

LA ZONIFICACIÓN UP Y EL DOMINIO PÚBLICO Y PRIVADO DEL ESTADO. ZONAS GRISES Y PROBLEMAS ASOCIADOS

Por Mercedes AVELDAÑO y Mariano J. OTEIZA

SUMARIO: I. Introducción.- II. Algunas notas básicas sobre el dominio público y privado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.- III. La declaración de utilidad pública.- IV. La Constitución de la Ciudad y el Código de Planeamiento Urbano. La zonificación UP. Consecuencias jurídicas. Problemática asociada. 1. Usos incompatibles con la zonificación UP. 2. Incorporación de bienes sometidos a zonificación UP al régimen del dominio público del Estado. 3. Conflictos entre UP y concesiones otorgadas por el Estado Nacional.- V. Conclusiones

I. Introducción

Dentro del campo del Derecho urbanístico o Derecho administrativo urbanístico encontramos numerosas disposiciones que regulan el uso de la tierra y establecen diversas limitaciones y restricciones a la propiedad, tanto pública como privada. El ejemplo más característico de este tipo de normas son los códigos de planeamiento urbano los cuales determinan los distintos tipos de zonificación en los que se divide el territorio, y les asigna a cada uno de ellos determinadas condiciones para su uso ¹.

Dentro de estas zonificaciones encontramos la denominada Urbanización Parque o "UP", la cual destina al territorio que queda englobado en esta zonificación al uso público y prevé el acceso libre al mismo. Las restricciones que establece la norma para el uso y la construcción de locales en predios afectados por esta zonificación son muy elevadas y ello es directamente proporcional a la problemática asociada con este tipo particular de distrito.

1 Partimos de la base de considerar al planeamiento o planificación urbana como un conjunto de instrumentos técnicos/normativos cuyo objeto principal es ordenar el uso del suelo y regular las condiciones ya sea para su modificación o, en su caso, conservación.

Encontramos entonces varios ejes de problemas vinculados a las zonas UP. Por un lado tenemos el problema de la compatibilidad de la zona con los usos a efectuarse en la misma, lo cual como se verá a lo largo del presente, arroja una casuística más que interesante. Por ello, parte de la idea de este trabajo consiste en traer a colación distintos pronunciamientos judiciales que han recaído sobre este tipo de controversias a efectos de tratar de trazar una línea común sobre que debe considerarse como uso permitido en una zonificación UP. Por otro lado también hay que considerar que en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires existen muchos espacios que pertenecen al Estado Nacional y que han sido objeto de concesiones a particulares para el ejercicio de diversas actividades, lo cual en muchos casos, también ha generado controversias con la potestad urbanística del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Asimismo el nivel de restricción que impera en las zonas afectadas a UP hace que jurídicamente aparezcan varios puntos de contacto con el dominio público estatal. En este sentido, sabido es que para la incorporación de un determinado bien inmueble al dominio público de un Estado o “demanio”, es necesaria la declaración previa de utilidad pública de ese bien, la cual se encuentra sujeta al principio de reserva de ley. Es decir, para este tipo de afectación, siempre será necesaria la sanción de una ley formal por parte del órgano que ejerza la función legislativa en la respectiva esfera de gobierno que corresponda.

Ahora bien, tradicionalmente se ha considerado que para esto es necesaria una ley especial, es decir, que contemple específicamente la situación del bien (que en origen puede ser público o privado) el cual será afectado a un uso público y que como tal pasará a formar parte de lo que se conoce como el dominio público del Estado ².

2 La Constitución Nacional en su artículo 17 expresamente hace mención a la calificación legal de la utilidad pública previa a la expropiación de un bien. En el ámbito de la CABA el art. 12 inc. 5º de la Constitución y el art. 1º de la ley 238 establecen que la utilidad pública de un bien o conjuntos de bienes debe ser declarada por una ley especial. Es interesante la crítica que esbozó Agustín GORDILLO sobre la posibilidad de revocar actos administrativos por oportunidad, mérito y conveniencia que tiene la Administración Pública (art. 18 ley 19.549) haciéndose cargo del pago de una indemnización, precisamente porque en el argumento de dicho autor, la situación es prácticamente análoga a la de una expropiación y la habilitación legal que recibe la Administración sería una forma de eludir la necesidad de contar con una ley formal y especial. GORDILLO,

Es así que las notas comunes entre la inclusión de un bien en zona UP con la llamada afectación al dominio público son varias, con lo cual parecería válido preguntarse si la zonificación UP incorpora automáticamente un bien al dominio público del Estado. A lo expuesto se agrega que recientemente en un fallo de la Sala II del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires ³, se discutió qué categoría correspondía darle a un bien que habiendo sido transferido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a una corporación pública (Corporación Sur), el cual previamente había sido catalogado como urbanización parque (UP). Como podrá inferirse, la cuestión a dilucidar fue qué efectos correspondía darle a la zonificación dispuesta por la Legislatura porteña como UP ya que si la misma era asimilable a la incorporación de dicho bien al dominio público de la ciudad, la posterior transferencia sin su necesaria desafectación, devenía nula.

Resulta un debate sumamente interesante, habida cuenta de los hechos recientemente descriptos, si a la hora de interpretar qué extensión corresponde darle a la calificación que efectúa la Legislatura de un determinado bien disponiendo su zonificación como urbanización parque, no es enteramente asimilable a una afectación de dicho bien al dominio público (en el caso de la ciudad de Buenos Aires).

Por lo tanto a lo largo del presente nos proponemos resaltar las principales controversias jurídicas relacionadas con bienes afectados a la zona UP así como delinear los contornos que definen los institutos de zonificación especial y afectación al dominio público para poder analizar, y en consecuencia concluir, si efectivamente puede sostenerse que hay una asimilación entre ambos conceptos.

