

“Veinte años no son nada”. A propósito de la pretendida constitución por usucapión de una servidumbre administrativa de electroducto

*Por Alejandro Guerrero**

Un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (“SCJBA”) sobre el tema del epígrafe¹, nos motivó a indagar sobre los posibles puntos de contacto entre el derecho civil y el administrativo, así como acerca de la identificación de las situaciones en que las normas y principios de aquél pueden ser utilizados válidamente para la solución justa de las controversias en cuyo seno se debaten institutos propios del derecho administrativo -con particular referencia a la problemática planteada- y, asimismo, sobre las eventuales limitaciones constitucionales resultantes que puedan gravitar sobre la cuestión en examen.

I. A modo de introducción

Dentro del ámbito de las limitaciones a la propiedad privada con motivo del interés público se encuentran las servidumbres administrativas, las que fueron definidas como el derecho real administrativo constituido por el Estado (*lato sensu*) sobre un bien ajeno determinado, del dominio privado o del dominio público, por razones de interés público, con el objeto de que tal bien sea usado por el público en la forma que resulte del acto o hecho constitutivo del gravamen². Asimismo, fueron conceptuadas como una obligación real establecida sobre un bien ajeno por razón de utilidad pública³. Como lo sostiene COMADIRA, las servidumbres administrativas afectan el carácter exclusivo del derecho que el propietario gravado tiene sobre el bien afectado por la carga, otorgando a quien es su beneficiario la posibilidad de usar o de gozar parcialmente de dicho bien, y al propietario la obligación de no hacer, o más bien, de dejar hacer determinadas cosas sobre el bien que le pertenece, soportando necesariamente aquel uso o goce⁴.

A su vez, cualquier necesidad o utilidad pública puede formar el contenido de tales servidumbres, entre las cuales se encuentra la de electroducto o pasaje de una línea eléctrica para uso público⁵. Más precisamente,

1

*Abogado (Universidad del Salvador). Magister Profesional en Derecho administrativo (Universidad Austral -1992/93). Esp. en Derecho de la regulación económica y de los servicios públicos (Universidad Austral – 1996/1998). Esp. en Derecho constitucional (Pontificia Universidad Católica Argentina – 2009/2010). Cursando la Especialización en Derecho administrativo de la Universidad Nacional de la Matanza. Abogado en ejercicio.

Fallo del 19 de octubre de 2016, dictado en la causa 117.896, “*Farrán, Alberto Julio c. Cooperativa Eléctrica y de Servicios Públicos Lujanense Ltda. s. cobro de pesos*” - <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=139544>.

2 Marienhoff, Miguel S., “Tratado de derecho administrativo”, T. IV., 5a edición actualizada, Abeledo Perrot, pág. 70.

3 Díez, Manuel M., “Derecho administrativo”, T. IV, 2ª edición, Plus Ultra, pág. 293/294.

4 Comadira, Julio R. – Escola, Héctor Jorge, “Derecho administrativo argentino”, ed. Porrúa, México, 2006, pág. 1099/1100.

5 Pozo Gowland, Héctor, “Servidumbre administrativa de electroducto”, Revista de derecho administrativo”, N° 11, Abeledo Perrot, 1992, pág. 676.

puede decirse que la servidumbre de electroducto consistirá en la afectación del inmueble y las limitaciones y restricciones al dominio necesarias para *“construir, conservar, mantener, reparar, vigilar y disponer todo sistema de instalaciones, cables, cámaras, torres, columnas, aparatos y demás mecanismos destinados a transmitir, transportar, transformar o distribuir energía eléctrica”*, como lo establece el artículo 3 de la ley 19.552, sustancialmente similar a su correlativo de la ley local 8398, el que por su parte legisla: *“Desígnase con el nombre de electroducto a todo sistema de instalaciones, aparatos o mecanismos destinados a transportar, transformar y distribuir energía eléctrica”*.

En cuanto aquí interesa y para una mejor comprensión del análisis propuesto, debemos señalar que el artículo 1° de la ley local dispone: *Declárase de utilidad pública y sujeto a la servidumbre de electroducto que se crea por esta ley, a todo inmueble del dominio privado situado dentro de los límites de la Provincia de Buenos Aires, necesario para el cumplimiento de los planes de trabajo correspondientes a la prestación del servicio público de electricidad...*”. Sobre esa base, su artículo 5° legisla que *“la aprobación por el organismo de aplicación del proyecto y de los planos de la obra a ejecutar, importará la afectación de la zona de seguridad a la servidumbre administrativa de electroducto. El futuro titular de la servidumbre deberá cursar comunicación al registro de la Propiedad pertinente para su anotación preventiva”*. Asimismo, y luego de contemplarse por el artículo siguiente que *“los propietarios de los inmuebles deberán ser notificados de la afectación...”*, el artículo 11° establece que *“el propietario del predio afectado tendrá derecho a una indemnización”*, fijándose luego los parámetros para su cuantificación, y finalmente -en cuanto aquí concierne- el artículo 13° prevé que una vez afectado el predio en la forma establecida en el artículo 5°, *“el titular de la servidumbre promoverá la constitución definitiva de la misma, mediante concertación directa con el propietario, por convenio gratuito u oneroso... quedando constituida a partir de la suscripción del convenio”*.

La referida ley prevé la constitución de la servidumbre de electroducto *“... en favor del Estado Provincial, municipios o concesionarios del servicio público de electricidad en jurisdicción provincial”*.

Asimismo, el “Marco regulatorio eléctrico de la Provincia de Buenos Aires” (“MREPBA”), aprobado mediante ley 11.769 – T.O. por Decreto 1868/04- al tiempo de regular la prestación de los servicios de distribución de energía eléctrica por parte de concesionarios municipales -como lo era en el caso la cooperativa eléctrica demandada- dispone que ellos *estarán sujetos a los mismos derechos y obligaciones que los concesionarios provinciales de dicho servicio* (art. 26), y que el Órgano de Control tiene por función, entre otras que enumera el art. 62, la de *“intervenir en la concesión de servidumbres de electroducto”*, aunque la autoridad de aplicación de la ley 8398, lo es el Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos, organismo que según el art. 54 del MREPBA, tiene a su cargo las atribuciones inherentes al poder público en lo tocante al diseño y la implementación de la política en materia de energía eléctrica en la jurisdicción provincial.

En el ámbito nacional rigen disposiciones similares a las transcriptas de la legislación local, dado que aquellas han sido fuente de éstas, correspondiendo precisar ahora, con la finalidad de completar la reseña, que la ley 24.065 dispuso en su Capítulo V, referido a las “Disposiciones comunes a transportistas y distribuidores de energía eléctrica”, específicamente en su artículo 18, que: *“Los transportistas y los distribuidores gozarán de los derechos de servidumbre previstos en la ley 19.552”*, agregando entre las facultades y funciones del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (“ENRE”), la de *“autorizar las servidumbres de electroducto mediante los procedimientos aplicables de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18 de esta ley, y otorgar toda otra autorización prevista en la presente”* (art. 56, inc. i), lo cual marca una diferencia sustancial respecto de la legislación local antes referenciada, por encontrarse excluido el Estado (Nacional, provincial o municipal) como un eventual sujeto beneficiario de la servidumbre regulada por la ley 19.552, a tono con la filosofía de aquella ley nacional de excluir al Estado como actor del mercado eléctrico.

II. Breve relato de los antecedentes del caso *sub examine*

Como paso previo a las reflexiones propuestas, resulta necesario dar una sucinta noticia de los hechos del caso y de las decisiones adoptadas en el marco de la causa judicial mencionada.

