



INFORME

JURIDICO

Escribe: Dr. Juan I. Saenz

Profesor Regular de Derecho Constitucional (UBA) y
abogado especialista en derecho administrativo
(UBA)

**Vicentín: ni intervención ni ocupación ni
expropiación. Razones constitucionales.**

SEGUNDA PARTE

2. La resolución del juez del concurso frente al DNU 522/20 del mes de junio

Los 11 integrantes del Directorio de VICENTÍN, desplazados, plantearon la inconstitucionalidad del DNU, frente a lo cual el juez provincial se declaró incompetente, por falta de conexidad con la materia del concurso (la preservación del patrimonio del deudor y la satisfacción de los acreedores). Tal decisión me parece acertada, pues la llamada “universalidad concursal” y la atracción de procesos que provoca el concurso, se circunscribe a las acciones patrimoniales deducidas contra el deudor y aquellas de otra índole que pudieran incidir en el patrimonio. En este caso, además, no sólo se cuestiona la intervención dispuesta por el DNU sobre la sociedad, sino también la “ocupación temporánea anormal” sobre sus bienes dispuesta por el mismo decreto, respecto de lo cual se plantea la inconstitucionalidad de una norma federal (el art. 59 de la Ley de Expropiaciones 21.499), que prevé esa figura. Vale decir que la materia es enteramente federal, y excede el derecho privado y comercial que es competencia del juez provincial. Pero además, la acción hace parte necesaria al Estado Nacional, y eventualmente a acreedores que integran varios estados provinciales (Banco de la Provincia de Buenos Aires, Banco Ciudad, Banco de Entre Ríos, Banco de Santa Fe) y otros domiciliados en distintas provincias (más de 2.500) e incluso en el extranjero (acreedores financieros internacionales), con lo cual, a la competencia federal determinada por la materia, se agrega la que corresponde en razón de las personas (en causas en que la Nación es parte, entre una provincia y los vecinos de otra, entre los vecinos de diferentes provincias, o entre cualquiera de ellos y un “ciudadano extranjero”, art. 116 CN).

Sin perjuicio de lo anterior, y a pesar de haberse declarado incompetente para entender en el planteo de inconstitucionalidad del DNU 522, el juez provincial resolvió -mediante una medida cautelar autosatisfactiva, apelando a la especial amplitud precautoria de que dispone el juez concursal- que los administradores naturales continúen ejerciendo las funciones en el Directorio de la empresa y que las personas designadas por el PEN como interventores, cumplan el rol de “veedores” (otra figura prevista en la ley de concursos, pero que no tiene injerencia en la administración). Esto es, rechazó la intervención dispuesta por el DNU, sin declararlo inconstitucional, decisión en la que interpreto la siguiente inteligencia.

La Ley de Concursos y Quiebras 24.522 confiere al juez la dirección total del proceso y le otorga atribuciones amplísimas, como dictar medidas de preservación del patrimonio del deudor, incluso las “de investigación” (art. 274 LCQ), junto con la vigilancia permanente del síndico y del comité de acreedores. Entre tales medidas se encuentra precisamente la de designar un “interventor”. La intervención de la concursada pertenece a la función judicial por imperativo del art. 17 CN, por lo que la intervención de VICENTÍN ordenada por el DNU 522/20 no puede sino tenerse como un acto judicial emanado del Poder Ejecutivo.



VICENTIN: NI INTERVENCION...

No siendo competente para declarar la inconstitucionalidad del DNU, pero visto que este se superpone con sus atribuciones legales, interfiriéndolas, el juez optó por cumplir con los deberes que le impone la LQC, no abdicar de su competencia y hacer prevalecer ésta sobre un DNU “judicial”, decidiendo que continúen en sus funciones los administradores naturales (los miembros del Directorio) y que la persona designada por el Ejecutivo como interventor pase a desempeñarse como “veedor” (otra figura prevista en el art. 17 LCQ). Concesión compensatoria para el Presidente, que irrumpió intempestivamente en un proceso judicial, como pocas veces fue visto antes.

3. La “ocupación temporánea anormal” dispuesta por el DNU 522/20. Imposibilidad jurídica, ilegalidad e inconstitucionalidad de la regulación actual de la OTA.

