doquier normas de esa naturaleza[40]. Surge aquí el siguiente interrogante: ¿qué función cumplen las normas jurídicas cuando prescriben sobre planificación urbana, limitando la utilización de la propiedad privada y ordenando el espacio público en el ordenamiento jurídico argentino y en la estructura social?

Para responder a este planteo es necesario abordar un estudio jurisprudencial sobre el tema, a tal fin adoptamos la concepción jurídica que afirma que el derecho es ante todo experiencia. En tal corriente, el juez no es un mero subsunsor de normas sino que al aplicar las normas jurídicas interpreta la porción del conflicto social que se institucionaliza en la trama del proceso judicial.

Con el objetivo de ilustrar el estado de la cuestión referida a las normas de excepción en materia urbana, a continuación presentamos dos casos que consideramos paradigmáticos, pues en ellos se observa la vigencia de interpretaciones opuestas entre la Corte Suprema de la Nación y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Tomaremos elementos que resultan claves para dilucidar el esquema conceptual básico que subyace en aquellas decisiones, desde donde abordaremos la cuestión, para proponer –luego del desarrollo de los principales condicionantes del fenómeno urbano– una reelaboración conceptual.

[40] Esto surge con la simple confrontación normativa citada en el punto 2. del presente capítulo y también de las ordenanzas a nivel municipal que admiten excepciones a sus códigos de ordenamiento territorial.

II.3.1.1. El caso "Pustelnik"

Se trata de un recurso de hecho deducido por Mariscal Ramón Castilla S.A. y otros en la causa "Pustelnik, Carlos Arnoldo y otros s/ resolución del Intendente Municipal s/ recurso contencioso administrativo"[41], resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1975.

El Intendente de la Ciudad de Buenos Aires dejó sin efecto la resolución tomada por la Secretaría de Obras Públicas del municipio, mediante la cual se autorizó a la empresa Mariscal Ramón Castilla S.A. a construir un edificio en torre en el predio Mariscal Ramón Castilla 2871, ordenando ajustar el proyecto y la construcción de la obra a las normas urbanísticas para el área de Palermo Chico aprobada por la Ordenanza 25.132; o de lo contrario se ordenaría su demolición.

La Cámara de Apelaciones confirmó la decisión del Intendente municipal, calificando la resolución del Secretario de Obras Públicas de la Municipalidad que otorgó el permiso de ilegítima e irregular. En este estado llega la causa a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, quien indagando los aspectos sustanciales de la cuestión, entiende que el acto administrativo que autorizó la construcción no ostentó vicios manifiestos de gravedad jurídica suficiente para ser calificado como irregular y que la ordenanza municipal vigente al momento de la autorización resultaba poco clara y de dificultosa interpretación, cuestión que se solucionó con el posterior dictado de la Ordenanza N° 25.132.

Concluye así que el decreto revocatorio se sustentó en razones de mérito, oportunidad o conveniencia y se fundó en la nueva Ordenanza antes citada, que resulta ser la norma de ordenamiento general.

[41] Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 293:133

Si bien este caso se lo conoce más por la construcción jurídica que elaboró la Corte Suprema en torno de la nulidad de los actos administrativos, también resulta emblemático en materia urbana, toda vez que confirmó la decisión del intendente al reconocer de este modo la actividad de policía represiva que permitió ordenar la demolición cuando la obra no respetaba las normas generales de ordenamiento territorial.

En lo atinente a la teoría de las nulidades podemos afirmar que, aun cuando la decisión de la Corte Suprema confirma el acto revocatorio, el cambio de calificación del acto administrativo no es una cuestión de sutileza en el uso del lenguaje técnico sino, que coloca al conflicto dentro de términos teóricos diferentes. Al descartar la teoría del acto irregular y al declarar que la revocación del intendente municipal fue adoptada por razones de oportunidad, mérito o conveniencia y no por razones de ilegitimidad, provocó dos efectos fundamentales respecto de las potestades del poder administrador en materia de ordenamiento urbano.

Por un lado, impide a la autoridad administrativa revocar sus actos por sí y ante sí; es decir, que ante una posible situación donde no se respeten las normas urbanísticas generales debe recurrir a la justicia para obtener la nulidad de su autorización irregular o ilegítima. Por el otro, permite al particular intentar la acción procesal correspondiente para obtener el resarcimiento económico del daño que el acto revocatorio le provoca. Con ello se intenta proteger el derecho a la propiedad e impedir, en cierto modo, la utilización de medio ilegítimos para lograr excepciones a los estándares urbanos.

Advertimos que, sin abordar el tema en forma explícita, la Corte Suprema de la Nación descartó toda posibilidad de permitir excepciones al régimen general vigente al momento de dictar la decisión judicial.

II.3.1.2. El caso “Promenade”

La empresa Promenade S.R.L. inició un expediente de consulta ante la Municipalidad de San Isidro sobre la posibilidad de autorizar la construcción de un edificio torre en una zona calificada por el Código de Edificación como zona parque. En septiembre de 1974 se sanciona la Ordenanza autorizando al Departamento Ejecutivo del Municipio a aprobar el proyecto presentado por Promenade S.R.L.

