

ACCION DE EXPROPIACION IRREGULAR

MARIANO R. BRITO

Profesor titular de Derecho Administrativo
(Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo))

S U M A R I O

I. Concepto. II. La cuestión de la denominación. III. De su naturaleza jurídica. IV. Los presupuestos de la acción: A) ¿Cesión antijurídica de los derechos adquiridos? B) ¿Instituciones jurídicas determinantes de compensaciones económicas de equivalencia? C) ¿Límite o limitación de la propiedad? V. Objeto. VI. Conclusiones.

I. C O N C E P T O

1. La inserción de nuestro tema en la temática de las "Garantías Civiles de la Propiedad", reclama algunas precisiones a manera de pautas metodológicas que guiarán el trabajo.

2. La óptica determinada por la formación intelectual en profundidad que se busca conlleva las referencias al derecho público, o mejor aún, la debida alimentación en sus fuentes y principios.

Se cumple aquí, además, el conciso principio que formulara Boecio, según el cual, todo conocimiento tiene lugar necesariamente al modo del sujeto cognoscente¹.

3. De las fuentes apuntadas se extrae la necesaria y frecuente atención a los fines públicos y a su acción relevante, y aún la preeminencia del bien común más general, en cuanto se trate de bienes de la misma especie.

Simultáneamente se plantea a la investigación la coexistencia y concurrencia del bien particular o singular, con el cuestionamiento constante para su tutela hasta el límite legítimo de su actuación. Y también la composición del conflicto con el primero, cuando la relación se plantea en términos de sacrificio para la acabada satisfacción del bien común, en virtud de su primacía.

¹Boecio, *Consolatio* v.6.

Todo lo cual, a su turno, orientará el examen hacia la operación de uno y otro, y sus relaciones, para advertir los supuestos de legitimación activa y sustantiva de la acción de garantía que nos ocupa.

4. La problemática que subyace, antes que cuestión de un particular ordenamiento jurídico, es fenómeno constante en todos ellos. El examen corresponde, entonces, al plano de la teoría general, sin perjuicio de advertir las peculiaridades de cada uno de aquéllos².

5. En cuanto se halla a examen un medio procesal para la garantía de la propiedad, fundamentalmente ante la conducta indebida, parece al investigador que pueda hallar su objeto, por lo menos parcialmente, subsumido en el campo más vasto de la teoría de las irregularidades administrativas.

Se descuenta que esta pauta para la reflexión parece entrar en colisión con aquella calificada doctrina que niega a la expropiación irregular, el significado "de una expropiación «viciada» o de un acto ilegal"³. No obstante, más adelante advertiremos que si la conducta originaria merece la tacha de irregular o indebida, en nuestra opinión se verá, a la hora del examen del régimen de los principios que la gobiernan y sus efectos, que es posible superar la antinomia en cuestión.

6. Con las premisas aludidas se intentará una definición de la acción de expropiación irregular: ella es un medio jurídico tutelador en orden al amparo judicial correspondiente a la lesión sufrida por el titular de un bien singular en virtud de una conducta administrativa de desposesión, ocupación, perturbación o restricción, definitiva e indebida.

Esta noción, deliberadamente provisoria, de introducción e incompleta, requerirá más tarde su desarrollo, para su justificación y complemento, al cabo de la investigación que intentaremos.

²Lo expuesto supone la atención preferente al régimen jurídico resultante de la Ley argentina Nº 21499 (17. 1. 77) nacional de expropiaciones.

³M. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires. 1973, tomo IV, 351. En igual sentido J. R. Dromi, *Prerrogativas y garantías administrativas*. Unsta. Tucumán. 1979, tomo 2, 17: "En definitiva, se trata de la promoción del juicio expropiatorio por el expropiado y no debe darse a los calificativos de "irregular", "inversa", "indirecta" u otros del estilo, más alcance que el de la promoción procesal del juicio expropiatorio, por oposición a los procedimientos "regular" y "directo" de promoción expropiatoria por el sujeto expropiante".

Una vez más, también para el campo de la investigación jurídica, puede recordarse el principio que Santo Tomás de Aquino citaba, dirigiéndose a Siger de Brabante a propósito de la Filosofía: su estudio no tiene el sentido de conocer lo que otros han pensado, sino de conocer cómo se comporta la verdad de las cosas.

II. DENOMINACION

7. La referencia del derecho comparado nos habla de “expropiación irregular”, “indirecta” o “inversa”. Se habla aún de “cuasi expropiación”⁴.

8. Sin duda, la cuestión de tan peculiares denominaciones encuentra su raíz en la singular calidad jurídica del actor el (particular) que acciona contra el sujeto expropiante “a fin de que éste, en cumplimiento de la voluntad legislativa, adquiera el bien calificado de utilidad pública”⁵⁻⁶. O, como lo ha dicho Dromi: “se llama irregular cuando la iniciativa procesal parte del propietario o titular del bien a expropiar, a fin de que el sujeto expropiante cumpla la expropiación al haber declarado la utilidad pública del bien”⁷.

9. No nos apartamos del correcto criterio legislativo y doctrinario indicado cuando, contando con él, entendemos que la denominación adjetiva “irregular” se nutre también de unos peculiares presupuestos materiales de la acción. La legitimación procesal activa resulta también de esas muy particulares coyunturas sustantivas, cuyo efecto es la lesión patrimonial para el titular del bien afectado.

Advertimos aquí que la fuente jurídica de la acción de expropiación irregular vincula la cuestión de su nombre y calificación, ab initio, con conductas administrativas indebidas, por lo menos en sus supuestos sustantivos más generales. De donde, para nosotros, que la

⁴E. Forsthoff, *Traité de droit administratif allemand* (trad. fr.). Bruxelles. 1969, 150 ss.

⁵J. L. Maiorano, *La expropiación e instituciones conexas según la ley argentina 21499*, en Anuario de Derecho Administrativo (Chile) II (1977/78) 191.