El DNU dispuso otra “polémica” (para ser clemente) medida, en estos términos: *“Dispónese la ocupación temporánea anormal de la sociedad VICENTIN S.A.I.C., en los términos de los artículos 57, 59 y 60 de la Ley N° 21.499”.*

La Ley 21.499 es la Ley de Expropiaciones (LE), que reglamenta los procedimientos que se dan entre la sanción de la ley que declara de “utilidad pública” y sujeto a expropiación un bien determinado hasta que se efectiviza su transferencia al Estado y se paga la indemnización (por avenimiento –acuerdo sin contradicción con el expropiado- o por vía de un proceso judicial sumario), contiene además un capítulo dedicado a la vía empleada por el DNU para con VICENTIN, que se denomina “ocupación temporánea”, cuyas características están copiadas de la legislación y la doctrina extranjera (*l'occupazione temporánea o le occupazioni d'urgenza* en Italia, *la servitude d'occupation temporaire* francesa y la “ocupación temporal” prevista la Ley española de Expropiación Forzosa de 1954).

En nuestra LE, la “ocupación temporánea”, siempre versa sobre “un bien o cosa determinados, mueble o inmueble, o una universalidad determinada de ellos” (art. 57), y supone la toma de posesión unilateral y compulsiva de un bien privado por parte de la Administración, y su uso transitorio conforme con una causa y un fin legítimos y razonables (aclaro, en tal sentido, que la ocupación es un acto administrativo, regido como tal por los requisitos de forma y de fondo establecidos en el art. 7 de la Ley 19.549 –LNPA-, entre ellos, la motivación -la explicación clara de la causa del acto, su fundamento y su finalidad- y el objeto, que debe ser “cierto y física y jurídicamente posible”, esto es, preciso, determinado, lícito, idóneo y proporcionado).



SEGUNDA PARTE

A su vez, la LE diferencia dos tipos de ocupación: 1) la “ocupación temporánea normal”, que implica anticiparse a la posesión y uso de un bien que ya ha sido declarado de utilidad público y sujeto a expropiación por la ley (art. 61 y ss.), hasta que se perfeccione el desapoderamiento definitivo (el ejemplo típico es el de la ocupación de un terreno expropiado para construir una ruta o calle pública, y al que es necesario acceder para realizar cálculos, estudios de suelo, mensuras, etc); 2) “la ocupación temporánea anormal” (OTA), que no requiere de ley expropiatoria previa, y que puede ser ejecutada por cualquier “autoridad administrativa” (art. 59 LE), ante “una necesidad anormal, urgente, imperiosa, o súbita” (art. 58), y por el tiempo que dicha autoridad crea necesario. Veamos qué (serios) problemas tiene la OTA dispuesta en relación a la sociedad VICENTIN S.A.I.C.

a. Imposibilidad jurídica. La “ocupación temporánea”, la normal y la anormal, recaen siempre sobre “un bien o cosa determinados, mueble o inmueble, o una universalidad determinada de ellos” (art. 57 LE).

Sin embargo, el DNU-VICENTIN dispone la “ocupación temporánea anormal de la sociedad VICENTIN S.A.I.C.”, es decir, de la propia sociedad comercial, y no de un “bien o cosa determinados, mueble o inmueble” o “una universalidad determinada de ellos”. Por si hiciera falta aclararlo, una persona jurídica no es un “bien mueble o inmueble”; ni siquiera equivale a una “universalidad determinada de ellos”, sino que es un ente ideal con diversos “atributos”, además del patrimonio (conf. arts. 151 y ss. del Código Civil y Comercial; el nombre entre ellos, cuyo “uso” por el Estado, si la ley lo permitiera, exigiría un análisis constitucional muy delicado). Pero aún si nos circunscribiéramos a la propiedad (a lo patrimonial) de una sociedad comercial –protegida por el art. 17 CN- veríamos que aquella no se limita al conjunto de bienes muebles e inmuebles sobre los que es titular del dominio, sino que alcanza al conjunto de relaciones jurídicas de las que es parte, activos intangibles como el “know how” empresario, las acciones que VICENTIN S.A.I.C. posea en el capital de otras sociedades anónimas (y los derechos políticos que de ellas se derivan) y el poder jurídico sobre bienes muebles e inmuebles que no pertenecen a su dominio (ej.: posesión de bienes ajenos para su uso, explotación o aprovechamiento), más todo aquello que la Ley 11.867 (transmisión de establecimientos comerciales e industriales) denomina “elementos constitutivos de un establecimiento comercial o fondo de comercio” (además de los bienes muebles e inmuebles, el “nombre y enseña comercial, la clientela, las patentes de invención, las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística”).