En diciembre de 1974 la Municipalidad aprobó los planos respectivos. En el curso del año 1975, por una nueva ordenanza, se autorizó que en el mismo edificio funcionaran instalaciones destinadas a sala de conferencias, convenciones, exposiciones, cine y teatro.

Cuando las obras habían avanzado en un 65%, el Intendente municipal ordenó paralizar las obras hasta tanto se analizaran los antecedentes y circunstancias que dieron origen a la autorización de construcción, mediante una "Comisión Investigadora *ad hoc y ad honorem*". Como resultado de esta intervención, el intendente eleva un proyecto de ordenanza al Gobernador ordenando la revocación de las ordenanzas que autorizaron la construcción y el destino de las instalaciones, invocando razones de ilegitimidad. Producido el dictamen de la Asesoría General de Gobierno, el Gobernador dicta la ordenanza 5203/76 que deroga aquellas ordenanzas pero por razones de necesidad y conveniencia.

Justamente sobre la base de esta última calificación, la empresa reclama la indemnización de los daños y perjuicios que le ocasionó la revocación que se derivó en el aniquilamiento total y definitivo de las obras.

Asimismo, resulta conveniente destacar que la empresa había logrado acreditar en el juicio que entre los meses de enero y septiembre de 1978 la Municipalidad demandada había autorizado noventa y dos casos de excepción al Código de Edificación.

Llegado este caso al conocimiento de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires por la vía de cuestión de competencia[42], se resolvió rechazar la demanda sobre la base del principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos, según el cual ningún órgano administrativo puede válidamente violar sus propias reglamentaciones. Concluye así la

[42] Por aplicación del artículo 6 del Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, también denominado Código Varela vigente en aquel entonces.

Suprema Corte que las ordenanzas municipales que autorizaron a la empresa a construir en esa zona eran de nulidad absoluta, porque establecieron previsiones particulares que desconocieron las normas edificatorias generales sancionadas con anterioridad por el Municipio.

Para decidir así, la Suprema Corte Provincial consideró:

a) La doctrina administrativa imperante que sostiene, de manera uniforme, que para dictar un acto de alcance particular que se aparte de una norma reglamentaria preexistente, es menester derogarla, modificarla o interpretarla en forma tal de permitir que, junto a la regla general, coexista una excepción razonable, creada sobre datos objetivos susceptible de ser utilizada por cuantos se encuentren en la misma situación.

b) La inaplicabilidad de los principios del derecho civil sobre derogabilidad e inderogabilidad tácita de leyes, sustentada en la posibilidad jurídica de que la ley especial posterior derogue la ley general anterior en cuanto a la nueva materia comprendida en el nuevo régimen legal especial. Entiende que estos principios son ajenos a la jerarquía normativa reglamentaria respecto de actos de alcance particular.

c) La intrascendencia de la prueba rendida respecto de los permisos de excepción otorgados por el Municipio a los fines de sanear la ilegalidad del permiso otorgado a la empresa, ya que nadie puede fundar un derecho sobre precedentes administrativos donde la ley resulta quebrada.

Este fallo tiene dos votos en disidencia de los Ministros Cavagna Martínez y Negri.

Ahora bien, cabe destacar la disidencia del primero de ellos, a los efectos de nuestro tema de investigación:

El doctor Cavagna Martínez hizo mérito de los antecedentes administrativos y técnicos de la ordenanza en cuestión, que destacan el carácter aceptable y lógico del proyecto, en razón de que el lugar elegido para la construcción constituía, en la realidad, una continuidad de la zonificación comercial. Por otra parte, los numerosos permisos otorgados bajo la misma normativa excediendo los límites por ella impuestos resultan situaciones

fácticas trascendentes en el caso como elementos corroborantes de la apreciación documentada en los antecedentes de la ordenanza cuestionada, en punto a la configuración real de las zonas que revelan la necesidad de modificar el Código de Edificación.

En cuanto al principio de inderogabilidad singular de los reglamentos y sus especiales condicionamientos excepcionantes, entendió que en el caso la ordenanza de excepción o derogación fue creada sobre antecedentes objetivos, ponderados como razonables por el órgano deliberativo, único con competencia exclusiva y excluyente para hacerlo.

Concluyó, sobre esas bases, que la norma particular así expresada no pudo ser abrogada por razones de ilegitimidad, puesto que el desvío de la norma general fue meditado, concienzudo y técnicamente decidido, por razones que interesaban a la comunidad.

Esta postura es la que consideramos más adecuada para resolver la cuestión urbana. Al respecto debemos agregar que, si bien la empresa solicitó la autorización por vía de excepción a la normativa edificatoria vigente, el Consejo Deliberante suprimió el término "excepción" al sancionar la ordenanza. Con esta eliminación es posible entender que el citado órgano había modificado el Código de Edificación otorgando la calificación de "zona comercial" al lugar de localización del predio donde se levantaría la obra. Esta interpretación resulta además coincidente con la morfología urbana de dicha zona, en la que se erigía un área densamente comercial de la localidad de Martínez, sobre la Avenida del Libertador General San Martín en su intersección con la calle Alvear. Tal vez la técnica legislativa adoptada por el Consejo Deliberante no había resultado adecuada, pero se advierte una razonable relación de correspondencia entre la autorización para construir y la configuración urbana del lugar.