II. Algunas notas básicas sobre el dominio público y privado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

El dominio público es un instituto básico del Derecho Administrativo y a grandes rasgos puede definirse como la afectación de un determinado bien a un uso diferenciado y especial que, como su

Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, "El Acto Administrativo", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2011, p. XIII-22.

3 "Devoto Rubén Ángel c/GCBA s/Amparo" EXP 21309/0.

nombre lo indica, corresponde a la satisfacción de un interés general de la comunidad entera.

Normativamente la primera aproximación al concepto de dominio público puede encontrarse en los artículos 235 ⁴ y 236 ⁵ del Código Civil, que modificados por la ley 26.994, en un sentido muy similar a su anterior versión (artículos 2340 y 2342), se refiere a “los bienes con relación a las personas” y establece la categorización

4 El artículo 235 prevé que “...Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales: a) el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo; b) las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso; c) los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos; d) las islas formadas o que se formen en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos, estuarios, arroyos, o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que pertenecen a particulares; e) el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial; f) las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad común o comodidad común; g) los documentos oficiales del Estado; h) las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos.

5 El artículo 236 del Código Civil y Comercial establece que: “Pertenecen al Estado nacional, provincial o municipal, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales: a) los inmuebles que carecen de dueño; b) las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería; c) los lagos no navegables que carecen de dueño; d) las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros; e) los bienes adquiridos por el Estado Nacional, provincial o municipal, por cualquier título”.

de bienes que corresponden al dominio público y al dominio privado del Estado nacional, provincial o municipal, que respectivamente enumera en aquellos artículos.

Es decir que desde una óptica más bien privatista se trata de un patrimonio estatal, mas como bien señala un sector de la doctrina especializada, “...*el concepto de dominio no debe ser entendido, estrictamente, con el sentido y alcance que esta idea tiene reconocidos en el derecho civil, pues presenta algunas singularidades que lo apartan de esa noción conceptual*” (COMADIRA, Julio R., *Curso de Derecho Administrativo...*).

Así, este tipo de dominio presenta algunos condicionamientos entre los cuales cabe resaltar las siguientes notas: inenajenabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad ⁶.

Asimismo en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el dominio público aparece mencionado, en primer término, como materia de una atribución de la Legislatura en el sentido de que le corresponde a este órgano de gobierno: “...*legislar en materia: a) Administrativa, fiscal, tributaria, de empleo y ética públicos, de bienes públicos, comunal y de descentralización política y administrativa... i) De publicidad, ornato y espacio público, abarcando el aéreo y el subsuelo. Además, al referirse a leyes que deben ser sancionadas con mayorías especiales, la CCABA dispone: “Art. 82. Con la mayoría de los dos tercios del total de sus miembros:...inc 4) Aprueba transacciones, dispone la desafectación del dominio público y la disposición de bienes inmuebles de la Ciudad. Inc. 5º) Aprueba toda concesión, permiso de uso o constitución de cualquier derecho sobre inmuebles del dominio público de la Ciudad, por más de cinco años”*”.

Un dato importante a tener en cuenta es que la característica principal del dominio público es, precisamente, la afectación que se hace de un bien para el “uso público” la cual como fuera adelantado necesariamente tiene que surgir de una ley formal. Por ello no reviste tanta importancia el “medio” por el cual el Estado se hace

6 Específicamente el art. 237 del CCCN dice: “Determinación y caracteres de las cosas del Estado. Uso y goce. Los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles. Las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales. La Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos artículos 235 y 236”.

de ese bien, en esta misma línea se ha dicho “*la cosa queda regida por el derecho público como dependencia dominial sin que importe para ello el medio jurídico en virtud del cual el Estado adquiere la propiedad de la cosa, el cual puede ser indistintamente de derecho público -expropiación- o de derecho privado -compraventa, donación, cesión- pues lo que somete una cosa o bien al régimen dominial no es el medio por el cual fue adquirida esa cosa por el Estado sino su afectación al uso público por el Legislador...*”⁷.

Ahora bien, en la doctrina vernácula ha sido MARIENHOFF uno de los primeros en señalar que “*para que la Administración Pública pueda afectar válidamente una cosa al uso público, es indispensable que dicha cosa se halle en poder del Estado en virtud de un título jurídico que le haya permitido adquirir el dominio de esa cosa... Si la Administración Pública afectase al uso público cosas ajenas, es decir de los administrados o particulares, sin contar con la conformidad de éstos o sin cumplir con los requisitos establecidos en la ley fundamental, vulneraría la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad*”⁸.

El dominio privado de los Estados también se encuentra contemplado en el Código Civil (en el art. 236 del flamante Código Civil y Comercial), y como señala COMADIRA “*la distinción entre el dominio público y el dominio privado del Estado responde, esencialmente, a la circunstancia de que el régimen jurídico a que uno y otro están sometidos es diferente, señalándose -en tal sentido- que mientras que el dominio público es inalienable e imprescriptible, el dominio privado estatal se halla sujeto, prácticamente, a las mismas reglas que son aplicables a la propiedad privada, con algunas excepciones resultantes de la condición del sujeto que lo posee y de la finalidad a que debe destinárselo*”⁹.

Ahora bien, la distinción entre ambos tipos de dominio se ha puesto también en tela de juicio. En este sentido se ha dicho que “*la distinción entre dominio público y privado del Estado, a pesar de*

7 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. V, 4ª edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, p. 201 y ss.