Con motivo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la actora contra la sentencia de la Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes -que al revocar la sentencia de grado, hizo lugar a la reconvención deducida y declaró que la demandada había adquirido la titularidad de la servidumbre de electroducto por medio de la prescripción adquisitiva veinteñal, ordenando la inscripción registral correspondiente- la SCJBA emitió pronunciamiento por el cual declaró procedente el recurso extraordinario local deducido y revocó la sentencia en recurso.

La Cámara de Apelación había fundado su decisión en la comprobada ocupación, por parte de la demandada, de una fracción del inmueble de titularidad del actor -unos 16 m²- con una cámara transformadora de energía eléctrica, lo cual, a juicio de ese tribunal, importó el ejercicio de una servidumbre y no una mera restricción al dominio, conllevando una desmembración de la propiedad, constitutiva de un derecho real de disfrute sobre cosa ajena. Catalogó a la referida servidumbre como “continua y aparente”, y haciendo aplicación -directa- del artículo 3017 del ahora derogado Código Civil⁶, concluyó que la Cooperativa había adquirido la titularidad de la servidumbre por usucapión. Asimismo, sostuvo que la ley local N° 8398 -de servidumbre de electroducto- no constituía un obstáculo para la procedencia de la vía de adquisición del derecho real en cuestión por el transcurso del tiempo, pues de la lectura del texto legal no se advertía la existencia de una restricción que fijara algún medio en particular “como único, exclusivo o específico para la respectiva constitución”.

⁶ El artículo 3017 del Código Civil, en lo pertinente, dispone: *“Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por título, o por la posesión de veinte años (...)”*.

La SCJBA, a través del voto del Dr. Hitters -que formó la mayoría del Tribunal-, al resolver la revocación de la sentencia anterior, motivo de impugnación, sostuvo en síntesis: a) conforme con lo dispuesto en la legislación provincial -ley 8398, art. 5º-, la servidumbre administrativa de electroducto se constituye por decisión de la autoridad de aplicación⁷; b) el artículo 11º de dicha ley establece el derecho del propietario del bien a ser resarcido por la minoración causada por la servidumbre; y c) atendiendo a la existencia de una norma especial de derecho público y a la consagración del derecho a indemnización, no constituye hermenéutica razonable la de recurrir -en forma supletoria o subsidiaria- al Código Civil, por afectarse en tal caso la exclusividad del dominio sin una justa y correlativa compensación económica, especialmente tutelada por el artículo 17 de la Constitución Nacional.

El fallo menciona a lo largo de sus considerandos algunas de las posturas doctrinarias y jurisprudenciales vertidas sobre el tópico atinente a los modos de adquisición de las servidumbres administrativas, referencias que serán ampliadas y actualizadas en este estudio, y que ilustran suficientemente acerca de la temática a la luz de la literatura especializada y la jurisprudencia de los tribunales.

III. La cuestión planteada en el ámbito de la doctrina

Una de las primeras opiniones doctrinarias al respecto, corresponde a la autoridad de BIELSA, quien postula a la prescripción adquisitiva como un medio válido y eficaz para la constitución de servidumbres administrativas, aunque incorpora cierto matiz a dicha opinión al sostener que previamente debe existir una servidumbre privada la que luego puede válidamente convertirse en pública por el uso continuado de la colectividad y en el modo reglado por la Administración⁸.

Un similar criterio es adoptado por VILLEGAS BASAVILBASO, al pronunciarse por la necesidad de que también preexista una servidumbre privada, admitiendo que en ese caso pueda transformarse en pública por medio de la usucapión por el uso inmemorial de la colectividad, siempre que así sea declarado por la autoridad administrativa. La usucapión -dice- es el presupuesto necesario para la ulterior afectación al uso público. La servidumbre privada no se transforma en pública de pleno derecho; es menester la declaración del poder administrador que la incorpore al dominio público⁹.

Por su parte MARIENHOFF, si bien se pronuncia de igual modo favorablemente por la usucapión como medio de constitución de servidumbres administrativas en general, entiende que no resulta necesario la preexistencia de una servidumbre privada y su ulterior transformación en pública por medio de la usucapión por parte del Estado (*lato sensu*), sino que una servidumbre administrativa puede válidamente constituirse por

⁷ Artículo 5º de la ley 8398: “La aprobación por el organismo de aplicación del proyecto y de los planos de la obra a ejecutar, importará la afectación de la zona de seguridad a la servidumbre administrativa de electroducto...”.

⁸ Bielsa, Rafael, “Derecho administrativo”, T. IV, La Ley, Buenos Aires, 5ª. edición, 1956, pág. 358. Cabe mencionar aquí que en la 7ª. edición actualizada de dicha obra -año 2017- si bien se realiza un examen de la servidumbre de electroducto a la luz de la ley 19.552, el actualizador -Roberto Luqui- no se pronuncia específicamente sobre el punto considerado en el presente trabajo (Véase el T. IV de dicha obra actualizada, pág. 2221 y sgtes.).

⁹ Villegas Basavilbaso, Benjamín, “Derecho administrativo”, T. VI, Tipográfica Editora Argentina, 1956, pág. 190.

prescripción adquisitiva en forma directa, sin que resulte necesario que preexista una servidumbre privada para su transformación ulterior. Funda su parecer en la comprobación de que si las cosas del dominio privado de los administrados pueden pasar al dominio público por prescripción -perdiendo aquéllos la propiedad- con mayor razón las servidumbres pueden adquirirse por esa vía, ya que éstas implican una limitación menor frente a la pérdida de dominio privado de los administrados¹⁰.

DROMI, se pronuncia genéricamente por la procedencia de la prescripción adquisitiva como medio de adquisición de las servidumbres administrativas en general, y no hace referencia concreta a la necesidad de la previa existencia de una servidumbre privada para habilitar la usucapión¹¹. No obstante, debe señalarse al respecto, con la finalidad de resultar exactos en la cita, que esa misma posición sostenida en su *“Manual de derecho administrativo”* (1987), ha sido matizada luego en la edición 2009 de la obra que sucedió a aquélla *“Derecho Administrativo”*, al sostener el autor a continuación de aquella primera opinión que *“la prescripción de referencia no se rige por las normas del Código Civil, sino solo en ausencia de regulación expresa y por razonable analogía”*¹².

Si bien resulta que todas las referencias doctrinales expuestas no hacen mención a la servidumbre de electroducto en particular, sino que se remiten a las servidumbres administrativas en general, y que los tres doctrinarios citados en primer término han escrito sus obras con anterioridad a la vigencia de las leyes N°s. 19.552 (del año 1972-) y 8398 (-año 1975-) -motivo por el cual no analizan específicamente las regulaciones legales de mención- lo cierto es que en el caso de MARIENHOFF, en un artículo doctrinario en el que analiza el régimen de la ley 19.552, modificada por la ley 24.065 - aunque no se pronuncia específicamente sobre el punto de la eventual usucapión de dicha servidumbre- define a este tipo de gravamen como de *“origen o base legal”*, por cuanto su efectiva vigencia depende, en cada caso, de una decisión administrativa que haga ejecución concreta de aquella normativa legal¹³.

COMADIRA y ESCOLA, por su parte, si bien se pronuncian también de modo genérico sobre las servidumbres administrativas en general, admitiendo a su respecto la eventual constitución por hechos, como lo son la accesión o la prescripción, agregan que ello será así *“con las singularidades propias de estas situaciones”*, añadiendo que *“las formas y condiciones de tales actos serán los que en cada caso correspondan para cada uno de ellos, conforme a lo que resulte de la legislación aplicable, para que sean considerados válidos y eficaces”*¹⁴.