⁶Ver decreto ley 1447 del 25. 4. 75, art. 46, de la Prov. de Mendoza Argentina, disponiendo: “Entiéndese por expropiación inversa aquella en la que la instancia judicial es iniciada por el propietario del bien declarado de utilidad pública, a fin de que el expropiante lleve a cabo la expropiación dispuesta y proceda al pago de la indemnización respectiva”.

⁷Dromi *cit.* 157.

habilitación del adjetivo “irregular” conlleva connotaciones que miran al presupuesto sustantivo, la realidad de que se nutre. Esto último, claro está, sin perjuicio de las ampliaciones del ámbito conceptual que correspondan en virtud de las previsiones de los diversos ordenamientos jurídicos positivos⁸.

10. No creemos hallar oposición entre la categoría conceptual afirmada por Dromi, cuando no atribuye a la calificación “irregular”, “inversa” o “indirecta” u otras del estilo, “más alcance que el de la promoción procesal del juicio expropiatorio”, y aquélla que venimos de formular, porque el autor argentino citado muestra que “El apoderamiento indebido, la restricción o limitación esencial del dominio por parte del Estado o sujetos expropiantes, no obstante la declaración legal de utilidad pública, lesionan ciertamente el derecho de propiedad, constitucionalizado en el ámbito nacional y provincial”⁹⁻¹⁰.

Es que, a la hora del fundamento sustantivo, se encuentra que de la desposesión, ocupación, perturbación o restricción puede predicarse la nota de indebida. Se hace presente una conducta administrativa viciada, de algún modo o manera, y con esto, se opera el planteo de su teoría. Lo último, en todo caso, para ver si se mantienen, operando con sus efectos propios, o por algunas circunstancias, se opera la legitimación con efectos diversos de aquéllos. Con lo cual ya se inquieta al investigador para ver cómo es posible este efecto, cuando en la génesis de la situación jurídica respectiva se halle una conducta administrativa indebida.

11. No obstante, advertida la singularidad de la legitimación ac-

⁸En el ámbito de ampliación que se menciona en el texto, tendría cabida, nos parece, el párrafo b) del art. 51 de la ley argentina 21.499, cit. supra, al disponer: “Cuando de hecho una cosa mueble o inmueble resulte indisponible por evidente dificultad o impedimento para disponer de ella en condiciones normales”. Aquí, antes que una conducta administrativa indebida, se halla en juego un efecto que puede ser connatural a la ley declarativa de necesidad o utilidad pública.

⁹Dromi *cit.* 158 s.

¹⁰Vid. Marienhoff *cit.* 356 advirtiendo uno de los requisitos de la acción de expropiación irregular, en el supuesto de conducta de apoderamiento o posesión indebidas de un bien o cosa declarada de utilidad pública, o la imposición al derecho del titular de tal bien o cosa de una indebida “restricción” o “limitación” que importen una lesión a su derecho de propiedad.

tiva y sus efectos, trasladando las soluciones al campo de los equivalentes y propios de la expropiación regular, tampoco parece procedente hablar de expropiación indirecta o inversa, porque —como bien observó Marienhoff— “aunque el accionante sea el expropiado, éste en modo alguno puede considerarse como “expropiante”, pues la acción de expropiación es siempre del Estado. El expropiado jamás es el “expropiante”, aunque inste o promueva el procedimiento. El término recomendable es expropiación irregular”¹¹.

12. Así las cosas cabría aún preguntarse si no sería del caso descartar también la última denominación por la radical circunstancia apuntada: la acción de expropiación es siempre del Estado. Podría pensarse en una denominación recogida por la jurisprudencia de la Corte Federal Alemana, citada por Forsthoff. Se ha hablado de “cuasi expropiación”, observando: “Es necesario considerar como expropiaciones los ataques ilegales que la potestad pública lleva a la esfera de los derechos del individuo, puesto que sus ataques habrían constituido expropiaciones, tanto por su contenido como por sus efectos si ellos hubieran sido legales y porque ellas imponen de hecho al interesado una carga particular”¹².

III. DE SU NATURALEZA JURIDICA

13. La acción de expropiación irregular se halla amparada en los términos de medio procesal para la tutela jurisdiccional de un bien singular. Su ejercicio opera la litis, dadas que sean las condiciones definidas por el respectivo ordenamiento jurídico para la articulación de la relación procesal.

Su carácter de acción personal se resuelve, para el titular del bien afectado, en el derecho de crédito contra la Administración.

IV. LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCION

14. La lucha multiseccular, mejor aún, milenaria, siempre renovada, sin solución de continuidad, por “las inmunidades del poder”^{12 bis} —parafraseando en cierta medida a García de Enterría— halla, ante

¹¹Ibidem 354.

¹²Forsthoff *cit.* 510.

^{12bis}E. García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, en Revista de Administración Pública (Madrid) 38 (1962) 167-180.

sí, la afirmación categórica de la personalidad humana, portadora de derechos inherentes o de raíz natural¹³, independientes de toda situación jurídica positiva¹⁴ y a cuyo respecto compete a la normatividad estatal la tutela para su desarrollo.

Supuesto ineludible de ese desarrollo es la consagración de los medios procesales para la protección jurisdiccional.

Frente al Estado, Leviatán majestuoso, se alza la potencialidad de las determinantes ontológicas, la naturaleza de las cosas, reclamando conductas respetuosas del justo orden natural.

15. Nuestros regímenes positivos frecuentemente reconocen en el ámbito del orden natural, al derecho de propiedad, o lo regulan de tal manera que lo constituyen pieza indispensable para el desarrollo de aquel orden en plenitud y libertad.

En su consagración originaria con el atributo de “disfrutar y disponer de las cosas del modo más absoluto, con tal de que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o reglamentos”¹⁵, y con la calidad de “sagrado e inviolable”¹⁶, en las fórmulas superlativas del jusnaturalismo decimonónico, reveladoras de un individualismo amputado de la proyección social de su titular, la persona humana.