8 MARIENHOFF, *ibídem*.

9 COMADIRA, Julio R., ESCOLA Héctor Jorge, COMADIRA Julio Pablo, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, p.1658

*estar consagrada legalmente, tiene hoy la particularidad de encontrarse amenazada por la realidad, ya que la mayoría de los bienes del Estado encuadran en la primera categoría y muy pocos en la segunda*¹⁰.

III. La declaración de utilidad pública

A los efectos que se pretende con este trabajo es clave precisar el concepto o noción de utilidad pública porque como se verá hay una relación muy cercana con las consecuencias jurídicas de la zonificación de un bien

En primer lugar es necesario destacar que es muy difícil definir de antemano qué puede ser considerado o no como “utilidad pública”. Como bien lo ilustra MARIENHOFF, el concepto de “*utilidad pública*” no es unívoco toda vez que éste puede cambiar según el lugar, época y ordenamiento jurídico que se consideren. Dice el citado profesor que: “*Lo que es de utilidad pública en un lugar y momento determinados puede no serlo en otros. De ahí que haya podido decirse que el concepto de utilidad pública es contingente, circunstancial. En un famoso dictamen emitido como Procurador General de la Nación, el doctor Eduardo Costa, después de preguntarse qué ha de entenderse por utilidad pública, dice: ‘Ni los profesores de derecho ni las cortes de justicia han acertado a encerrar en una fórmula concreta qué es lo que deba entenderse por utilidad pública. Bien se alcanza que todo aquello que satisface una necesidad generalmente sentida, o las conveniencias del mayor número, es de utilidad pública’*”.

En cada caso concreto habrá que establecer si la expropiación dispuesta llena o no el requisito de satisfacer *una necesidad generalmente sentida, o las conveniencias del mayor número*. Tal es el principio.

Como pautas rectoras a la hora de analizar el tema en cuestión, MARIENHOFF señala: a) que la utilidad pública tanto puede ser *directa* como *indirecta*; b) que no hay utilidad pública cuando la expropiación sólo da como resultado la satisfacción del interés particular o privado de una persona; c) que tampoco la hay cuando la ley que dispone la expropiación, lejos de concretar y especificar cuál es la

10 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo IX, 1ª edición, Fundación de Derecho Administrativo, 2014, p. XVII-2.

utilidad pública a que ella se refiere, y en lugar de expresar el destino a que el bien quedará afectado, deja librada al criterio del Poder Ejecutivo la atribución de destinarlo o transferirlo a lo que a su arbitrio juzgue de interés general, pues tal comportamiento del Congreso demuestra claramente que en la especie no existe -como lo requiere la Constitución- una concreta finalidad pública a satisfacer, aparte de que semejante actitud implicaría una ilícita delegación de competencia del Legislativo en el Ejecutivo.

GORDILLO, por su parte resalta que “*parte de la doctrina restringe pues el concepto de dominio público a aquellos bienes que están destinados al uso directo de la comunidad, una plaza, una calle, un camino, un puente; pero en general pareciera ser más viable la doctrina que incluye el uso indirecto efectuado a través de un servicio público; esta orientación ha sido aceptada por la jurisprudencia*”¹¹. En esa línea recuerda un caso de 1930 en donde la Corte Suprema declaró inembargable -por entender que estaba fuera del comercio- una finca en Mendoza ya que allí funcionaba la Escuela Nacional de Agricultura y Enología de Mendoza¹².

En síntesis, la utilidad pública es el contenido fundamental que deben satisfacer los bienes pertenecientes al dominio público del Estado. Justamente en aras de que se logre tal cometido es que el Estado cuenta con los medios para hacerse de bienes de los particulares, aun en contra de su voluntad. Sólo en su virtud, es posible sacrificar los derechos individuales para satisfacer el bien común. Asimismo, para compatibilizarlo con las garantías constitucionales, sólo su efectivo cumplimiento puede apartar a una persona de su derecho de propiedad (como lo podemos verificar mediante el instituto de la retrocesión). De ese mismo modo su declaración mediante ley formal ha sido establecida en la Constitución Nacional de modo previo a cualquier expropiación como un mecanismo de fortalecer la garantía del derecho a la propiedad y un límite a disposiciones antojadizas que pueda tomar el Poder Ejecutivo. Mientras que de ello no debiera derivarse un obstáculo mal entendido para el debido respeto a los derechos de los particulares y el efectivo cumplimiento de la utilidad en cuestión. Véase al respecto que la carencia de ley formal

11 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo IX, 1ª edición, Fundación de Derecho Administrativo, 2014, p. XVII-7.

12 CSJN *Fallos*, 158:358, “Puebla, Germán c/Provincia de Mendoza”.

que declarase utilidad pública no ha sido vista por la mayoría de la Corte Suprema como un obstáculo insuperable para acceder a la pretensión de una expropiación inversa, cuando la utilidad pública podía derivarse en el caso de la conservación de un bien declarado también mediante ley como monumento histórico-artístico cultural¹³.

La utilidad pública es ni más ni menos que el dirimente también entre el dominio público y privado del Estado, en la medida en que ya en el Código Civil se había establecido como integrante del dominio público cualquier obra construida para utilidad o comodidad común¹⁴, norma que hoy se mantiene en el artículo 235, inciso f) del Código Civil y Comercial de la Nación y resulta la definición del dominio privado, como residual, en la medida en que podría tratarse de bienes adquiridos por el Estado Nacional, provincial o municipal por cualquier título, siempre claro está que no sean destinados al uso de los habitantes, o afectados a un servicio público o a cualquier fin de utilidad común¹⁵.