El caso "Promenade S.R.L. c/ Municipalidad de San Isidro s/demanda contencioso administrativa" llegó al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la vía de recurso extraordinario.

El tribunal, compartiendo las consideraciones y conclusiones de la señora procuradora fiscal, declara procedente el recurso extraordinario y deja sin efecto la sentencia de la Suprema Corte Provincial.

En el dictamen la procuradora fiscal entiende que la inderogabilidad particular de las reglamentaciones generales no es aplicable a los actos normativos de sustancia legislativa, como lo son las ordenanzas municipales, respecto de las cuales cobra plena vigencia las reglas generales de *lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat generalis*. Para ello analiza la Ley Orgánica Municipal de la Provincia de Buenos Aires de la que se desprende que las ordenanzas han sido nítidamente diferenciadas de las reglamentaciones de los órganos burocráticos o descentralizados de la administración comunal. También se remite al pronunciamiento efectuado por el Tribunal en la causa "Rivademar" donde se sostiene el carácter de legislación local de las ordenanzas municipales, frente al de las resoluciones administrativas emanadas de las autoridades de las entidades autárquicas, que carecen de dicho carácter.

Por otra parte, entiende la Procuradora fiscal que resulta relevante el examen de la conducta asumida por la empresa para determinar los efectos posteriores de la declaración de invalidez, toda vez que el dolo o culpa del particular –o su ausencia– son datos para restablecer la responsabilidad de la comuna que autorizó la obra y llevó a que se realizaran inversiones luego de frustradas por el retiro del permiso de construcción.

Finalmente consideró que el Tribunal provincial había omitido arbitrariamente ponderar los dictámenes periciales tendientes a demostrar la razonabilidad de la excepción acordada, en relación con las normas generales del Código de Edificación, así como la generalización de las excepciones.

Del contenido de ambos casos podemos construir el esquema conceptual que fundamenta dos posturas en la materia.

El criterio de nulidad absoluta **se sustenta** en la inderogabilidad de las normas generales de edificación **consideradas** de naturaleza reglamentaria **razón por la cual** no pueden ser derogadas por actos administrativos individuales. En este esquema conceptual carece de relevancia la configuración real del territorio como también el alto grado de excepcionalidad formal.

El criterio de oportunidad, mérito o conveniencia, que admite la responsabilidad estatal se sustenta en la naturaleza legislativa de las ordenanzas municipales reconociendo la validez de las normas de excepción siempre que se respeten los estándares de razonabilidad y generalidad. A estos fines adquieren relevancia los elementos territoriales involucrados en la decisión.

Surge así la necesidad de incorporar en el segundo esquema conceptual básico, que consideramos adecuado y que además es el imperante en la materia por efecto de la casación nacional, criterios de evaluación del sistema urbano que permitan reconocer si estamos frente a situaciones que merezcan normas de excepción o de adaptación a la morfología territorial. Este es el desafío que enfrentamos en la segunda y tercera parte de esta tesis.

II. 4. CONCLUSIONES PRELIMINARES

Con lo expuesto en este capítulo esbozamos el estado actual de la ciencia jurídica en materia de regulación territorial y además intentamos esbozar elaboraciones brindadas por la dogmática jurídica para justificar la intervención del derecho en la organización y distribución urbana, y sobre todo, en qué criterio, teorías o posturas se sustentan las decisiones judiciales referidas al ordenamiento territorial y urbanístico.

Corresponde ahora ingresar a la elaboración del problema de tesis que se dirige a indagar si realmente es indispensable que la ley[43] regule la conformación de las ciudades. A estos fines se incorporan al análisis teorías de diversas disciplinas que permitirán contextualizar y detectar las falencias de las elaboraciones y teorías que conforman el estado actual del conocimiento jurídico en la materia.

[43] Aquí el término "ley" se emplea en sentido formal, es decir, emanada del órgano con competencia legislativa y mediante el procedimiento preestablecido; y en sentido material: normas con sustancia legislativa, esto es, aquellas que crean, modifican o extinguen derechos de manera general y abstracta aunque emanen de otros órganos del estado.

En este sentido se advierte que, la ciencia jurídica no cuestiona la pertinencia ni la verdad del enunciado que sostiene: *El Estado goza de potestades o poderes para regular respecto de la división, delimitación, uso, ocupación, zonificación, explotación y conservación del suelo y los demás recursos naturales que se encuentran dentro de su territorio.*

Sin embargo, esta afirmación no refiere al origen de esta potestad ni a la función que cumplen estas normas en estructura social. Consideramos indispensable el esclarecimiento de estas cuestiones, para construir criterios de validación del régimen jurídico general y de las excepciones que se observan en esta materia y al mismo tiempo explicitar los principales elementos que condicionan al fenómeno urbano.