Más tarde, las formulaciones que conllevan junto al reconocimiento del derecho público subjetivo, el conocimiento de su función social, con explícita recepción de afinados criterios doctrinales del pensamiento jurídico y social cristiano¹⁷.

Muestra acabada de lo expuesto fue ya la Constitución de Weimar, cuyo art. 153 expresó concisamente: “La propiedad obliga”.

Su uso debe servir al mismo tiempo el interés común. La preci-

¹³Constituciones argentina de 1853 (Art. 8) y uruguay (Art. 72).

¹⁴Acto institucional Nº 5 (Uruguay), de 20. 10. 76., Art. 1.

¹⁵Código Civil de Napoleón Art. 534, reiterando la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789.

¹⁶Constitución uruguay de 1830, art. 144.

¹⁷Constitución pastoral *Gaudium et Spes* (Concilio Vaticano II), en Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid. 1967, Nº 71, p. 373. “La propiedad privada o un cierto dominio sobre los bienes externos asegura a cada cual una zona absolutamente necesaria para la autonomía personal y familiar y deben ser considerados como ampliación de la libertad humana”. Y agrega: “La misma propiedad privada tiene también, por su misma naturaleza una índole social, cuyo fundamento reside en el destino común de los bienes” (cit. p. 374).

sión conceptual se reitera en la Ley Fundamental de Bonn, art. 14, así como en la Constitución Italiana, art. 42.

16. A partir de la expresión normativa del más alto nivel, se desenvuelve el régimen jurídico protector. Este se mueve en relación tensional para la efectividad de la tutela, alcanzando el hipocentro cuando se plantea la cuestión extrema del sacrificio singular: para la satisfacción de la necesidad o utilidad pública. La exigencia determinada por ésta resuelve la cuestión en la justa compensación, habilitante de la equivalencia económica restablecedora de la igualdad ante las cargas públicas.

Este ámbito tutelador de equivalencia se desarrolla particularmente en el régimen de la expropiación forzosa.

17. No obstante, la patología de las relaciones se revela como fenómeno posible, al margen de las exigencias ónticas para la justa composición. Fácticamente se perturba el mecanismo expropiatorio con su solución de equivalencia, porque los inmuebles de propiedad privada están expuestos a soportar “atentados de hecho”, como recordaba Otto Mayer.

La praxis administrativa puede conducir a la patología apuntada, interpellando a la justicia y el derecho para el restablecimiento integral de la situación jurídica dañada.

18. Pero cuando se examina el cauce de la acción de expropiación irregular, volcándose la búsqueda sobre su génesis, naturaleza y efectos jurídicos, cabe preguntarse: ¿Cuál es la zona de las instituciones jurídicas en que se opera; y cuáles son sus presupuestos materiales? ¿Se resuelve, acaso, en la comprobación de esos “atentados de hecho”, de tal manera que se deberá subsumir la cuestión en la teoría de la responsabilidad administrativa extracontractual por la conducta ilícita; se trata de atender a la tutela de los derechos adquiridos para su pleno restablecimiento cuando son dañados o puede operar la legitimación de la conducta abriéndose la ruta de las indemnizaciones o compensaciones económicas de equivalencia por la asunción singular de un sacrificio en interés general; o, por último, se ha de resolver la cuestión según la dogmática de los límites de la propiedad o, antes bien, se perfila una limitación de la misma?

La solución para la cuestión planteada procura revelar el fundamento sustantivo o material de la acción de expropiación irregular.

A la vez, por esa vía, se busca la noción comprensiva del género

común y el conocimiento de la diferencia específica que singularice la expropiación irregular.

19. Cuestión previa a la propuesta es saber por qué la expropiación irregular ofrece las proyecciones sugeridas, no obstante la mediación de un régimen de garantías constitucionales de la propiedad con muy concretas exigencias para la regularidad de la expropiación; y por qué, ante el apartamiento de ellas, la cuestión no se resuelve, sin más, en los efectos de la conducta administrativa ilícita¹⁸.

Es que concurren aquí, haciéndose presentes, las relaciones que entrelazan administración pública y administrados, en el encuentro del bien común con la propiedad privada. Por esto la solución no se verá afincándose sin remedio en la zona de la ilicitud y responsabilidad consiguientes, porque de alguna manera será la ley de preeminencia del bien común supraordenado la que, jugando en la especie su papel, impedirá subsumir los supuestos de expropiación irregular en el campo del hacer administrativo ilícito.

20. Menos aún puede resolverse al cuestión en la pervivencia de las soluciones de poder de la Administración, en términos fácticos exclusivamente, porque esto repugna al Estado de Derecho por su adhesión a la dogmática que lo informa. Tampoco es una determinación colectivista del sacrificio sistemático del derecho de propiedad hasta su extinción porque, en este extremo, él no sobrevive en su ser de derecho público subjetivo, mas tan sólo su objeto en la medida de su actuación como factor social permitido.

21. ¿Cuál es, entonces, el género jurídico al que pertenecen los fundamentos sustantivos de la acción de expropiación irregular?

A) *¿Lesión antijurídica de derechos adquiridos?*

No se olvida la problemática constante del Derecho Administrativo cuando atiende a la confluencia del valor seguridad jurídica (con el respeto que él entraña para el derecho de propiedad) y de aquellos valores concernientes al fin público o bien común más general cuya realización compete al Estado.

Se advierte ya la dificultad para la concreta definición y delimitación del uno y de los otros, porque actúan con la dinámica que

¹⁸El Art. 51 ap. a) de la ley 21.499 cit., constituye un ejemplo claro del apartamiento señalado en el texto.

les es propia, sendos conceptos jurídicos indeterminados, cargados de sentidos y valoraciones. Pero también la dogmática jurídica del Estado de Derecho reclama un mínimo de estabilidad de la vida jurídica, a cubierto igualmente de las invasiones caprichosas del autoritarismo totalizador y de las sujeciones sin fin ni otro límite que las posibilidades físicas de los imperativos colectivistas.