IV. La Constitución de la Ciudad y el Código de Planeamiento Urbano. La zonificación UP. Consecuencias jurídicas. Problemática asociada

La problemática urbana ambiental ha sido especialmente receptada por el constituyente de la Ciudad de Buenos Aires. En este sentido, el art. 27 de la Constitución de la Ciudad (CCCABA) ordena que se instrumente un proceso de ordenamiento territorial y ambiental participativo y permanente que promueva la protección e incremento de los espacios públicos de acceso libre y gratuito, en particular la recuperación de las áreas costeras, y garantiza su uso común (Inciso N° 3).

En esa misma senda, la Ley N° 2030 aprobó el denominado Plan Urbano Ambiental (PUA). En lo referido a espacios públicos, el PUA destaca como objetivo “*el incremento, recuperación y mejoramiento*

13 CSJN, *in re* “Zorrilla, Susana y otro c/E.N.-P.E.N. s/expropiación-servidumbre administrativa”, del 13/08/13.

14 Conf. artículo 2340 del recientemente derogado Código Civil.

15 Conf. artículo 236 inciso 6 del CCy CN.

to del espacio público y de la circulación, de los parques, plazas y paseos y de las áreas de calidad patrimonial, a fin de dar lugar a funciones vitales como las de encuentro relax, confort y socialización, asegurando a todos los habitantes el derecho a su uso, y de otorgar identidad a las distintas zonas de la ciudad” (art. 9).

Asimismo, la ley 449 estableció el Código de Planeamiento Urbano (CPU) de la Ciudad de Buenos Aires y, en lo que aquí interesa, se ocupa de definir cuáles son las áreas de la ciudad destinadas al uso “Urbanización Parque” (UP). Además, en los apartados 5.1.1, 5.4.10 y 1.2.1.1 define cuáles son los usos permitidos para este subdistrito definiéndose allí que son zonas destinadas a espacios verdes de uso público y acceso libre.

Es así como que de la naturaleza del uso permitido para este tipo de zonas, se desprende necesariamente que existe una identificación sustancial con los bienes del dominio público del Estado. De hecho, las plazas aparecen enumeradas como una de las categorías de bienes demaniales que enuncia el art. 235 del Código Civil y Comercial, que en ello mantiene la anterior redacción del artículo 2340. Es difícil sostener que un bien privado pueda ser destinado a este tipo de uso ya que hacerlo implicaría en los hechos imponer restricciones a la propiedad de tal envergadura que desnaturalizarían por completo el concepto de ésta.

Los usos factibles en los terrenos ubicados en zonificaciones UP son obviamente muy limitados ya que en principio sólo se admite sobre los mismos la construcción de locales que tengan una vinculación directa con el destino de la zona. Así, el CPU dispone que son admisibles locales con una superficie máxima de 20 metros cuadrados que incluyan sanitarios de uso público así como áreas de servicios cubiertas por una pérgola que pueden alcanzar una superficie total de 60 metros cuadrados. Expresamente se indica que debe existir una separación mínima de 100 metros entre locales y la ley expresamente dispone que se admitan usos complementarios que **no alteren** el carácter del distrito.

A efectos de clarificar qué se tiene que entender por uso complementario, el apartado 1.2.1.1 del CPU dice que el uso complementario es aquel destinado a satisfacer, dentro de una misma parcela, funciones necesarias para el desarrollo del uso principal. En este caso, pensamos que el uso principal a tener en cuenta es el disfrute y goce por parte de todas las personas del parque público.

El CPU enumera algunos de los destinos permitidos y en este sentido establece que se admiten locales destinados a estaciona-

mientos, establecimientos sanitarios de uso público, vestuarios para personal de mantenimiento de los parques, salas de máquinas y depósitos de herramientas. Pensamos que esta enumeración no es taxativa y que en función de la primera parte del artículo pueden admitirse locales destinados a fines comerciales (kioskos, bares, etc.) en la medida que se encuentren previstos para complementar el uso

También es discutible la posibilidad de concesión de espacios públicos a particulares, en principio la Constitución de la CABA lo habilita al prever como una prerrogativa de la Legislatura el de aprobar concesiones, permisos de uso o constitución de derecho sobre inmuebles del dominio público de la Ciudad por más de cinco años.

Ahora bien, por otro lado la ordenanza 46.229 de 1992, que por lo menos no ha sido formalmente derogada por una normativa posterior, dispuso que: *“A partir de la promulgación de la presente no se podrá otorgar concesión, cesión, transferencia de dominio, tenencia precaria, permiso de uso ni cambio de destino de todo espacio destinado a parque, plazas, plazoletas y de todo otro espacio verde de uso público, se encuentre parquizado, jardinizado o no, perteneciente al dominio público municipal”*.

Como puede observarse las limitaciones de uso que recaen sobre los bienes afectados esta zonificación en particular son mayúsculas.

A esta altura del planteo es necesario destacar que la problemática asociada a la zonificación UP de un predio, como el lector se podrá imaginar, no es para nada menor. A esos efectos consideramos ilustrativo analizar algunos de los casos que a nuestro juicio nos parecen más trascendentes, que se han ventilado ante el fuero Contencioso Administrativo de la Ciudad.

1. Usos incompatibles con la zonificación UP

Uno de los conflictos que se presenta con más frecuencia en la materia es aquel que versa sobre la compatibilidad que debe necesariamente existir entre el uso de los locales ubicados en el predio zonificado como UP con los fines propios de este distrito. Así, por ejemplo, en la causa “Roselló Patricia c/GCBA s/amparo” la Sala I, por mayoría, entendió que la construcción de un Centro de Gestión y Participación Comunal era compatible con todo tipo de zonificación, lo cual, en el caso, implicaba la compatibilidad del CGPC con una urbanización parque. No obstante aquello, ordenó que un 30% del predio a construir fuese destinado a alguno de los usos complementarios previstos en la ley 2930 y en el CPU.