MORÁN, autor de un ilustrativo artículo doctrinario sobre el particular, admite con amplitud la posibilidad de constituir una servidumbre de electroducto a través de la prescripción adquisitiva, en tanto

10 Marienhoff, *“Tratado de derecho administrativo”*, op. cit., T. IV, pág. 89.

11 Dromi, José Roberto, *“Manual de derecho administrativo”*, T. II, Astrea, 1987, pág. 68.

12 Dromi, Roberto, *“Derecho administrativo”*, Ciudad Argentina, 2009, pág. 905.

13 Marienhoff, Miguel S., *“Servidumbres de electroducto. Su régimen jurídico”*, ED, 1997, pág. 1043.

14 Comadira – Escola, *“Tratado de derecho administrativo”*, op. cit., pág. 1103.

entiende que de la lectura de la normativa que rige estas servidumbres no se desprende la existencia de disposición alguna que establezca “algún medio como único, exclusivo o específico”¹⁵.

En cuanto a la opinión de civilistas sobre el particular, cabe citar el temperamento adoptado por SALAS y TRIGO REPRESAS, quienes después de analizar el artículo 14 de la ley 19.552 -modificada por la ley 24.065-sostienen que nada se opone a considerar a este medio de adquisición de las servidumbres de electroducto como válido, en la medida que la norma legal citada se refiere especialmente al convenio, no implicando ello descartar su constitución a través de modalidades distintas a la allí legislada¹⁶.

GORDILLO, por su parte, en oportunidad de comentar lúcidamente un fallo de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal¹⁷, pronunciado *in re* “Allevato c. SEGBA”, expuso que del texto de la ley 19.552 no parece que pueda sostenerse que él autorice la constitución de una servidumbre de electroducto por hechos, específicamente usucapión, precisamente cuando el art. 4º de dicha ley nacional expresa que tales servidumbres se constituyen por decisión de la autoridad administrativa de aplicación. Concluye su opinión expresando -entre otras consideraciones relevantes- que habiendo legislación administrativa específica que limita a una las fuentes de desmembramiento de la propiedad por servidumbre administrativa, no parece posible aplicar supletoria ni subsidiariamente el Derecho civil, que nada dice del tema, para privar a un particular del derecho de propiedad sin indemnización.

Como puede apreciarse, de la reseña de los autores mencionados surge que algunos -favorables a la usucapión en el caso- han escrito sus obras con anterioridad a la sanción y vigencia de la legislación específica; por lo tanto sus opiniones fueron vertidas con desapego a la legislación positiva; otros han analizado el cuerpo legal dictado con posterioridad pero sin pronunciarse específicamente sobre la cuestión puntual que nos ocupa, mientras que los doctrinarios que corresponden a las tres últimas citas realizadas analizan tanto la legislación vigente como la eventual procedencia de la usucapión en esta materia, pronunciándose MORAN y SALAS – TRIGO REPRESAS por admitir ese medio de adquisición, mientras que GORDILLO se pronuncia terminantemente por denegar esa posibilidad.

La leve ventaja neta que presenta en el ámbito de las opiniones doctrinarias mencionadas la posición favorable a la prescripción adquisitiva, aparece resueltamente descontada por el pronunciamiento de la SCJBA que, a nuestro criterio, puso las cosas en su justo lugar.

IV. Los precedentes jurisprudenciales relevantes

Un primer pronunciamiento sobre el tópico, lo constituye el recaído en la ya mencionada causa “**Allevato c. SEGBA**”¹⁸. Allí, la Sala II de la Cámara en lo Civil y Comercial Federal resolvió confirmar la decisión

15 Morán, Marcos, “Servidumbres administrativas de electroducto. ¿Es posible constituir las por prescripción adquisitiva o usucapión?”, La Ley, 2010-D, Sec. Doctrina, pág. 1121-1126.

16 Salas, Acdeel; Trigo Represas, Félix; López Mesa, Marcelo, “Código Civil Anotado”, T. IV-B, Depalma, 1999, pág. 476.

17 Gordillo, Agustín, “Excepción sin reconvencción de usucapión de servidumbre de electroducto en un juicio de desalojo”, La Ley, 1996-B, pág. 477 y sgtes., especialmente 493/494.

anterior -en cuanto había rechazado la demanda de desalojo intentada- aunque fundando la sentencia de alzada en la procedencia de la defensa -sin reconvencción- de prescripción adquisitiva de la servidumbre involucrada en el caso, articulada oportunamente por la demandada y omitida en su consideración por el juez *a quo*. Para acoger dicha defensa, la sala consideró que: a) la construcción de la cámara transformadora y su uso posterior por la demandada importó el ejercicio de una verdadera servidumbre, y no una mera restricción al dominio de la actora; b) la prescripción constituía un medio idóneo para adquirir la servidumbre de electroducto involucrada; c) resultaban aplicables distintas normas del Código Civil, en particular el art. 3017, por tratarse, según esas mismas disposiciones, de una servidumbre continua y aparente; y d) la prescripción adquisitiva se había consumado en el caso antes de la entrada en vigencia de la ley 19.552, conforme con lo dispuesto en los artículos 3° del Cód. Civil y 2° de la ley 17.940.

El fallo plantea la interrelación entre el derecho civil y el derecho administrativo: declara la usucapión de la servidumbre invocando al Código Civil y criterios tradicionales de doctrina de derecho administrativo anterior en el análisis a 1972 y la declara como producida con anterioridad a la entrada en vigor de la ley específica de derecho administrativo en 1972.

También merece ser citada la causa “**Relitex S.A. c. Edenor S.A.**”, resuelta por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil mediante sentencia del 6 de mayo de 2003¹⁹. En dicho pronunciamiento, la alzada confirmó el fallo anterior -que había hecho lugar a la demanda- desestimando la defensa de prescripción adquisitiva de servidumbre de electroducto invocada por la accionada con sustento en el emplazamiento y uso de una estación transformadora de energía eléctrica ubicada en una parcela de titularidad de la actora. Para fallar de ese modo, la Cámara sostuvo que la demandada no había cumplido con el trámite previsto en las leyes 19.552 y 24.065 para obtener regularmente la servidumbre de electroducto, el cual exigía la previa autorización del gravamen por el ENRE y la notificación de la afectación a los propietarios de los predios comprendidos por dicha carga.

En este mismo orden de ideas, cabe citar el caso “**Edesur S.A. c. Consorcio de Propietarios Alvear 1535 de Capital Federal**”, resuelto por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, mediante sentencia del 27 de marzo de 2010. En la causa, la actora interpuso demanda con la finalidad de que se declarase adquirida por usucapión la servidumbre de electroducto que involucraba un centro de transformación eléctrica de su propiedad, ubicado en un sector del edificio de titularidad del consorcio demandado, y utilizado por la concesionaria para la prestación del servicio público a su cargo. La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda, declarando adquirida la referida servidumbre por prescripción adquisitiva. Para así concluir sostuvo: a) la cámara transformadora había sido emplazada en 1972 y proveía electricidad únicamente al consorcio demandado; b) las leyes 19.552 y 24.065, que regulan la servidumbre de electroducto, en momento alguno establecen un modo específico y

18 CNFed. Civil y Com., Sala II, 24 de agosto de 1995, “Allevato, Francisco c. SEGBA”, La Ley, 1996-B, pág. 477 y sgtes. Anotada por Agustín Gordillo en el artículo doctrinario citado en la nota precedente.

