



PORQUÉ LA CONSTITUCIÓN TAMBIÉN EXISTE

Por el Esc. Jorge Machado

La ley 18.308 y en particular su artículo 66 han dado mucho que hablar en cuanto a su alcance y correcta aplicación. Se afirmó, que se debía aplicar inmediatamente, confundiendo con error manifiesto la vigencia de la norma con el hecho de estar dados los supuestos de aplicación.

Al respecto el dicente oportunamente manifestó:

1) Corresponde de acuerdo a la estricta aplicación de la ley, que sean ofrecidos a la Intendencia Municipal todos aquellos inmuebles situados en las áreas específicamente determinadas por los instrumentos.

2) Que aquellos inmuebles que no estén situados en las áreas designadas en los instrumentos departamentales, no se deberán ofrecer. Exigir el ofrecimiento implicaría un trámite inútil, dado que sobre los mismos no recae el derecho de preferencia de marras y por tanto, no podría ser aceptado el ofrecimiento por constituir tal aceptación un acto ilegal.

En síntesis, por constituir un aumento inútil a la burocracia.

3) De lo expuesto surge que en caso de no existir los instrumentos de referencia, no corresponde realizar ofrecimiento, dado que en tal situación no se cumple con respecto a ningún inmueble del departamento el supuesto previsto legalmente.

Y EN CONSECUENCIA PROPUSO:

- A.** Que se determine con carácter general, y en concordancia con la ley, que sólo existe obligación de ofrecer aquellos inmuebles situados en las áreas designadas por los instrumentos que de acuerdo a los lineamientos municipales se aprueben.



- B. Que no existiendo tales instrumentos no procede ofrecer ningún inmueble del departamento.
- C. Que todos aquellos instrumentos en que se determinen áreas en las que la Intendencia Municipal tenga interés en ejercer el derecho de preferencia sean dados a conocer públicamente, debiéndose comunicar muy especialmente a la AEU para su inmediata difusión a todos los Escribanos y a la DGR para que sus funcionarios estén en condiciones de ejercer el pertinente contralor.
- D. Que el derecho de preferencia rija para los actos posteriores a la publicación y comunicación del respectivo instrumento.

Esta fue y es la opinión de quien escribe, la que en un principio mereció algunas críticas; pero luego prácticamente todos los gobiernos departamentales dictaron resoluciones coincidentes con la referida opinión.

Finalmente, hace aproximadamente un mes, lo expresábamos en el anterior boletín, la Intendencia Municipal de Montevideo, que venía con demora al respecto, adoptó resolución en la que se pronuncia con idéntico criterio.

LO QUE QUEDO DE LADO

Lo expresado se constituyo en punto central de atención dada la necesidad práctica de resolverlo a efectos de no entorpecer el comercio, la actuación notarial, por haber pasado a ser otra traba burocrática que el Escribano debía enfrentar en defensa de los intereses de sus clientes. Uno más que se sumaba a tantos otros obstáculos burocráticos de los que enfrenta a diario el notario, intentando disminuir en la medida de sus posibilidades el perjuicio que, como todos saben, ocasiona a las personas la existencia legal o reglamentaria de tantos trámites inútiles.

Se afirmo que dado este derecho de preferencia a favor de los Gobiernos Departamentales y a efectos de no perjudicar el tráfico jurídico de bienes inmuebles y su celeridad, debería establecerse un procedimiento sumarísimo para la decisión de la conveniencia o no en la adquisición del bien por parte del Gobierno Departamental. Este artículo 66 citado no establece una reglamentación; por ejemplo, no fija plazos



para expedirse la administración, no establece en qué términos se otorgaría la enajenación en los casos que se opte por la adquisición del bien, no establece si dicha preferencia opera en igualdad de condiciones, etc.

Se excluye a los bienes comprendidos en la Ley 11.029 - artículo 35- de creación del Instituto Nacional de Colonización, y a diferencia de éste no expresa que la eventual adquisición por los municipios deba hacerse por el mismo precio y en las mismas condiciones que una operación de enajenación proyectada entre particulares:

Esta omisión tiene consecuencias gravísimas.