La disidencia expresada en el voto del Dr. Balbín, entendió que si bien no era discutible que la construcción de una sede para un CGP fuere una obra de exclusiva utilidad pública, esto no podía ser catalogado como complementario de la zonificación UP ya que no coadyuvaba al uso principal de una plaza, ni se trataba de actividades culturales, recreativas o de esparcimiento por más que una parte del inmueble fuera destinada a un centro de exposiciones. Cabe resaltar que al entender en esta misma causa, el Tribunal Superior de Justicia dijo que la mayoría había fallado en forma arbitraria toda vez que no era lógico ordenar que un 30% del predio se destinara a alguno de los usos complementarios del CPU cuando párrafos atrás había dicho que la construcción de un centro de participación era en todo compatible con la zonificación en cuestión ¹⁶. Ahora bien, más allá del resultado al cual arriba el TSJ, parecería inferirse -en particular del voto de la Dra. Alicia Ruiz- que en principio hay acuerdo en torno a la compatibilidad de un centro de gestión y participación con la zonificación UP.

Por nuestra parte, pensamos que si bien no hay dudas sobre el carácter de utilidad pública que tienen tales establecimientos, le asiste razón al Dr. Balbín al señalar la falta de adecuación que existe entre este tipo de locales con los parques públicos y máxime teniendo en miras del cumplimiento de los objetivos planteados en el plan urbano ambiental para este tipo de espacios. Por lo demás, no puede obviarse la escasez de espacios verdes en la Ciudad, que justifica aun más la aplicación estricta de la ley.

Más recientemente, en la causa “Ecología y Desarrollo Asociación Civil c/GCBA s/Amparo”, la titular del juzgado CAyT N° 6 resolvió cautelarmente y hasta tanto se dicte la sentencia definitiva, ordenar al GCBA no adjudicar una serie de licitaciones que recaían sobre predios afectados a urbanización parque, toda vez que a juicio de la magistrada actuante dichas licitaciones implicaban usos de los predios que no se ajustaban estrictamente a lo permitido por la normativa para la zonificación en cuestión.

Si bien como se dijo, la concesión de bienes del dominio público a particulares es factible y se encuentra expresamente prevista en la

16 Expte. No 9486/13 “Roselló, Patricia Valentina c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” y su acumulado, Expte. No 9434/12 “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Roselló, Patricia Valentina c/GCBA s/amparo”, sentencia del 21 de marzo de 2014.

Constitución de la CABA, y el Código de Planeamiento Urbano admite también usos complementarios que permiten la instalación de algunos locales, éstos deben encontrarse necesariamente vinculados al destino del distrito.

En el caso de marras se analizó que en las licitaciones en curso los pliegos de especificaciones técnicas incluían usos propuestos que no se ajustaban estrictamente a la naturaleza del distrito urbanización parque (ej. locales bailables, restaurantes, etc.).

No obstante lo anterior, la Sala I de la Cámara revocó la decisión de la jueza *a quo* por entender que no estaba configurada la afectación ambiental invocada en la demanda y por ello no había verosimilitud en el derecho. Esto por considerar que los pliegos cuestionados específicamente prohibían a quien resultare concesionario realizar modificaciones en el espacio concedido sin consentimiento previo del GCBA.

Por otro lado en los autos “Zelaya Marcos y Otros c/GCBA sobre Incidente de Apelación”, la Sala III de la Cámara CAyT resolvió confirmar la medida cautelar dispuesta por la jueza de primera instancia la cual había dispuesto clausurar las playas de estacionamiento y o cualquier otra actividad no compatible con el Distrito UP que se encuentren desarrollando en las plazoletas ubicadas en la Av. Corrientes entre Olleros y Maure y entre Maure y Jorge Newbery.

Para así decidir, desestimó los argumentos planteados por el GCBA relativos a que en realidad no se trataba de un espacio verde sino que era una plazoleta seca, entendiendo que la Ordenanza 46225, mediante la cual se prohibió la concesión de espacios en zonas catalogadas UP, no hacía ningún tipo de diferencia entre que el espacio estuviere parquizado o no.

2. Incorporación de bienes sometidos a zonificación UP al régimen del dominio público del Estado

El segundo grupo de problemas relacionados con el tema en estudio es aquel que se vincula con los casos en los cuales la zonificación UP envuelve a inmuebles cuya titularidad se encuentra en disputa y por lo tanto resultaría una suerte de incorporación de dichos bienes al dominio público estatal.

En el caso “Rocca de Hermida, Silvia c/GCBA s/otras demandas contra la autoridad administrativa” se discutía precisamente el carácter demanial de un bien, que si bien originariamente había sido declarado de utilidad pública por ley para ser expropiado por la ex Municipalidad de Buenos Aires, posteriormente había sido aban-

donado y su propietario anterior promovió -y obtuvo sentencia favorable- juicio por abandono de expropiación. No obstante aquello, el Estado local no restituyó el bien y construyó sobre el mismo un espacio verde.

Al entender en el asunto, la Sala I de la Cámara CAyT, por mayoría, confirmó la decisión de la jueza de primera instancia quien había entendido que el reclamo por reivindicación no podía prosperar dado que, al haberse construido una plaza, el bien había quedado afectado al dominio público. Asimismo y en lo que nos interesa, la jueza de grado entendió que el distrito había quedado afectado a zonificación UP. En apoyo citó algunos fallos de la CSJN, en particular “Bergadá Mujica, Héctor c/Provincia de Río Negro s/reivindicación” y “Boza Gregorio c/Provincia de Buenos Aires” de donde surgía que había consentimiento del particular titular del dominio si no se opuso a la ejecución de las obras que habían terminado de afectar -de hecho- el bien en conflicto al dominio público¹⁷.