19 La Ley, 2004-B, pág. 39.

excluyente por el que habrá de constituirse dicha servidumbre, concluyendo en que la misma resultaba susceptible de ser adquirida, entre otros medios, por la prescripción; y c) resultaba aplicable el art. 3017 del Código Civil, al resultar acreditado -a criterio del juez de grado- el carácter continuo y aparente de la servidumbre invocada.

Apelada la sentencia, la Cámara -siguiendo la posición de GORDILLO al anotar el fallo “Allevato”- revocó el pronunciamiento impugnado, al considerar que resultara o no aplicable la normativa del Código Civil para la adquisición de las servidumbres administrativas en general por prescripción, no lo era respecto de las servidumbres de electroducto, por cuanto éstas habían sido objeto de una expresa y circunstanciada regulación (ley 19.552, modificada por su similar 24.065). Asimismo, y también siguiendo el temperamento del autor mencionado, remarcó la alzada que la temática en debate constituía una materia reglada, en la cual los meros hechos y la usucapión no tienen cabida.

Por su parte, la Sala III del mencionado Tribunal, mediante sentencia del 29 de diciembre de 2010, se pronunció en sentido diametralmente opuesto en los autos **“Edesur S.A. c. Consorcio de Propietarios Sarmiento 2992 de Capital Federal- Proceso de conocimiento”**. En el caso, esa alzada sostuvo que la usucapión resultaba una vía apta para adquirir servidumbres públicas -siguiendo la opinión de DROMI- y entendió que la legislación sobre la materia no establecía limitación alguna que restringiera como modo específico y excluyente de constitución al allí legislado, de modo que a falta de regulación expresa y por razonable analogía, resultaba de aplicación a la causa la normativa sobre el instituto contenida en el Código Civil (arts. 3017, 4015 y concordantes de dicho cuerpo legal).

En esta reseña no puede omitirse la causa **“La Foresta S.A. c. Transba S.A. s. Cobro de pesos – Servidumbre de electroducto”**, en la que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse en una controversia en la que se debatía -entre otros tópicos- la cuestión que aquí nos convoca. Y si bien el Alto Tribunal Federal no se expidió concretamente sobre ese capítulo de los agravios -en tanto basó su decisión en una cuestión que encontró de previo tratamiento lógico, tornándose inoficioso ingresar en los restantes agravios, entre los que se encontraba el relativo a la usucapión- no sucedió lo mismo con el abordaje dado en el dictamen de la Procuradora Fiscal.

Según la opinión del Ministerio Público en la causa, la cuestión a decidir exigía determinar *“si las servidumbres administrativas de electroducto, con posterioridad a la sanción de la ley 19.552, pueden ser constituidas únicamente de acuerdo a los modos que establece su art. 14, o se admite otra manera de hacerlo”*, expresando en su parecer que la ley 19.552 establece un modo taxativo de constitución de servidumbre, al disponer en su art. 14 que ella *‘quedará definitivamente constituida, si hubiere mediado acuerdo entre el propietario y el titular de la servidumbre una vez formalizado el respectivo convenio a título gratuito u oneroso o, en su defecto, una vez abonada la indemnización que se fije judicialmente. Luego de recordar la doctrina de la Corte acerca de que ese tipo de restricción importa para el propietario la privación de parte de su derecho de propiedad y de su derecho de dominio, confiriendo recíprocamente a la Administración*

una atribución jurídica sobre la cosa, puso de relieve que *“no parece irrazonable entender que las previsiones normativas intentan proteger al titular del dominio, lo que justifica el modo limitado de constituir la servidumbre”*. Expresó que la ley 19.552 pone en evidencia que se adoptó ese criterio restrictivo, pues en su exposición de motivos señala que *“El proyecto establece que la servidumbre será dispuesta por resolución administrativa. Se ha considerado que es la Administración y en particular la autoridad competente en el respectivo campo, la que está en mejores condiciones para decidir en cada caso si la servidumbre debe o no ser constituida...”* concluyendo que el criterio adoptado por el a quo confronta con la letra y el espíritu de la ley, y no se compadece con la doctrina de la Corte, quien ha destacado la importante afectación al derecho de propiedad que implica la constitución de la servidumbre administrativa, en la medida que importa un desmembramiento del dominio del fundo sirviente.

Como puede advertirse, las aguas se encuentran también divididas en el ámbito de los tribunales, con líneas jurisprudenciales francamente encontradas, que reclamarían que se ponga un necesario *quietus* a esas constantes evoluciones contradictorias a través de un fallo esclarecedor sobre el punto proveniente de nuestro más Alto Tribunal Federal, que aún se hace esperar.

V. ¿Puede existir en el caso un diálogo plausible de fuentes entre el derecho público y el derecho privado?

V.1 Cuestiones preliminares

En atención a que el derecho público y el derecho privado no constituyen compartimientos estancos, sino que son divisiones convencionales utilizables para facilitar el estudio del ordenamiento jurídico como unidad, resulta natural que existan entre el derecho administrativo y el derecho civil -como subramas de aquellos grandes sectores- interrelaciones de distinta naturaleza que alcanzan su punto crítico en materia de interpretación e integración normativa en asuntos concernientes a la materia administrativa.

Dada su más reciente creación, su condición de materia no codificada, ni codificable, su mutabilidad y formación constantes, y el vasto campo que comprende, el derecho administrativo constituye un terreno propicio para que el que el operador jurídico deba recurrir con suma frecuencia a reglas y principios del más técnicamente elaborado derecho civil para resolver los conflictos jurídicos sometidos a su consideración. En efecto, las características mencionadas, junto a las crecientes demandas que las transformaciones sociales, económicas y culturales proponen permanentemente a las Administraciones públicas, originan una regulación profusa aunque cualitativamente fragmentaria y en otras oportunidades, lagunas o insuficiencias normativas que imponen al intérprete la búsqueda de otros criterios informantes a fin de dotar de coherencia, univocidad y justicia a la aplicación de ese plexo vinculado a la satisfacción de las cambiantes necesidades sociales a cargo de la Administración.

Ahora bien, esa búsqueda de otros criterios normativos o la misma apelación a otras técnicas interpretativas de integración normativa para la resolución de los casos iusadministrativos, lejos de

encontrarse autorizada en cualquier situación de aparente vacío o insuficiencia legal a juicio del intérprete, debe ser evaluada con particular prudencia, ponderando en cada caso la finalidad de la norma, la materia regulada, el específico contexto en el que se inserta -entre los principales factores-, y la solución a la que se arrije por el intérprete debe guardar una necesaria coherencia con el resto del ordenamiento jurídico.

Si existe ley positiva y esta ley es clara, en cuanto que no ofrece mayores dificultades en su interpretación y aplicación a un caso, debe estarse a ella y a su espíritu, es decir, su finalidad, sin que pueda apelarse a normas o principios de otros ámbitos, mucho menos del derecho común. En principio, lo que corresponde en esta situación es que se la aplique sin más.

Si no existe ley o ésta es incompleta o insuficiente, por carecer de algún elemento -en su antecedente de hecho o en la consecuencia jurídica- que necesite ser explicitado mediante una interpretación extensiva analógica o a través de los principios generales del Derecho, nos encontramos ante el supuesto de caso administrativo no previsto²⁰ que se presenta como un campo fecundo para la integración normativa a través del recurso a otras fuentes o técnicas de interpretación jurídica, como lo es la analogía.