A aquel mínimo de seguridad jurídica corresponde históricamente la afirmación de los derechos adquiridos. En su zona se encuentra el de propiedad con su tutela constitucional.

El cede al bien común supraordenado sólo, en principio, cuando se dan los extremos que la Ley Fundamental establece para la expropiación forzosa¹⁹, los cuales, sin mengua de exigencias jurídico formales, atienden a la primacía del primero en su zona o ámbito peculiar.

Los intereses concurrentes plantean la cuestión de la composición justa del conflicto y ésta, porque es jurídica, debe atender a la jerarquía de los fines comprometidos. Esta regla preside la asunción del sacrificio por el particular. Pero, por exigencia connatural de la misma, cuando ultrapase la esfera de fines cuya ejecución compete al Estado, vuelve ilícito el medio, subsistiendo en favor de la propiedad singular el derecho de su titular a la seguridad jurídica. Esta se debe resolver en el resarcimiento y la reparación para el restablecimiento integral de la situación lesionada (mediante sentencia anulatoria o de condena para la abstención de la conducta violatoria y de reparación para la disminución patrimonial).

De tal modo, deviene ilícita aquella expropiación de la que (no obstante la calificación de necesidad o utilidad pública por ley y la observancia del procedimiento respectivo) resultare estar ausente el fin público debido. La expropiación aquí resulta viciada por la ausencia de la regla de razonabilidad que debe presidir la calificación legal, en orden al bien común material o espiritual²⁰.

Atendiendo al medio —acto administrativo de designación— para el fin debido, resulta también ilícita la expropiación cuando no responde razonablemente a aquél²¹.

¹⁹Ley declarando la necesidad o utilidad pública y la justa compensación.

²⁰Por la ley de la Nación Argentina 21.499, Art. 1, se adjetivan correctamente las especies posibles del bien común.

²¹Ibidem, Art. 7, recogiendo el criterio de razonabilidad comentado.

El campo examinado es ajeno a los supuestos de expropiación irregular.

En ambos casos expuestos, el legislador y a la administración pública, los poderes jurídicos les han sido otorgados en vista del fin público a alcanzar. Cuando el medio empleado no participa de la exigencia de razonabilidad que se expone, compromete su regularidad jurídica por violación del principio general de derecho que reclama la proporcionalidad de los medios puestos en obra²² ²³.

En las hipótesis consideradas, la valla tuteladora de la propiedad acciona para restablecer la situación jurídica violada, de manera que el derecho adquirido subsista sin menoscabo.

Igual conclusión procede cuando la conducta administrativa de desposesión o perturbación no reconoce ley que califique de utilidad pública los bienes afectados y sujetos a expropiación. Como observó Gordillo, "... en tales hipótesis... no habría lugar a la expropiación bajo ninguna de sus formas, ni siquiera por analogía, y que en consecuencia lo que corresponde en tales casos es restituir la situación de hecho al estado en que se encontraba antes de la lesión, y reparar el perjuicio ocasionado. No corresponderá, entonces, interpretar que el particular puede volver extinguido su derecho por el accionar de la administración y quedarse en su lugar meramente con una acción de daños y perjuicios o de indemnización, sino que tendrá derecho tanto a la reparación del perjuicio como a la anulación de la conducta lesiva"²⁴ ²⁵.

Las situaciones consideradas se alejan de todas aquellas figuras jurídicas cuya dinámica conduzca —por operación de las reglas que las animan— a que, no obstante vicios o defectos de la desposesión,

²²Forsthoﬀ *cit.* 492.

²³Vid. nuestro *De la razonabilidad del acto administrativo: la cuestión de su contralor jurisdiccional anulatorio*, en *Revista de la Facultad de Derecho* (Montevideo) xxiii (1975) 172 ss.

²⁴Vid. el comentario de A. Gordillo en *La ley nacional de expropiaciones 21.499* AADA. Buenos Aires. 1977, 36.

²⁵En ese orden de cosas es totalmente congruente la afirmación de Marienhoff cuando, refiriéndose al ap. c) del Art. 51 de la *Ley 21.499* concluye que también es indispensable la existencia de una ley declarativa de la necesidad o utilidad pública; en igual sentido Cassagne, *La nueva ley de expropiaciones de la Argentina*, en *Revista Uruguaya de Estudios Administrativos* (Montevideo) 1978 (1) 69.

ocupación o perturbación originaria (irregular o indebida, por tanto), ella subsista legitimada y definitiva, y consumado el sacrificio singular del derecho de propiedad (lato sensu) adquirido, surgiendo el desapropio.

¿Se abre aquí a nuestra reflexión el campo de las instituciones generadoras de prestaciones de equivalencia económica?

B) *¿Instituciones jurídicas determinantes de compensaciones económicas de equivalencia?*

¿Se identifica el fundamento sustantivo de la acción de expropiación irregular con los principios y efectos de estas instituciones? ¿Estamos ante un nuevo caso de aquellos en que “el derecho sacrificado debe ser convertido en el derecho al equivalente económico”²⁶, o en la terminología de Garrido Falla, una hipótesis de “conversión obligatoria de derechos”²⁷. ¿Trátase de una especie de aquel género que Lucifredi denominó “prestazioni obbligatorie in natura dei private alle pubbliche amministrazioni”²⁸.

Su supuesto es el sacrificio o la afectación de los derechos de los particulares en virtud de una conducta estatal legítima, generalmente administrativa. Estas situaciones jurídicas hallan en la base de su ser peculiar, una obligación jurídica del particular de ceder su bien al ente público: consiguientemente se presupone la legitimidad del acto o del hecho de la Administración con el que ella reclama del particular la puesta a disposición de un bien, o del que ella directamente se apropia. Cuando tal obligación falta, el acto o el hecho de la Administración es ilegítimo, estamos totalmente fuera del campo de los deberes de prestación y entramos en el campo de la responsabilidad del Estado por sus actos ilegítimos²⁹. El efecto propio de esas instituciones refiere a la indemnización o compensación, pero no al restablecimiento en especie del derecho de propiedad afectado.