En materia de expropiación la ley 18.308 contiene disposiciones de muy dudosa constitucionalidad. Las mismas aún no han tenido actuación, pero de tenerla, y para eso están en la ley, darán lugar a innumerables recursos de inconstitucionalidad que se interpondrán y es claro a la luz del tenor constitucional la resolución positiva por parte de la Suprema Corte de Justicia con respecto a los mismos.

La **Expropiación** tiene como fundamento el interés General que permite en situaciones de necesidad o utilidad públicas, limitar el derecho de propiedad pese a su rango constitucional. La calificación de “necesidad o utilidad públicas” debe hacerse por Ley, previa iniciativa del Poder Ejecutivo y no puede delegarse como lo hace esta ley.

Además de los artículos que establecen en forma expresa la expropiación, están presentes en la ley otros que sin referirla expresamente, configuran en realidad situaciones de expropiación. Es el caso de de los fraccionamientos y a lo que se ha dado en llamar “pago del mayor valor”, mediante el cual se transferiría de pleno derecho al Estado una parte de los solares resultantes como “devolución” por la valorización de su propiedad, la que tuvo causa en la autorización administrativa del fraccionamiento. Existe acuerdo en que dicho pago en bienes implica expropiación indirecta y sin indemnización alguna.

Se prevén también situaciones de expropiación sin indemnización previa. La constitución establece la exigencia de una **“justa y previa compensación”**, existiendo para algunos casos la excepción dada por el pago diferido (art. 232), pero siempre debe establecerse en la propia ley que declara el pago diferido, de donde se obtendrán los recursos necesarios para asegurar el pago. La designación no puede o no debería



de acuerdo a la constitución hacerse en forma genérica, sino específica y delimitando cuáles bienes son objeto de expropiación con el sistema excepcional. Una vez pagada la cuarta parte de la indemnización el Estado se encuentra facultado para tomar posesión del inmueble.

Cabe precisar que la indemnización previa es la regla y que la excepción sólo refiere a casos concretos e incluso no procede en situación de pequeños propietarios. Se insiste pues debe destacarse que la excepción prevista en el art. 232 de la Constitución no puede partir nunca de una ley que la determine con carácter general. Si bien dicho artículo prevé que la indemnización puede llegar a no ser previa, establece expresamente que debe surgir de la propia ley que declara la expropiación de dónde van a salir los recursos necesarios para asegurar su pago. De ello surge sin dificultad alguna, y en razón de que para saber cuáles son los recursos necesarios debe tenerse conocimiento previo de cuáles son los inmuebles a expropiar, que las leyes que establezcan este tipo de expropiación deberán referir a bienes concretos a utilizarse en planes o programas de desarrollo económico (correctamente individualizados), no pudiendo ser una disposición programática que deje dicha determinación en manos de la Administración. Esta ley, no toma en cuenta las citadas disposiciones constitucionales.

A todo lo expresado debe agregarse por estar también regulado en esta ley el incumplimiento a deberes territoriales:

- a) La situación de los propietarios de solares baldíos o terrenos con edificación ruinosa que “deberán edificarlos o rehabilitar sus construcciones...”;
- b) La calificación de estado de abandono a inmuebles que teniendo posibilidades productivas o de utilidad social se encuentren inexplorados por más de 10 años...”

En el caso de fincas ruinosas y predios no explotados (no indica su área), es posible, que se afecte en forma directa a los pequeños propietarios, de escasos recursos, que se encuentran especialmente protegidos por la Constitución. Por la gravedad que el instituto de la expropiación tiene, se debe legislar en forma muy prudente respecto a la forma del pago de la indemnización; quién establece **el incumplimiento a los “deberes territoriales”**, no descuidando las causas que lo originaron; y qué se entiende



por “bienes inexplotados”. No siempre es un propietario con recursos económicos quien es el titular de esos bienes, y por lo tanto, se está vulnerando la finalidad social que parecía surgir del contexto de la ley, afectando a personas de escasos recursos económicos. Debió la ley establecer un subsidio o financiación especial para que los bienes se conviertan en bienes de utilidad pública y no ser expropiados. Esto también dará lugar a recursos de inconstitucionalidad.