El TSJ revocó la sentencia de Cámara y por mayoría ordenó a la misma sala dictar una nueva resolución en el sentido que había propiciado la minoría, expresada en el voto del Dr. Corti. El Tribunal Superior reconoció que había existido un actuar ilegítimo por parte del GCBA ya que se había apropiado mediante vías de hecho del inmueble sin abonarle importe alguno. No obstante, y más allá que la pretensión originaria era de reivindicación -es decir, que se pretendía la restitución del inmueble- a lo largo del litigio la actora había expresado que su interés podía ser satisfecho mediante el pago del justo valor de la propiedad. Esto fue tenido en cuenta por el tribunal para resolver de esa forma agregando en el voto de la Dra. Conde que: *“si bien el terreno ha sido adquirido ilegítimamente por parte del GCBA, acoger la acción reivindicatoria implicaría una solución notoriamente disvaliosa ya que se privaría a la sociedad*

17 La cita textual del fallo dice: *“...Esta Corte tiene dicho que cuando el Estado, nacional o provincial, sobre el terreno de un particular y con conocimiento de éste, realiza una obra pública y la entrega al uso de la colectividad, no puede mantenerse la distinción entre el terreno, que seguiría siendo del dominio particular y regido por el Código Civil y la obra perteneciente al público y ajeno, por consiguiente, al régimen de dicho Código. Se trata en delante de un bien material y jurídicamente indivisible... sujeto en su conjunto y unidad a un mismo régimen legal. Como bien del dominio público, está fuera del comercio del derecho privado y no cabe en consecuencia, respecto de él o de cualquiera de sus partes, el ejercicio de acciones reales...” (Fallos, 239:129).*

*del uso y goce de un espacio verde destinado al público esparcimiento. Pero también implicaría consumir una injusticia el rechazo de la presente acción, ya que resulta indudable que la actora posee un derecho a ser resarcida por la sustracción irregular de un inmueble del cual es propietaria”*¹⁸.

Cabe destacar que en minoría, la Dra. Ruiz se pronunció por la procedencia de la acción reivindicatoria porque el bien objeto de reivindicación había sido ilegítimamente afectado al uso público y no concurría ningún atenuante que mande o permita sustituir la restitución debida con una condena al pago de daños y perjuicios.

Más allá de juzgar acertado o no el resultado final del pleito entendemos que al razonamiento seguido tanto por la Cámara como posteriormente por el TSJ le faltó precisamente analizar el peso que tenía la declaración de UP sobre el predio en cuestión. Si bien no había dudas sobre la titularidad del inmueble por parte de la actora que había promovido el juicio de restitución, entendemos que el análisis de la zonificación hubiera brindado un elemento adicional toda vez que podría considerarse que existió posteriormente una decisión legislativa de volver a afectar ese bien al uso público, reiterándose la situación originaria. Así, la situación fáctica habría sido acompañada también de un cambio normativo lo cual facultaba a la actora a reclamar la indemnización expropiatoria correspondiente. Lo dicho de todas formas es anecdótico porque como se vio, la resolución que finalizó brindando el TSJ (con la excepción del voto de la Dra. Ruiz), si bien por fundamentos distintos, arribó a la misma conclusión.

Ahora bien, otro caso que resulta sumamente interesante es “Devoto, Rubén Ángel c/GCBA s/Amparo”, toda vez que allí se analizó la afectación de un predio a UP como potencial incorporación del bien al dominio público del Estado. En otras palabras, habría una suerte de asimilación del acto legislativo que impone esa determinada zonificación con la ley que declara a un bien como de utilidad pública sujeto a expropiación.

Haciendo un breve *racconto* de los antecedentes del caso, el actor en su carácter de legislador y vecino de la CABA promovió demanda de amparo contra el GCBA y la Corporación Buenos Aires Sur S.E. a efectos de impugnar la transferencia del inmueble -que en su crite-

18 TSJ, “Rocca de Hermida Silvia Amalia c/GCBA s/otras demandas contra la autoridad administrativa s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 9 de septiembre del 2010.

rio pertenecía al dominio público de la Ciudad- denominado Parque Sur a la Corporación codemandada. Cabe agregar que en el acto administrativo de transferencia, Decreto 1197/2005, el inmueble tenía carácter de dominio privado de la CABA.

La jueza de primera instancia hizo lugar al amparo y declaró nulo el decreto en cuestión por entender que el bien se encontraba afectado al dominio público del GCBA y por lo tanto era intransferible. Para llegar a esa conclusión, la magistrada actuante tuvo en cuenta que el predio se encontraba ubicado dentro de una zona que había sido catalogada como UP por parte del CPU.

La Cámara por mayoría revocó dicho pronunciamiento por entender que el bien era del dominio privado del Estado. En este mismo sentido se había pronunciado la Sra. Fiscal ante la Cámara, quien analizó detenidamente la incidencia que podía tener la zonificación UP y concluyó en que la limitación derivada de esta zonificación en particular no importaba la afectación de todos los bienes inmuebles que se encuentren en dicho distrito al dominio público de la Ciudad. Agregó que se trata de dos aspectos diferentes que no pueden asimilarse ni considerarse condicionados de manera recíproca ya que la limitación del destino del terreno y de las obras complementarias que se autoricen en los distritos UP no implica la afectación al dominio público de todos los inmuebles que allí se encuentren emplazados.