La analogía supone un medio de autointegración que permite colmar las lagunas o casos administrativos no previstos. La propia naturaleza del derecho administrativo torna frecuente que se presenten estas lagunas, por lo que la jurisprudencia ha hecho uso fecundo del remedio de la analogía con asiduidad. Para que exista analogía, debe haber una similitud o semejanza relevante, tanto lógica como jurídica, entre el caso normado y aquél que se somete a resolución, en la medida que debe presentar una cualidad común a ambos que constituya razón suficiente para atribuir la consecuencia prevista al caso no normado, a la que se llama *ratio legis*²¹.

En este campo, se presenta la cuestión controvertida del ámbito normativo al que debe acudir en busca de la solución análoga, es decir, si el sector al que se acude para encontrar la norma análoga debe resultar homogéneo con el contenido dogmático al que corresponde el caso no previsto²². Entendemos que sí, por aplicación del principio de coherencia normativa. Solo en defecto de esa cualidad, podría acudir a otro campo normativo, como lo sería el Código Civil ante un caso administrativo no previsto. Ello así, con las necesarias adaptaciones a las especificidades propias del derecho administrativo que fijó la Corte Suprema de Justicia en 1941²³.

La analogía no debe confundirse con la aplicación subsidiaria de normas comunes para regir conductas de derecho público en ausencia de leyes administrativas. En la aplicación subsidiaria o supletoria, no hay en

20 Linares, Juan Francisco, “Caso administrativo no previsto”, Astrea, 1976, pág. 22/23.

21 Bobbio, Norberto, “Teoría general del Derecho”, trad. de Eduardo Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1991, pág. 247. De manera similar se pronuncia Linares, op. cit., pág. 58.

22 Conforme con Linares, quien sostiene: “...cuando usamos la expresión analogía jurídica lo hacemos, pues, en el entendimiento de que los términos comparados pertenecen al mismo orden jurídico en que se presenta el caso no previsto o no incluido en la ley que se aplica”, “Caso administrativo no previsto”, op. cit., pág. 62.

23 Fallos: 190:142, “Ganadera Los Lagos S.A. c. Gobierno Nacional”.

realidad tarea de interpretación ni laguna alguna, sino un caso de aparente normación incompleta que por *imperio legis* se cubre por aplicación directa de otra norma²⁴.

Debe remarcarse, que esa aplicación subsidiaria o supletoria -que es directa- tiene un límite, muchas veces no escrito, es decir no previsto por la ley que ordena la aplicación de otra norma, pero que debe ser estrictamente observado, cual es la compatibilidad de la solución de la norma con la naturaleza del caso al que se aplica y el contexto normativo en el que éste -por regla- se inserta. Si no existe esa compatibilidad, la aplicación subsidiaria o supletoria debe detenerse²⁵.

Sentados estos conceptos generales, pasemos ahora al análisis del fallo en cuanto al tratamiento de la comunicabilidad de fuentes del derecho público y el privado en el caso *sub examine*.

V.2 Volviendo sobre los pasos de la SCJBA

Recapitemos brevemente sobre lo resuelto por la Corte local de la Provincia de Buenos Aires. Tal como se expuso, la sentencia finalmente casada por el Alto Tribunal, proveniente de la Cámara de apelaciones del distrito de Mercedes, había hecho lugar a la reconvención deducida por la demandada -una cooperativa eléctrica- y declaró que ésta había adquirido la titularidad de la servidumbre de electroducto involucrada en la litis por medio de la posesión veintañal, haciendo aplicación del artículo 3017 del Código Civil. A tal fin, sostuvo que la ley local sobre la materia no establecía una clara restricción en cuanto a los modos de adquisición de dichas servidumbres, de modo que fijara algún medio en particular “como único, exclusivo o específico para la respectiva constitución”.

Como se adelantó, la SCJBA hizo lugar al recurso de inaplicabilidad de ley y casó dicha sentencia.

Consideró al respecto que la ley provincial 8398, en su art. 5° prevé, al igual que su similar nacional, que la servidumbre de electroducto se constituye por decisión de la autoridad administrativa de aplicación, la que debe aprobar el proyecto y los planos de obra a ejecutar, importando ello la afectación preventiva de la propiedad a la zona de seguridad de la servidumbre. Concluyó, entonces, en lo que concierne a este punto, que por imperativo legal se requiere el dictado de un acto administrativo, por constituir una materia reglada de derecho público que priva de virtualidad a los meros hechos y a la prescripción para concretar la carga real.

Asimismo, el Máximo Tribunal de la provincia enfatizó lo legislado en el art. 11° de aquel cuerpo legislativo, en cuanto consagra el derecho del propietario del bien a ser indemnizado por el menoscabo causado por la servidumbre.

²⁴ Es el caso del artículo 53 del Decreto 1759/72, reglamentario de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549, que establece la aplicación supletoria de una serie de normas del Código Procesal civil y comercial de la Nación.

²⁵ Un ejemplo claro de lo dicho lo encontramos en el artículo 106 del mismo decreto reglamentario, en cuanto dispone: “Normas procesales supletorias. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación será aplicable supletoriamente para resolver cuestiones no previstas expresamente y en tanto no fuere incompatible con el régimen establecido por la Ley de Procedimientos Administrativos y por este reglamento”.

Sobre la base de dichos fundamentos -existencia de una norma especial de derecho público, acto formal de la Administración y consagración del derecho a indemnización a favor del propietario- entendió la Suprema Corte que no se vislumbraba como hermenéutica razonable la de recurrir en forma supletoria o subsidiaria al Código Civil, haciendo jugar un instituto propio del derecho privado con el fin de posibilitar la afectación del carácter exclusivo del dominio del actor sin una justa compensación económica, a pesar de constituir el pago de dicho resarcimiento un aspecto tutelado por la garantía constitucional de la propiedad (art. 17 C.N.).

Con la finalidad de abonar esas conclusiones, tuvo especialmente en cuenta que tal ha sido la comprensión del legislador al estructurar el régimen aplicable. Los fundamentos de la ley 8398 pusieron el acento en *“la falta de normas jurídicas que regulen adecuadamente el paso de las mismas -alude a las líneas eléctricas- dentro de los inmuebles de dominio privado”*, destacando a su vez que *“la falta de un ordenamiento específico ha generado innumerables situaciones conflictivas”* y sobre todo que *“para poder solucionar el problema expuesto con un criterio uniforme, equitativo y seguro, es necesario contar con una norma legal que así lo disponga”*. Hizo luego una particular alusión a su par nacional, ley 19.552, en cuanto -a juicio del Alto Tribunal- *“se inspira en idénticos principios”*. Al respecto, remarcó que su mensaje de elevación repara especialmente en lo dispuesto en el Código Civil entonces vigente, al señalar que se *“previó en el artículo 2611 del Código Civil que el dominio privado podría estar sujeto a restricciones fundadas en el interés público, estableciendo que ellas se rigen por el derecho administrativo y no el civil”* (énfasis agregado). De igual modo recuerda que, de manera similar al legislador local, en aquella comunicación se hizo notar que *“La ausencia de una ley sobre servidumbres de electroducto, impide la ejecución del transporte eléctrico con serios perjuicios para el desarrollo del país y que también es necesario determinar los derechos y obligaciones de los propietarios de los fundos atravesados por líneas eléctricas”*, agregándose que *“los derechos de los propietarios han quedado perfectamente resguardados y garantizados, salvaguardándose el derecho de propiedad en forma compatible con las necesidades colectivas”*.