Es preocupante, en razón de que atenta contra los sectores de menores recursos, la expropiación causada por el incumplimiento de la obligación de construir en solares baldíos o de refaccionar fincas ruinosas. La ley presume el poder económico que tiene el propietario de poder llevar adelante tales obras, sin atender a que justamente son las personas de menores recursos las que habitan una finca en mal estado o han adquirido con esfuerzo extraordinario un solar en el cual construir con sus propias manos una modesta vivienda, construcción precaria que les demandará mucho tiempo ya que sus ingresos sólo les permitirán comprar los materiales poco a poco.

A lo expuesto debemos agregar las situaciones del artículo 66 antes referido. No es dudoso que el artículo habla de adquisición, y por tanto, lo primero que nos viene a la mente es una compra por parte de la Intendencia. Pero, ¿en qué términos se realiza esa compra? Recordemos: El artículo no refiere a forma alguna de fijar el precio, ni la forma de pago. Entonces, la situación es semejante a la que existía antes con respecto a las unidades de propiedad horizontal de edificios incorporados al régimen por el procedimiento previsto por el capítulo primero del Decreto-ley 14.261, preferencia hoy por suerte derogada. Entonces, el precio y la forma de pago deberán surgir de la negociación. Pero, ¿Cómo puede un propietario negociar un mejor precio, cuando no tiene posibilidad de enajenar más que a un solo comprador? Será la Intendencia en caso de ejercer el derecho de preferencia la que fijará los términos del negocio. Claro está, que el propietario puede no vender, pero de hacerlo nunca podrá vender, sólo podrá esperar por una administración más generosa. Si el vendedor se encontrara en estado de necesidad económica, esto podría dar lugar al abuso: esperemos que esto nunca suceda.

En estos días la Intendencia de Canelones resolvió ejercer el derecho de preferencia de marras en la Ciudad de la Costa. Resolución acorde al texto legal, se determinó una



zona y serán los inmuebles comprendidos en la misma los únicos que habrá que ofrecer. En nuestra opinión nos parece exagerado que comprenda toda la Ciudad de la Costa, deberían determinar la zona específica. Pero también en nuestra opinión, no es un instrumento prudente el previsto por este artículo y por tanto debieron optar por la vía de la expropiación cumpliendo todos los presupuestos previstos en la Constitución. La ley no puede hacer indirectamente lo que la constitución prohíbe hacer directamente. Y este procedimiento del artículo 66, sólo se justifica si se procura adquirir por un precio menor a su valor venal: de lo contrario no tiene sentido su existencia: la expropiación siempre cumplió su función. De ser así, se estaría “expropiando” sin abonar la justa compensación e incluso podría llegar a ser sin previo pago. Por lo expuesto la norma debe ser considerada inconstitucional.

La ley 18.308, debe ser revisada, y de ser posible con intervención de profesionales de Derecho, lo que según se comenta no sucedió en su elaboración original. Y el mentado artículo 66, sin más debe ser derogado.

SE AGREGA A LO ANTES EXPUESTO

Terminado el informe que precede llega a nosotros la resolución de la Intendencia Municipal de Canelones número 6661/09 de 5 de noviembre de 2009. Por la misma se pospone la entrada en vigencia sujetándola a la aprobación del COSTAPLAN. Es de suponerse que el referido “COSTAPLAN” hará referencia a las áreas en que se desarrollará, las que necesariamente y de conformidad a la ley han de coincidir con aquellas en las que corresponda realizar el ofrecimiento; ya que carece de sentido que el mismo se extienda a toda la ciudad.

No obstante, y sobre todas las cosas, esta pausa que se toma la comuna canaria, deseamos que sirva para la reflexión. Sabemos que cuenta con excelentes técnicos que seguramente aconsejaran que se utilice en cuanto sea necesario la vía de la expropiación en los justos términos que marca la Constitución de la República, en lugar de este extraño y difuso mecanismo creado por el artículo 66 de marras y cuyo alcance con precisión nadie conoce.



Esc. Jorge Julio Machado Giachero

Estudio Notarial Machado