²⁶R. Alessi, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Giuffrè. Milano. 1958, 530.

²⁷F. Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*. IEP. Madrid. 1975, II 239.

²⁸R. Lucifredi, *Le prestazioni obbligatorie in natura dei private alle pubbliche amministrazioni*. Cedam. Padova. 1935.

²⁹Ibidem 29.

tado en bienes singulares porque media la legitimidad de la conducta administrativa.

No se trata, como en los supuestos de responsabilidad por conducta ilícita, de alcanzar, hasta donde sea posible, "la reducción en prístino del interés lesionado: ... la indemnización, por el contrario, por su naturaleza, no puede consistir más que en el equivalente económico de la lesión"³⁰.

Aquí, la necesidad de obtener el bien de propiedad privada, para el fin público, impone el sacrificio legítimo. Con éste (para mantener la igualdad ante las cargas públicas), la compensación en términos de valores equivalentes³¹. Este es el campo de la expropiación forzosa, de las requisas cívicas y militares y ocupaciones extemporáneas.

La indemnización no resulta explicada por la singularidad del daño, porque ésta también se advierte en las hipótesis de desposesión ilícita antes mencionadas. Pero sí se encuentra el sacrificio personal para el bien común, determinando la compensación de equivalencia para asegurar la igualdad ante las cargas públicas. Un principio de justicia distributiva lleva a compensar a quien sufre de un modo singular, el sacrificio impuesto en vista del interés general.

Pero si la acción de expropiación adjetivada "irregular" se encuentra con los supuestos de conducta administrativa de desposesión, perturbación, ocupación o restricción "*indebida*", parece alejarnos consecuentemente de las situaciones jurídicas expuestas, de su fuente (legitimidad de la conducta estatal) y de su consecuencia indemnizatoria.

Y si con Sayagués Laso recordamos que se comprende en la singular calificación aquella expropiación en "que se procede según el procedimiento establecido por la ley, pero incurriéndose en errores que lo vician"³², se operaría la reconducción de la cuestión a los términos de la teoría de las irregularidades de la actuación administrativa y responsabilidad consiguiente, en tierras extrañas a la teoría de la indemnización o de las compensaciones económicas de equiva-

³⁰Alessi *cit.* 538.

³¹*Ibidem* 519.

³²E. Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo* (2 vol.). Montevideo. 1959, II 317.

lencia, cuyo supuesto es —reiteramos— la legitimidad del obrar administrativo.

No obstante, como en el derecho argentino, por voluntad legislativa el objeto de la acción de expropiación irregular apunta a la indemnización de equivalencia, con identidad de régimen jurídico que aquel que gobierna la institución expropiatoria regular³³. Una regla de derecho positivo opera el efecto de la convalidación de fenómeno de la desposesión o perturbación irregular o indebida y extiende para el caso el régimen jurídico indicado³⁴. ¿Por qué puede ser esto? Trataremos de advertirlo, ya que la voluntad legislativa reconoce también límites condicionantes de la regularidad de su ejercicio. No nos parece que pueda hallar otra explicación que la acción de la regla ya mencionada de preeminencia del bien común: él está supraordenado, es antes que el bien particular, y opera, en la especie, dentro de su campo propio, dentro del orden de la prelación de los fines. Se trata de su acción para bienes del mismo género³⁵. Como expresa la ley argentina citada, nos hallamos ante casos en que se procura la satisfacción del bien común, sea éste de naturaleza material o espiritual (Art. 1).

He aquí el fundamento del régimen indemnizatorio, y más aún, la razón de ser de la legitimación de unas conductas de suyo irregulares.

Pero, todavía la investigación debe volverse hacia el sacrificio del bien singular, en virtud de necesidad urgente, grave, no diferible, sin ley habilitante de la expropiación, que conduzca a la ocupación o perturbación definitiva.

³³Ley 21.499 cit. Art. 54.

³⁴Ese es, nos parece advertir, el alcance de la solución prevista en el Art. 51 y ss. de la Ley 21.499, cuando (supuesta la exigencia común de la ley declarativa de necesidad o utilidad pública), advierte irregularidades de la conducta administrativa para, no obstante, mantener la desposesión y convertirla en desapropio regular, mediante la acción de expropiación irregular (en iguales términos interpretamos el Art. 46 a) y c) y Art. 61 del Decreto Ley 1.447 cit. en nota 6). Por todo lo cual, aquella ley regula los valores indemnizables para el juicio de expropiación irregular, “en la misma forma prevista para el juicio de expropiación regular, contemplada en el Art. 10 y ss. de la presente ley”. Es que el legislador atendió a la existencia de la ley declarativa de la utilidad pública de un bien, en cada una de las hipótesis tipificadas por el Art. 51.

³⁵J. Messner, *La cuestión social*. Madrid. 1976, 860.

La conducta administrativa resulta, en la especie, legitimada por circunstancias de excepción, verdadero estado de necesidad ³⁶ ³⁷. La radical idoneidad legitimante de la causa de justificación aleja finalmente la hipótesis examinada del campo de la ilicitudes y la amplía analógicamente a la expropiación regular³⁸, con la apertura de la compensación económica de equivalencia.

Pero la identidad de soluciones que se viene de observar se da para las hipótesis contempladas y no más allá. Por ello, en suma, atendiendo al producto o resultado de la operación de las causas de legitimación apuntadas, podríamos concluir advirtiendo con Marienhoff que en modo alguno la expropiación irregular tiene el significado “de una expropiación «viciada» o de un acto irregular”³⁹. Es comprensible, entonces, que alcanzada esta conclusión, el autor citado radique el acento exclusivamente en la titularidad de la acción para denominarla “irregular”.