En minoría se pronunció la Dra. Daniele, quien en el mismo sentido en el cual había opinado al revisar la medida cautelar, entendió -a diferencia de lo sostenido por la Sra. Fiscal- que la zonificación UP importaba en los hechos una afectación del inmueble al dominio público del Estado. Esto toda vez que, al haber la Legislatura por medio de un procedimiento de votación agravado -doble lectura- catalogado como UP un determinado sector, implicaba una decisión de afectar dichos inmuebles al uso público.

Creemos que esta última es la solución acertada. Más allá de que en principio el establecimiento del cuadro de usos del suelo es una facultad distinta a la de expropiar bienes sobre la base de una calificación previa de utilidad pública, en este caso en particular, la tésis de ambos institutos parecen confundirse.

En efecto, la inclusión por parte del órgano legislativo (por medio de una ley formal, obviamente) de un determinado inmueble o conjunto de éstos en una zonificación como la UP conlleva una restricción tal al uso de la propiedad que prácticamente desnaturaliza este derecho (basta recordar que uno de los caracteres básicos del

derecho real de dominio es el de la exclusividad, es decir, donde una persona es dueño de algo otra no lo es a menos que sean condóminos). Es menester recordar que, como se dijo, el art. 5.4.10 del CPU dice que los distritos UP son zonas destinadas a **espacios verdes de uso público y acceso libre**. Pensar que alguien puede ser titular dominial de un inmueble y que por ley se encuentra obligado a permitir el acceso a toda la población es imponer a esa persona una carga extraordinaria que vulnera sus derechos básicos. Por lo tanto, es lógico presumir que ante una decisión legislativa que implica que el bien va a quedar abierto al uso público y se condicionan de sobremanera los usos complementarios, ese bien debe pasar al dominio público del Estado. Por otro lado en un sentido similar se ha pronunciado recientemente la Corte Suprema en la causa “Zorrilla” al admitir el pedido de expropiación inversa de un particular dueño de una casa sobre la cual pesaban restricciones en miras al interés público de tal envergadura que le impedían prácticamente el ejercicio pleno de su derecho. Es una violación al principio cardinal del art. 16 de la Constitución Nacional, en cuanto establece la igualdad de las cargas públicas, pretender que alguien debe soportar un sacrificio extraordinario en sus derechos para el beneficio del resto de la comunidad ¹⁹.

19 En el fallo “Zorrilla, Susana y otros c/EN-Poder Ejecutivo s/expropiación inversa-servidumbre administrativa” del 27/8/13, el voto de la mayoría interpretó que aun no mediando ley de declaración de utilidad pública, la acción era admisible cuando hubiesen mediado restricciones, limitaciones o menoscabos esenciales al derecho de propiedad del titular (*Fallos*, 312:1725), en virtud de los términos del artículo 51, inciso c) de la ley 21.499. En consonancia con ello se explicó que dada la importancia histórica de la casa de Lucio Mansilla, la ley 25.317 había declarado “monumento histórico-artístico nacional” al edificio y sometido al régimen de custodia y conservación contemplado en la ley 12.665 y el decreto 84.005/41. Esa normativa prevé que el Poder Ejecutivo, a propuesta de la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos, declarará de utilidad pública los lugares, monumentos, inmuebles y documentos de propiedad de particulares que se consideren de interés histórico o histórico-artístico a los efectos de la expropiación; o se acordará con el respectivo propietario el modelo para asegurar los fines patrióticos de la ley. Asimismo, se prevé que si la conservación del lugar o monumento implicase una limitación del dominio, el Poder Ejecutivo indemnizará a su propietario en su caso (confr. artículo 3° de la ley 12.665). Por otra parte, y a los efectos de garantizar la preservación de los inmuebles históricos, se dispone que éstos no podrán ser sometidos a reparaciones o restauraciones, ni destruidos en todo o en parte

En el caso en cuestión la controversia era menor porque se trataba de un bien que era del Estado de la Ciudad, pero si el caso se hubiera configurado con el bien de un particular no hay dudas de que ese particular tendría el derecho a exigir una indemnización tal como si se hubiera sancionado una ley que calificara de utilidad pública ese predio y lo sujetara a expropiación.

En resumidas cuentas, parece imposible pensar que un inmueble pueda ser zonificado como urbanización parque sin que pertenezca al dominio público de la Ciudad.

Por otro lado el argumento que la transferencia se hacía a una corporación pública y por ello no se veía afectado el destino previsto en la zonificación UP tampoco resulta convincente. Basta con observar que uno de los puntos que motivaron la promoción de la demanda fue una licitación en curso para la construcción de un parque acuático que *a priori* se presume incompatible con la zona UP. Y decimos así porque es difícil pensar que el concesionario de dicho parque no tiene ninguna intención de lucrar con dicho emprendimiento y que la entrada al mismo sería libre y gratuita para todos los habitantes de la Ciudad.

3. Conflictos entre UP y concesiones otorgadas por el Estado Nacional

Finalmente, un tercer eje de conflictos asociados a esta problemática tiene que ver con aquellos terrenos comprendidos dentro de la zonificación UP que son o fueron propiedad del Estado Nacional o alguno de sus entes descentralizados. ¿Por qué? Porque precisamente en estos casos aparece generalmente un conflicto de intereses entre los usos efectivamente desarrollados en dichos predios y los legalmente permitidos, en razón de que los particulares concesiona-

transferidos, gravados o enajenados sin aprobación o intervención de la citada comisión (confr. artículo 4° de la citada ley). Así el nivel de restricciones que importaba en el caso la declaración de Monumento a dicho solar, como la dificultad que generaba para los propietarios su mantenimiento, derivaron en que el máximo Tribunal concluyese en que la expropiación era el único medio apto para garantizar el acabado cumplimiento de la manda contenida en el artículo 41 de la Constitución Nacional y las leyes, esto es, asegurar la preservación de un inmueble cuyo valor cultural había sido ampliamente reconocido por todos los involucrados en el pleito. Máxime, se enfatizó, si se reparaba en que la declaración estatal formulada en la ley 25.317 no parecía haber contribuido a mejorar el estado de preservación del inmueble o, tan siquiera, a preservarlo.

rios de algunos terrenos utilizaban a éstos para fines que entraban en conflicto con la zonificación de los distritos.