De importancia no menor -considera el Tribunal- es lo explicado por esos fundamentos respecto de la necesidad de acto administrativo como requisito para la constitución de la servidumbre, al expresarse que *“el proyecto establece que la servidumbre será dispuesta por resolución administrativa. Se ha considerado que es la administración y en particular la autoridad competente en el respectivo campo, la que esté en mejores condiciones para decidir en cada caso si la servidumbre debe o no ser constituida. Para mayor garantía de los propietarios de los fundos sobre los cuales se constituyen las servidumbres, se fijan normas a las que deben ajustarse las pertinentes resoluciones administrativas”*. Particularmente elocuente encuentra el Tribunal el párrafo final, con relación al punto, en cuanto explica que *“el proyecto adjunto ha tratado de lograr una mayor celeridad en el procedimiento sobre la base de la obligatoriedad de la servidumbre a partir del momento de la respectiva resolución administrativa”*.

Del examen efectuado por el Alto Tribunal local, puede colegirse que se estaba en presencia de una causa contenciosa regida por una ley específica sobre la materia objeto de la litis, y que además se trataba de una ley clara en sus disposiciones, en cuanto establece un trámite de derecho público de carácter reglado y claramente explicitado para la obtención legítima de la servidumbre en cuestión. Por lo tanto, la ley administrativa no admitía -ante la ausencia de dificultades en su interpretación y aplicación- que se acudiera en forma subsidiaria, supletoria o analógica a las normas civiles para su decisión.

El dictado del acto administrativo por parte de la autoridad de aplicación -a los efectos de la afectación preventiva del predio a la futura servidumbre-, la notificación al propietario afectado con la finalidad de que, en su caso, haga valer sus derechos, y el posterior perfeccionamiento de aquélla a través de la concertación directa entre los interesados, mediante convenio gratuito u oneroso, o en su defecto, la sentencia judicial, constituyen a la luz de lo dispuesto en el respectivo régimen legal, actuaciones perfectamente regladas e insoslayables para que se tenga por constituida la servidumbre de electroducto en forma legítima.

En esas condiciones, resulta evidente que la aplicación de la normativa del derecho común al caso -como lo había resuelto la sentencia recurrida- hubiera tenido por efecto desvirtuar y tornar inoperante el régimen legal implementado, al posibilitar el tránsito por una vía alternativa no prevista por la legislación específica para la constitución de las servidumbres de electroducto, aparejando la manifiesta frustración de las finalidades tuitivas de los derechos de los propietarios que persiguió la sanción de esa ley administrativa.

V.3 La cuestión constitucional involucrada como limitación a la interpretación judicial

Para nosotros es evidente que privar de su propiedad plena a su titular a través de una interpretación extensiva y supletoria o subsidiaria del Código Civil, que a su vez es dubitable como se dejó insinuado, no resulta congruente con la Constitución Nacional. Esto lo pone muy bien de relieve el fallo comentado, cuando al criticar el fallo apelado de la Cámara de apelación, sostiene con fundamento constitucional que no es lícito privar a una persona de la plenitud de su propiedad sin cumplir el procedimiento y la indemnización previstas en la norma positiva de derecho administrativo.

Como lo remarca GORDILLO al anotar el pronunciamiento *in re* “Allevato”, lo dispuesto en la legislación administrativa, al igual que en la Constitución para la expropiación -y también en la ley de expropiaciones- constituye el modo específico de respetar la garantía de la propiedad, que solo se pierde o desmembra por razones de utilidad pública declarada por ley y previa indemnización²⁶.

De igual modo, la SCJBA expresa en su fallo, con sabiduría, que la circunstancia de contemplar la norma aplicable un derecho a la indemnización a favor del propietario del fundo gravado por la servidumbre, constituye un elemento del cual no puede prescindirse. Ello así, “toda vez que de admitirse el modo de adquisición por el mero transcurso del tiempo dicha garantía encontraría un modo oblicuo de cercenamiento”.

26 Gordillo, “Excepción -sin reconvenición- de usucapión de servidumbre de electroducto en un juicio de desalojo”, op. cit., pág. 494.

Asimismo, el Alto Tribunal local, sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia expropiatoria -aunque con relación a un fenómeno distinto aunque análogo como lo es la prescripción liberatoria- establece una serie de consetarios que expresan el grado de tutela a la inviolabilidad de la propiedad privada, cuales son: (i) hay una necesaria correlación entre la adquisición del dominio por el Estado y el pago de la previa indemnización determinada en la sentencia definitiva del juicio expropiatorio; (ii) el bien no se transfiere al Estado sin la previa indemnización del art. 17 de la C.N.; (iii) al resultar la indemnización una condición para el desapropio, el derecho al cobro del valor del bien ha de calificarse como ilíquido e inexigible, hasta tanto exista una sentencia que determine su precio. Es esta inexigibilidad la que hace que el derecho no pueda extinguirse por el transcurso del tiempo; (iv) en consecuencia, cualquiera fuera el plazo extintivo al que se pretenda sujetar la acción de expropiación irregular, no cabe admitir el inicio de su cómputo antes que se hayan cumplido los requisitos previstos constitucionalmente. Y agrega a continuación que, si bien dicha doctrina emana de precedentes de la Corte Federal relativos a asuntos de expropiación, esa doctrina resulta extensible a las servidumbres de electroducto, en la medida que el resarcimiento de dichas servidumbres tiene el mismo fundamento y función que la indemnización en la expropiación.

A igual conclusión puede arribarse a partir del tratamiento jurisprudencial brindado a otras figuras asimilables, en las que campea como núcleo la limitación de la propiedad por razones de interés público, aunque de menor intensidad, como ocurre con el supuesto de la ocupación temporánea normal, en la que también se afecta la exclusividad del dominio, aunque solo temporalmente. En esos casos, la jurisprudencia del Tribunal cimero local ha entendido aplicables las pautas que rigen el instituto expropiatorio, exigiendo como *conditio sine qua non* de su ejercicio, la declaración de utilidad pública y la indemnización previa. También la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha hecho extensiva su doctrina acerca de la expropiación al caso de la ocupación temporánea, al señalar que “...si bien es cierto que la expropiación se legitima por la necesidad que el Estado tiene de un bien, también debe afirmarse que el acto no cae en el ámbito de lo prohibido de la confiscación gracias al inexcusable pago previo de la indemnización, que debe ser justa, actual e íntegra”²⁷.

De todo lo expuesto, puede extraerse como un principio capital de nuestro régimen constitucional, que todo menoscabo a la propiedad privada a fin de satisfacer el interés público debe ser previamente indemnizado. Tal es y debe ser la regla inalterable en nuestro derecho público y que emana de manera prístina del artículo 17 de la C.N., la que rige no solo en los casos de expropiación propiamente dichos, sino en todos aquellos supuestos en los que un derecho patrimonial privado deba verse sacrificado por razones de interés público²⁸.

V.4 Algunas normas civiles olvidadas en el examen dado al caso por el fallo de cámara luego revocado

27Fallos: 268:112; 391:1205; 302:529; 304:782, entre otros.

28 Marienhoff, “Tratado de derecho administrativo”, op. y loc. cit., pág. 123; Villegas Basavilbaso, “Derecho administrativo”, op. y loc. cit., pág. 197.

El fallo recurrido ante la SCJBA invocó el artículo 3017 del Código Civil, reformado por la ley 17.940, que fijó en veinte años la posibilidad de adquirir una servidumbre por usucapión.