Fuera de ambos campos, la cuestión se mantiene en la zona pro-

³⁶Baste aquí plantear las hipótesis de “orden o seguridad públicos, epidemias, inundaciones u otras calamidades”, que lleven a las autoridades civiles a adoptar “medidas que impliquen destrucción, detrimento efectivo o requisa de bienes o derechos particulares, sin las formalidades que para los diversos tipos de expropiación exige la ley”. (Garrido Falla, cit. 248).

³⁷C. Roehrsen, *Legislazione dei lavori* (3ª ed.). Roma. 1974, 214 recuerda que el Derecho italiano ha regulado especialmente la ocupación de urgencia para atribuirle carácter ilícito, cuando superado determinado plazo y condiciones no sobreviene una providencia de expropiación; entonces, el bien debe ser restituido y si en lugar de ello la ocupación se continúa, se torna abusiva. El propietario del inmueble puede dirigirse a la autoridad judicial pidiendo la restitución. Pero ésta no puede disponerla en el caso de que sobre el bien se haya construido una obra pública; en esta hipótesis el propietario puede esperar solamente el resarcimiento de los daños sufridos. El mismo autor indica que la jurisprudencia, teniendo en cuenta la gravedad de la situación que se verifica en estos casos, ha buscado dar al resarcimiento de los daños un contenido lo más amplio posible, con el fin de inducir, a la P. A. a no caer en la ilegalidad de este género.

³⁸Sayagués Laso, recuerda que “... cuando, como ocurre en Uruguay, el derecho de propiedad tiene protección constitucional (Art. 32 de la Constitución), es necesario afirmar criterios restrictivos en cuanto al punto examinado”.

³⁹Marienhoff *cit.* 351.

pia del obrar irregular con posible ilicitud, con las implicaciones y alcance propios de los supuestos de responsabilidad administrativa.

c) *¿Límite o limitación de la propiedad?*

La definición del presupuesto sustantivo nos enfrenta a estas nuevas posibilidades.

Ya fue alcanzado el ámbito material de la acción de expropiación, legitimado cuando puede predicarse de la conducta de desposesión, ocupación o perturbación indebida, su nota de medio para la satisfacción del bien común preeminente explicitado en la ley declarativa, así como cuando resulta del estado de necesidad. Podemos adelantar la respuesta negativa a la primera cuestión que ahora nos planteamos.

En virtud de los límites, la intangibilidad de la propiedad resulta constreñida y circunscrita al marco operativo constitucionalmente definido y legalmente desarrollado: "los límites de la propiedad constituirán una condición propia de todos los inmuebles o grupos de inmuebles que no implica una minoración de facultades dominicales, sino por el contrario la determinación del ámbito en que operaban éstas, realizada legalmente por el Estado. Propia de esta categoría jurídica es afectar abstractamente toda una categoría de bienes, o por lo menos todos los bienes que se encuentran en una determinada situación o condición abstractamente determinadas"⁴⁰.

En el sentido de esta categoría conceptual, los textos constitucionales cometen al legislador su desarrollo por razones de interés general⁴¹.

La expropiación regular no es límite de la propiedad; tampoco lo es la irregular. En una y otra aparece el sacrificio singular del derecho subjetivo, en aras del bien común.

Ajena es su noción al concepto de límite, cuya naturaleza es negativa, impidiendo comprender en su ámbito las obligaciones de desprenderse de la cosa propia a favor de un ente público que tiene necesidad de ella. Porque, "aparte de toda otra consideración y limitándonos a la pura materialidad de la expresión, ¿cómo hablar de un derecho de propiedad limitado y por lo tanto circunscrito sin

⁴⁰Alessi *cit.* 514, aunque denominándola "limitación".

⁴¹Constitución uruguaya Art. 32.

duda, pero siempre existente, allí donde el particular pierde todo entero su derecho, ya que la propiedad de la cosa pasa al expropiante?"⁴².

Cumplido el objeto de la acción de expropiación irregular con el pago de la indemnización, se opera jurídicamente el desapropio del bien antes verificado fácticamente. Este extremo y el efecto apuntado son ajenos a toda idea de límite según la noción referida.

Pero, ¿constituye en su caso una limitación de la propiedad? Estas, como su especie las intervenciones de policía, son "aquellas restricciones que operan circunstancialmente sobre el contenido definido de la propiedad, comprimiéndole mientras duren a partir de las determinaciones que vendrían basadas en una ley o en una debilitación general de la propiedad frente a la actuación de la Administración en el cumplimiento de sus fines"⁴³.

Su ser particular responde a las obligaciones sociales que son inherentes a los derechos adquiridos⁴⁴.

Alcanzado el objeto de la acción de expropiación irregular, la desposesión, perturbación o afectación verificadas ceden su camino al desapropio del bien privado, que ingresa al dominio del Estado. Por esto le es ajena toda restricción circunstancial de la propiedad, aunque sea permanente, porque cuando de las de este género se habla, se ve que la propiedad, aunque comprimida, subsiste. Ajena es también a la limitación el carácter individual de la medida, que es atributo de la expropiación⁴⁵.

De ellas acertadamente pudo observar Marienhoff: "La mera restricción administrativa no trasunta ni implica una carga impuesta a la propiedad privada. Tampoco implica supresión en modo alguno de la propiedad. Sólo consiste en la fijación de límites al ejercicio normal u ordinario del derecho de propiedad. No implica avance, lesión ni deterioro alguno a este derecho, no hay desmembramiento de éste. Tales restricciones hállanse ínsitas en la existencia misma del derecho de propiedad, al extremo de que representan con-

⁴²Lucifredi *cit.* 47.

⁴³R. Martín Mateo, *La determinación del contenido de la propiedad inmobiliaria*, en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo xx*. Madrid. 1969, iv 183.

⁴⁴Forsthoff *cit.* 479.