Esto es así ya que por un lado, existe una competencia propia de la Ciudad de Buenos Aires de establecer el cuadro de usos del suelo de todo su territorio, mientras que por otro lado, subsisten numerosos predios y terrenos en la Ciudad que no han sido transferidos y son de propiedad del Estado Nacional, los cuales en muchos casos se encuentran alquilados o concesionados a particulares que los explotan de las más diversas maneras. Son casos típicos de éstos aquellas concesiones efectuadas en zonas portuarias por la Autoridad General de Puertos sobre tierras ribereñas (en los que se encuentran instalados locales bailables, restaurantes, bares, complejos deportivos privados, etc.) o los que fueran otorgados en terrenos aledaños a las vías de los ferrocarriles. Es decir, que hay una especie de competencia concurrente entre el dueño de la tierra que tiene facultad para concesionarla a particulares y la Ciudad que tiene el poder de policía urbanístico, edilicio y de habilitaciones. En este sentido no hay una preponderancia por parte del Estado Nacional, basta con repasar el artículo 75 inc. 30 de la Constitución Nacional que específicamente establece que las jurisdicciones locales mantienen el poder de policía que les compete sobre bienes afectados a establecimientos de utilidad pública nacional ²⁰.

De allí que se han ventilado ante los tribunales de la Ciudad y ante el fuero federal numerosos casos en los cuales la zonificación dispuesta por la Ciudad interfería con la actividad que esos particulares desarrollaban en dichos predios. En estos casos generalmente se ha planteado un vacío normativo en cuanto a la zonificación de algunas zonas lo cual entorpecía el trámite posterior de habilitación comercial de los locales emplazados en esos predios en conflicto. Mas cuando se examina con detalle el asunto se puede verificar que en realidad existe siempre una zonificación y en muchos casos esa zonificación atentaría contra el uso que pretenden desarrollar los particulares que se encuentran allí instalados.

20 Art. 75. Inc. 30. *“Corresponde al Congreso:...Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines”.*

Es decir, se presenta una situación de hecho que en algunos casos puede ser preexistente, en la cual el local instalado no se ajusta para nada a lo previsto en el CPU en cuanto a los usos permitidos en dicha zona. Ahora bien, en el caso en que el cambio normativo se diere con posterioridad a la fecha de inicio de actividades por parte del concesionario podría evaluarse la procedencia de una acción reparatoria mas nunca podría admitirse la situación como una suerte de excepción a la regla urbanística. En el ejemplo de que un determinado comercio se encuentre instalado en una zona que a priori permitía su emplazamiento y luego se diera un cambio normativo que zonifique dicha área como UP, lo lógico sería intimar al cese de actividades aunque la conducta estatal pueda dar lugar a un supuesto de responsabilidad estatal por actividad lícita.

No obstante, cuando se verifique que el particular se encontraba instalado en un distrito que ya se encontraba zonificado con anterioridad al inicio de actividades y esa zonificación no era compatible con el uso que hiciera el particular del local en cuestión, entendemos que todos los actos que permitieron su instalación en dicho predio se encuentran viciados esencialmente en su causa, y por lo tanto no pueden ser reputados válidos. En consecuencia, la solución debería ser la nulidad de todos los permisos vinculados a la actividad y el desalojo inmediato del local que no se ajusta al uso permitido. Todo ello, por supuesto, sin ningún tipo de indemnización en función de que en principio no es presumible que quien contrate con la Administración e instale un comercio en un predio público no tenga la diligencia suficiente para advertir que el uso que pretende hacer pueda encontrarse en conflicto con la zonificación del área.

V. Conclusiones

Hemos querido reflexionar sobre las problemáticas asociadas a la zonificación UP y los puntos de contacto con el dominio público del Estado, basándonos en la hipótesis de que resulta incompatible tal destino del suelo y el dominio privado de un particular o del propio Estado. Así dos órdenes de razones verifican tal postulado: la primera es que anularía o vaciaría totalmente de contenido el derecho de dominio de un particular, en flagrante violación al artículo 17 de la Constitución Nacional, sostener que es factible establecer esa zonificación para un predio privado sin interpretar simultáneamente que debe quedar sujeto a expropiación. Sencillamente el avasallamiento a la exclusividad del dominio y la imposibilidad de disposición que

ello implica refuerza la hipótesis de su incompatibilidad con el dominio privado de un particular. Por otro lado, la categorización de un bien del Estado como UP importaría una afectación legal al dominio público en tanto impone el uso directo de un bien por la colectividad²¹, característica por excelencia de los bienes del dominio público del Estado, situación que se extiende a cualquier obra que sobre él se realice por cuanto sólo está autorizado por el CPU el emplazamiento de “obras de exclusiva utilidad pública que complementen y no alteren el carácter de los mismos”.

Entendemos que la estrictez respecto de la compatibilidad de usos en los casos de Urbanización Parque se justifica por imperio constitucional en virtud de la importancia que se ha otorgado al incremento y protección de los espacios verdes en la Ciudad de Buenos Aires (art. 27, inciso 3º) y por otro lado en la escasez de espacios verdes que existe en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que no alcanza la recomendación de la Organización Mundial de la Salud de 9 m² por habitante.

21 El artículo 5.4.10 del CPU se refiere a espacios verdes o parquizados de uso público.