En este orden, debe recordarse que la nota al artículo 2978 del antiguo Código dice el codificador que ha seguido el Código Napoleón en prohibir la adquisición de las servidumbres por la posesión de diez y veinte años: *“Creemos que con razón el legislador no debe aplicar los principios de la prescripción de las propiedades a las servidumbres”*. Si bien como se vio, la ley 17.940 admitió la prescripción de las servidumbres por el plazo de veinte años, como bien lo anota Gordillo *“ello no altera la estructura del Código Civil”*²⁹. Así debe tenerse en cuenta que existen normas vigentes que trasuntan esa opinión restrictiva de Vélez Sarsfield, en particular lo es el artículo 3011, que establece: *“Toda duda sobre la existencia de una servidumbre, sea personal o real, sobre su extensión, o sobre el modo de ejercerla, se interpreta a favor del propietario del fundo sirviente”*. En la duda no hay servidumbre sino propiedad plena.

Ello estaba plenamente vigente en el Código Civil aplicado en el fallo luego revocado por el Tribunal cívico local.

En el caso, el actor había adquirido la propiedad afectada en una subasta ordenada en un proceso de quiebra, libre de gravámenes. Ese era precisamente el núcleo de su alegación para desconocer la presunta servidumbre y su usucapión pretendida por la demandada vía reconvencción. En este orden de ideas, debe traerse a colación lo dispuesto en el artículo 2505 del Código de Vélez: *“La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas”*.

A la luz de la nota del codificador reseñada -contraria a la usucapión de las servidumbres civiles- y los artículos 3011 y 2505 del Código Civil, resulta posible sostener que la prescripción adquisitiva de las servidumbres era, en la propia economía del Código Civil, más bien anormal o excepcional que regular o de principio. La regla no era el artículo 3017 reformado, sino la que sientan los artículos 2505 y 3011 del mencionado cuerpo legal.

En el caso la Cámara, aun visiblemente predispuesta a aplicar las normas civiles con preferencia a la legislación administrativa específica, omitió realizar un examen de la normativa civil mencionada y del pensamiento del codificador sobre el punto, a pesar de que a la luz de los hechos que enmarcaron el caso un mejor análisis bien hubiera podido conducir a una solución distinta a la arribada (aún bajo la égida de las normas comunes).

V.5 El emplazamiento de la controversia en el ámbito del servicio público

²⁹ Gordillo, “Excepción -sin reconvencción- de usucapión de servidumbre de electroducto en un juicio de desalojo”, cit. en “Después de la reforma del Estado”, Fundación de derecho administrativo, 1996, X-15, párrafo 4.3.2.

Puede decirse genéricamente, que el servicio público es un título jurídico, en sí mismo exorbitante, invocado por el Estado para dar satisfacción o, en su caso, asegurar la satisfacción de necesidades consideradas esenciales para la comunidad y el logro del bien común. Actividades de tipo comercial o industrial que ostentan esas características son sustraídas de las reglas del mercado para ser titularizadas por el Estado en virtud de una decisión pública estratégica y sometidas a un régimen de derecho público. En pocas palabras, aquellas actividades en principio propias de los particulares son asumidas en adelante como propias por parte del Estado en un determinado momento histórico para su prestación por sí o a través de sujetos privados, bajo reglas especiales de derecho público, en atención a la vinculación directa e inmediata de ellas con el interés general, prioritariamente por encontrarse estrechamente conectadas con la satisfacción de necesidades básicas y primordiales de la comunidad.

Cuando el Estado decide prestar aquellas actividades a través de un sujeto privado, impone a éste la obtención de una habilitación para la prestación, que puede asumir la forma de una concesión o una licencia, y son prestadas generalmente en condiciones de monopolio o exclusividad.

La regla de nuestra Constitución es la libre competencia con base en la libertad de comercio, no el monopolio, el privilegio o la exclusividad que otorgue el Estado.

Un principio constitucional, entonces, conduce a interpretar *extensivamente* las normas referidas a la concurrencia y *restrictivamente* los supuestos de privilegio que la excluyan.

Si se tiene en cuenta además, que como lo ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia, la concesión no altera la naturaleza del servicio concedido, “*el que continúa, en todo momento, siendo un servicio público*”³⁰, no resulta difícil comprender el inveterado criterio sostenido por nuestro Alto Tribunal al postular para el caso la interpretación restrictiva del contenido contractual de las concesiones de servicios públicos y por extensión de la normativa que los regula y que reconoce derechos, privilegios, franquicias o prerrogativas a los concesionarios de servicios públicos.

Así, ha sostenido desde antiguo que “*El derecho del concesionario no puede ir más allá de lo que la concesión define y enumera, siendo la regla más segura en materia de interpretación de concesiones la de que toda duda debe ser resuelta en sentido adverso al concesionario, porque nada debe tenerse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia clara*”³¹.

Más enfáticamente, nuestro Alto Tribunal se ha pronunciado en el sentido de que “*No existen derechos implícitos en la concesión en beneficio del concesionario. La afirmativa -en materia de interpretación de concesiones- debe ser demostrada, el silencio es negación y la duda es fatal para el derecho del concesionario*”³².

30 IV Conferencia Nacional de Abogados, “Régimen jurídico de la concesión de servicios públicos”, 1936, Talleres de Artes Gráficas, pág. 30/31, cit. por Gordillo, “La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios”, en “Después de la Reforma del Estado”, op. cit., pág. III-12.

31 Fallos: 155:12.

Recordados tales principios, debemos volver a nuestro caso y a la legislación que lo rige. En el supuesto considerado, la servidumbre de electroducto representa un medio, estrictamente necesario, pero un instrumento al fin, para la prestación del servicio público de electricidad por parte del concesionario.

Con dicha finalidad, como se ha visto en la reseña de los fundamentos que inspiraron la sanción de la norma legal, la provincia -al igual que la Nación en su jurisdicción- ha aprobado su ley específica para regular el instituto, estableciendo los derechos y obligaciones de los particulares afectados y de los concesionarios.

Por su parte, el Marco Regulatorio vigente en jurisdicción provincial, si bien reconoce a los concesionarios “el goce de los derechos de servidumbre”, legisla que las servidumbres se otorgarán con intervención del Ente de Control. Al preexistir la ley 8398 a la sanción del referido Marco Regulatorio, resulta consistente concluir que las servidumbres a las que alude son aquellas a constituirse conforme con los términos y modos establecidos en la legislación administrativa de manera exclusiva y excluyente. Toda otra interpretación implicaría reconocer extensivamente derechos o privilegios no reconocidos de manera expresa o por necesaria implicancia a los concesionarios.

Mucho más claro resulta lo expuesto en el caso aquí considerado, en la medida que el Contrato de Concesión celebrado entre la Municipalidad de Luján y la Cooperativa Eléctrica y de Servicios Públicos Lujanense Ltda. estipula en forma expresa en su artículo 25, que “*A los efectos de la prestación del SERVICIO PÚBLICO, la concesionaria gozará de los derechos de servidumbre previstos en las Leyes N° 8398 y 11.769 y su decreto reglamentario*”.

La interpretación restrictiva se impone en el caso, de acuerdo con los principios jurisprudenciales recordados, y por lo tanto excluye la aplicación subsidiaria o analógica de las normas civiles sobre la prescripción adquisitiva en materia de servidumbres, en la medida que existe una legislación administrativa propia y específica cuya principal finalidad fue la de permitir una adecuada prestación del servicio público de electricidad en el ámbito de la jurisdicción local con respeto irrestricto del derecho constitucional de propiedad de los titulares de dominio afectados.