⁴⁵*Ibidem* 490.

diciones normales de su ejercicio: constituyen una calidad jurídica general de todas las propiedades. Sólo implican delimitaciones de contorno de ese derecho, la demarcación de sus límites, con lo que se tiende a colocar en su verdadero quicio el aspecto «absoluto» teóricamente atribuido al derecho de propiedad. No aparejan indemnización. Esto es así porque ellas, siendo una condición normal del ejercicio del derecho de propiedad, no implican sacrificio alguno para el propietario, quien entonces no sufre agravio en su derecho”⁴⁶. En igual sentido se ha pronunciado Ortiz Ortiz, en un importante e ilustrado trabajo suyo, aún inédito, que tuvimos el placer intelectual de leer, diciendo: “Dado su carácter general, normal y consustancial con el derecho de propiedad del tipo en cuestión, el daño que estas limitaciones causen al propietario no es indemnizable y queda de cuenta de este último, como riesgo inevitable en este tipo de propiedad”⁴⁷.

Concluimos, pues, excluyendo para la expropiación irregular y su acción de garantía el régimen jurídico de las instituciones que hemos llamado límites y limitaciones de la propiedad.

Mas en el punto nos cuestiona el ap. c) del Art. 51 de la ley argentina 21.499 disponiendo la procedencia de la acción “Cuando el Estado imponga al derecho del titular de un bien o cosa una indebida restricción o limitación que importen una lesión a su derecho de propiedad”.

La voluntad legislativa opera una extensión de la figura “expropiación irregular”, para comprender en el objeto de la acción de garantía, la reparación de la lesión emergente de la restricción o limitación. Esta, por su naturaleza, es ajena a la figura “apropiación” que conlleva la expropiación. Sin embargo, iguales razones legitimantes parecen conducir al legislador argentino, a partir de la exigencia, también para el caso de la ley declarativa de necesidad o utilidad pública⁴⁸, a asimilar estos supuestos a aquellos en que la Administración se ha apoderado o posesionado indebidamente de un bien o cosa declarada de utilidad pública, en cuanto a la remisión a su régimen indemnizatorio.

⁴⁶Marienhoff *cit.* 48 s. y 60.

⁴⁷E. Ortiz, *Propiedad, empresa e intervención pública en Costa Rica*, 10.

⁴⁸Marienhoff, Cassagne y Dromi, con opiniones coincidentes en el punto.

Por otra parte, es evidente que se atendió a una situación —singularidad de la medida que afecta lesionando— extraña a la nota de generalidad predicada para las limitaciones referidas.

V. O B J E T O

22. La acción de expropiación irregular se desenvuelve en el ámbito de los medios jurídicos tuteladores de la propiedad, con su efecto compensador. A esa tutela apunta esta acción, imantada en su ejercicio por el fin a alcanzar.

23. Excluido el restablecimiento del dominio o del derecho perturbado, su objeto se identifica con los propios de la acción de expropiación regular: se trata invariablemente de alcanzar la indemnización y con ella, consecuentemente, la transferencia coactiva regular del dominio. Y aquí, la admisión de la acción de expropiación irregular conlleva una dificultad alguna vez señalada en la jurisprudencia uruguaya: “En nuestro derecho —que no admite la transferencia del dominio sin modo de adquirir, no es admisible lo que la doctrina extranjera llama “expropiación indirecta” (adquisición mediante simple indemnización)”⁴⁹ cuando —agregamos— tampoco hay previsión legal al respecto.

No obstante, creemos que la solución se alcanza en orden a la admisión de la acción de expropiación irregular, por la operación de los principios jurídicos sustantivos que animan la cuestión: ellos se extraen de la radical sujeción de los bienes singulares a las exigencias de bien común, en la esfera de los fines respectivos, pero sujeta a las exigencias ónticas que provocan acción de un mecanismo restablecedor de la igualdad ante las cargas públicas: la compensación económica de equivalencia y su instrumento procesal (la acción de garantía).

24. La titularidad de la acción de expropiación irregular, importa derogación de la regla de principio según la cual compete a la Administración Pública apreciar el cuándo de la expropiación en vista del interés público?⁵⁰

⁴⁹*La justicia uruguaya*, caso 6.889, p. 99 (opinión del Ministro de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Velarde J. Cerdeiras).

⁵⁰Maiorano, *cit.* 191. El autor difiere al campo de la discrecionalidad administrativa la determinación del momento en que se consumará la ex-

Creemos que no, porque siempre, por lo menos en sus supuestos más generales, se han dado ya los extremos materiales de la expropiación: la obtención de un bien singular para el bien común. La Administración, anticipándose en la especie a la regla operativa de la expropiación, ha cumplido la ocupación, desposesión o perturbación, siempre en ejercicio de la prerrogativa de estimación de oportunidad.

VI. CONCLUSIONES

25. Las reflexiones precedentes habilitan las conclusiones que siguen:

a) La acción de expropiación irregular contempla el sacrificio de un bien singular y concreto⁵¹.

b) Supone en su fuente, ab initio, una conducta estatal indebida⁵², especie del género ilicitud.

c) La conclusión precedente es válida aun cuando la conducta irregular pueda reconocer el antecedente inmediato de una conducta regular de ocupación o restricción. Esta, dados ciertos supuestos, deviene irregular, habilitándose entonces la acción de expropiación irregular⁵³.

d) La operación del vicio apuntado afecta ab intra la desposesión, ocupación o perturbación de la disposición —lato sensu— del bien singular privado. Por ello, primaria y ontológicamente, la ili-

propiación. No obstante, expresa: "tal facultad tiene su límite en la garantía de inviolabilidad de la propiedad. De allí que la jurisprudencia tenga expresado que la desposesión por parte del Estado faculta al propietario a provocar la expropiación, agregando que la desposesión se produce no sólo en los casos de ocupación material de la cosa, sino también en todos aquellos en que su derecho a la posesión, uso o goce de ella, sean en cualquier grado cercenado, destruido en razón del ejercicio del poder de expropiación".

⁵¹También en la hipótesis de "indebida restricción o limitación que importe una lesión a su derecho de propiedad" (Art. 51 ap. c) Ley 21.499 cit.), se está ante un sacrificio, porque cumplido el objeto de la acción, la lesión adquiere definitividad jurídica.

⁵²Ley argentina cit., Art. 51, aps. a) y c).

⁵³Ibídem, Art. 64.

cidad original remitiría la cuestión al campo de los ilícitos extracontractuales de la Administración y responsabilidad consiguiente, y no al de las situaciones jurídicas generadoras de compensaciones económicas de equivalencia. No sería el suyo el campo de la expropiación —sacrificio legítimo y obligación correlativa del particular— sino el de la desposesión, restricción, dificultad, impedimento o restricción indebidas, cuyo cese procedería mediante los medios jurídicos tuteladores (acción reivindicatoria o interdicto posesorio) para el restablecimiento integral del derecho violado, con la plena disposición y goce.

e) No obstante, dos órdenes de situaciones jurídicas sustraen el tema de la expropiación irregular del campo indicado en el párrafo anterior, para referirlo y asimilarlo al de las instituciones generadoras de compensaciones económicas de equivalencia y especialmente, por acción de la extensión analógica, para subsumirlo en la aplicación de las reglas del instituto expropiación forzosa y sus efectos (indemnización y transmisión del dominio). ¿Cuáles son esas situaciones jurídicas?

e') Cuando la lesión se produce en virtud de conducta administrativa determinada por el estado de necesidad, aún sin ley declarativa de utilidad pública. El bien común ha reclamado la lesión del derecho de propiedad, con el sacrificio de su objeto singular, mediando aquella causa de justificación, excluyendo el restablecimiento pleno del derecho afectado.

e'') Cuando la desposesión, indisponibilidad o restricción indebidas, resultan, mediando ley declarativa de necesidad o utilidad pública⁵⁴ en virtud de regla de derecho positivo por la que se asimilan los fenómenos indicados a la expropiación regular, y en orden a sus efectos⁵⁵. Y esto, básicamente, porque el legislador dicta aquella ley, como ha ocurrido en el derecho positivo argentino, por razón de utilidad pública, comprensiva de “todos los casos en que se procure la satisfacción del bien común, sea éste de naturaleza material o espiritual”. En suma, también porque media el bien común más general, cuya lesión se verificaría si restableciera in integrum el derecho singular lesionado.

⁵⁴M. S. Marienhoff, *La nueva ley nacional de expropiaciones, su contenido*, en Revista Uruguaya de Estudios Administrativos. 1977 (1) 51.

⁵⁵Ley 21.499 cit. Arts. 51 ss.

Este es, nos parece, el alcance de la regla de los Arts. 51 y 9 de la ley argentina 21.499.

Quedan así, circunscritos los supuestos sustantivos de la acción de expropiación irregular, garantía jurídica de los derechos de los particulares. Fuera de ellos, la conducta administrativa de desposesión, ocupación, restricción, o perturbación indebidas, reconoce la cuestión al campo de la responsabilidad extracontractual y a las soluciones de resarcimiento reparador.

f) La acción de expropiación irregular no procede ante la conducta omisa de la Administración en llevar adelante la expropiación. El abandono supone la inactividad del expropiante; su consecuencia, normativamente prevista con frecuencia, es que quede sin efecto la expropiación, o aún, en algunas legislaciones, la misma declaración legal de utilidad pública ⁵⁶ ⁵⁷. Pero, en su caso, se habilitará el resarcimiento de los daños y perjuicios.

g) Es supuesto ineludible para el ejercicio de la acción con su objeto indemnizatorio, la imposibilidad definitiva de restablecimiento de la situación anterior a la conducta de desposesión, ocupación o perturbación, sin menoscabo o daño del bien común.

h) Por todo lo cual, concluimos proponiendo la reserva del nombre "expropiación irregular" para ambos supuestos examinados, en que se concluye con la legitimación de la lesión de derecho, para hablar, en cambio de expropiación ilícita o de hecho, como ya antes dijimos, cuando se plantean otras posibles situaciones de desposesión, ocupación o perturbación indebidas. Estas no habilitan la acción comentada, sino la de objeto más amplio —fundada en la responsabilidad extracontractual— dirigida al resarcimiento y recuperación total de la situación jurídica lesionada, aún en especie si ello es fácticamente posible.

i) Las premisas referidas y las conclusiones alcanzadas habilitarán la definición antes propuesta, pero complementada como sigue: la acción que consideramos es el medio jurídico procesal en orden al amparo jurisdiccional de la lesión consumada, en condiciones de definitividad, sufrida por el titular de un bien singular, en virtud de una

⁵⁶Decreto Ley 1.447 cit. supra, Art. 55.

⁵⁷Ley 21.499 cit., Art. 52: "No corresponde la acción de expropiación irregular cuando el Estado paraliza o no activa los procedimientos después de haber obtenido la posesión judicial del bien".

conducta administrativa de desposesión, ocupación, perturbación o restricción indebida, pero cuya legitimación se alcanza:

- 1) En virtud del estado de necesidad, o
- 2) Por la configuración de alguno de los supuestos definidos legalmente, a partir de la existencia de la ley calificadora de la utilidad pública, y en razón de la operación de la suerte de ley de preeminencia del bien común que es propia de éste.

De alguna manera al Estado compete, por su responsabilidad primaria, óntica, para el bien común, adoptar las conductas consecuentes para él. Si del sacrificio singular se trata, en beneficio común, se sigue la indemnización restablecedora del equilibrio ante las cargas públicas. He aquí el campo de la acción de expropiación irregular, instrumento para la garantía del administrado, sin menoscabo del sacrificio necesario para el bien común supraordenado por exigencia resultante de la jerarquía de los fines comprometidos, según el orden natural de los bienes en juego.