V.6 Recapitulando el análisis sobre las principales disposiciones de la ley 8398 a la luz del fallo comentado

Tal como se expuso al comentar el marco normativo, el artículo 1° de la ley 8398 dispone claramente y con mejor técnica legislativa que su par nacional: “***Declárase de utilidad pública y sujeto a la servidumbre de electroducto que se crea por esta ley, a todo inmueble del dominio privado (...) necesario para (...) la prestación del servicio público de electricidad...***”.

32 Fallos: 49:224, cit. de Cooley, “Const. Limit.”, ed. 7ª, pág. 565, citado por Gordillo, en “Interpretación restrictiva de concesiones y privilegios”, op. cit., pág. III-13.

El cívico Tribunal provincial consideró que la referida legislación prevé que la servidumbre de electroducto se constituye por decisión de la autoridad administrativa, la que debe aprobar el proyecto y los planos de obra a ejecutar (conf. Art. 5°), concluyendo que por imperativo legal se requiere la emisión de un acto administrativo a mérito de constituir una materia reglada de derecho público que exige inexcusablemente dicho requisito para el inicio del trámite de constitución del gravamen.

Atendiendo a la exigencia del dictado de un acto administrativo previo de aprobación por parte de la autoridad de aplicación de la ley -a los fines de la afectación preventiva del predio y la posterior constitución definitiva de la servidumbre (art. 5°)- no nos cabe duda que la necesidad de la emisión de dicho acto representa la concreción para el caso de la declaración genérica de utilidad pública prevista en el artículo 1°, una vez verificados por aquella autoridad la factibilidad del proyecto; los planos de la obra; la efectiva necesidad de la ocupación; los alcances del gravamen, así como los demás recaudos fácticos y técnicos que establezca la reglamentación.

De tal modo se está en presencia de una verdadera garantía para el particular afectado en lo exclusivo de su propiedad, toda vez que la emisión del acto aprobatorio importará la materialización de la utilidad pública para el caso y la consecuente obligación de su notificación al interesado (art. 6°), quien en lo sucesivo y por aplicación de los principios generales del debido proceso adjetivo y de la tutela administrativa efectiva (art. 15 Const. Provincial), contará con la oportunidad de hacer valer sus derechos; cuestionar en su caso el acto aprobatorio; discutir la medida, la extensión y el alcance de la afectación; proponer medidas alternativas menos restrictivas, etc.; así como ofrecer la prueba fundamentalmente técnica que estime corresponder y finalmente obtener una decisión fundada de la autoridad sobre la cuestión planteada.

Lo precedentemente expuesto, junto a la consagración por la ley del derecho a una indemnización a favor del titular del dominio (art. 11°), que por imperio legal debe concretarse por gestión y concertación directa del futuro titular de la servidumbre, mediante convenio con el propietario -y en su defecto, por sentencia judicial³³, representan a nuestro criterio el previo y necesario cumplimiento de una serie de actuaciones, recaudos procesales y formalidades de derecho público a cumplirse por la autoridad y el concesionario, que la ley ha entendido de inexcusable observancia en aras de la protección de la propiedad privada con el expreso carácter de inviolable reconocido por la Constitución (arts. 17 de la C.N. y 10 de la Const. Provincia de Buenos Aires).

Claramente surge de la ley específica que la constitución definitiva de la servidumbre, es decir su perfeccionamiento -al igual que sucede en la expropiación- recién se configura con la indemnización o la renuncia a ella por parte del propietario del fundo afectado o, ante el fracaso de la concertación directa, mediante la fijación de aquella por sentencia judicial.

³³ El artículo 13 de la ley 8398 establece: "*Afectado el predio en la forma establecida por el artículo 5°, el titular de la servidumbre promoverá la constitución definitiva de la misma, mediante concertación directa con el propietario, por convenio gratuito u oneroso. En estos casos la servidumbre quedará constituida a partir de la suscripción del convenio*" (el énfasis no corresponde al original).

En este entendimiento y a la luz de las disposiciones legales referidas, entendemos que no resultan en modo alguno aplicables las normas civiles sobre prescripción adquisitiva. Estamos en presencia de una ley administrativa que por necesaria y clara implicancia de su texto excluye la aplicación de aquellas disposiciones del derecho privado para la constitución de servidumbres de electroducto.

Como lo expresa GORDILLO, habiendo legislación administrativa específica que limita a *una* las fuentes del desmembramiento de la propiedad por servidumbre administrativa, no parece posible aplicar supletoria ni subsidiariamente el derecho civil, que nada dice del tema, para privar a un particular de su derecho de propiedad sin indemnización³⁴.

El Código Civil, de este modo, se muestra impotente en el caso para desplazar a una normativa de derecho público que establece un modo taxativo de constitución de este derecho real administrativo, en la medida que las disposiciones específicas que contiene excluyen tácita pero inequívocamente -tanto por su texto como por la finalidad que inspiró su sanción- que aquel cuerpo legal de derecho común, extraño a la actividad administrativa, pueda suministrar por vía interpretativa un medio sucedáneo para la adquisición de aquel derecho con afectación grave de la exclusividad del dominio privado y sin contraprestación alguna.

Las normas civiles operan con amplitud en el ámbito del tráfico de los negocios e intereses individuales de las personas en la gestión de sus asuntos privados. En el caso, por el contrario, nos encontramos en un sector de la realidad jurídica diferente, donde impera el interés público de una manera superlativa y cuyas soluciones deben perseguir el justo equilibrio entre la libertad y la autoridad, sin imponer el sacrificio del interés privado en beneficio colectivo sin una condigna reparación por imperio constitucional. Mucho menos puede admitirse que se constituya una afectación como la aquí considerada por la vía de la analogía o de la subsidiariedad en la aplicación normativa.

Como lo expresan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, todos los problemas jurídico-administrativos consisten en buscar ese equilibrio, asegurarlo cuando se lo ha encontrado y reconstruirlo cuando se ha perdido. Equilibrio que posee -al decir de COMADIRA- un sentido tuitivo de la libertad y, al mismo tiempo, significación relevante como instrumento jurídicamente encauzador de la prerrogativa al servicio del interés público³⁵.

La ley N° 8398 -al igual que su par nacional 19.552- constituye una norma específica y exclusiva de carácter administrativo que regula de modo exhaustivo un instituto también peculiar y típico de este sector del derecho -por su vinculación necesaria al 'servicio público' de electricidad- cuya necesaria aplicación debe tener la virtualidad de desplazar a las normas civiles inespecíficas concebidas por el legislador para la regulación de un género de negocios y situaciones bien distintos, en donde predomina de modo prácticamente único el interés privado de los protagonistas.

34 Gordillo, "Excepción -sin reconvenición- de usucapión...", op. cit., X-33/X-34.

35 Comadira, "Derecho administrativo argentino", autor y op. cit., pág. 10.

Para finalizar, diremos que el fallo en comentario ha puesto las cosas en su quicio a través de una correcta interpretación de la ley administrativa en clave constitucional y logrado una justa composición de los intereses públicos y privados involucrados, alcanzando -al decir de Prosper Weil sobre el derecho administrativo- “un arbitraje históricamente variable entre el poder y la libertad”³⁶: en el caso, entre la prerrogativa pública invocada por el concesionario en virtud de la prestación del servicio público encomendado y la protección del derecho de propiedad del titular del dominio desmembrado ♦.

³⁶ Weil, Prosper, “Derecho administrativo”, Cuadernos Civitas, Madrid, 1986, pág. 35 y siguientes.