VICENTIN: NI INTERVENCION...

Por ende, resulta jurídicamente imposible la “ocupación temporánea anormal” de una persona jurídica, y en este caso “de la sociedad VICENTIN S.A.I.C.”, tal como dispone el DNU. También sería ilícita tal ocupación si se hubiese dispuesto respecto de la totalidad de los bienes de la sociedad, pues tal universo está compuesto por numerosos bienes inmateriales, que no son “cosas muebles o inmuebles determinadas”, únicos que pueden “ocuparse”.

En relación con las acciones que conforman el capital de una sociedad –si por hipótesis hubiesen sido el objeto de la “ocupación”-, sabido es que aquellas son títulos de crédito que expresan una parte alícuota del capital social, y de las que se deriva un conjunto de derechos y obligaciones dispuestos en el contrato social. Sólo puede actuarse como titular de los derechos representados en la “acción” mediante la posesión del documento en el que consta (“la posesión vale título”) o con las inscripciones que correspondieran según las características de las acciones de que se trate (ver: conf. Sasot, Miguel P. “La naturaleza jurídica de las acciones de la sociedad anónima”, Lecciones y Ensayos, n° 9, p. 129, y arts. 1830 y ss. del Código Civil y Comercial, y 208 y ss., 215 y 226 de la Ley de Sociedades 19.550). Con ello, si la “ocupación” dispuesta por el Poder Ejecutivo hubiese tenido por objeto las acciones del capital societario de VICENTIN –cosa que no establece- debió dirigirse como destinatarios del acto a los accionistas, en lugar de la sociedad, a los fines de obtener la posesión de dichas acciones.

Por lo demás, la posesión estatal de las acciones y el ejercicio de los derechos políticos y económicos que de aquella se derivaría, suscitaría una cantidad de problemas jurídicos (su responsabilidad por la administración, la percepción de dividendos, etc.) que ninguna normativa general previa regula ni resuelve, mucho menos las brevísimas y acotadas disposiciones de la LE en materia de ocupación temporánea de bienes muebles e inmuebles privados.

En suma, la “ocupación temporánea anormal de la sociedad VICENTIN S.A.I.C.”, al referirse a un ente ideal (la sociedad) y no al uso de bienes muebles o inmuebles determinados, es sencillamente nula de nulidad absoluta, por contener un objeto jurídicamente imposible, incierto y contrario a la ley.

b. Ilegalidad. Si también por hipótesis consideráramos que el DNU dispuso –elípticamente- la OTA sólo sobre la universalidad de los bienes muebles e inmuebles de la sociedad VICENTIN S.A.I.C., entonces allí el vicio del decreto se encontraría en haber omitido identificar fehacientemente y con total precisión cuáles son dichos bienes cuyo uso necesita imperiosamente, y particularmente, cuál será el uso que se les dará y a qué fines. El decreto sería ilegal en ese caso por indeterminación de su objeto (en un supuesto donde la ley, precisamente, le impone “determinación” en cuanto a los bienes -art. 57 LE-).

SEGUNDA PARTE

Ahora bien, sin perjuicio de ese defecto, entiendo que el mentado DNU estaría haciendo una aplicación desproporcionada y distorsionada de las disposiciones de la Ley de Expropiaciones que prevén la ocupación urgente “anormal” de bienes (la que no necesita ley expropiatoria previa).

La legislación local, y la extranjera comparada de donde fue copiada, conciben esa ocupación y el uso urgente e inmediato de bienes privados por parte del Estado como una medida circunscripta a puntuales y particulares casos de extrema necesidad (un incendio o una inundación, o un vehículo para trasladar a un accidentado, indicaba Maiorano, Jorge, en oportunidad de dictarse la ley: “La Expropiación en la Ley 21.499”, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978, p. 192).

Hace muchos años, a propósito del artículo 2512 del Código Civil de Vélez (que preveía tal disposición inmediata de un bien por razones de necesidad imperiosa en los casos de expropiación urgente), Bielsa sostenía que ello equivalía a una requisición de índole civil o militar, a un secuestro policial, o a la orden militar de demoler un edificio en estado de guerra. Tal era el grado de excepcionalidad que adjudicaba a esos actos (Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, t. IV, Buenos Aires, 1956, 5ª ed., p. 429).

A ello también se limita la “ocupación” en el derecho comparado, casi siempre vinculada a las obras públicas o a situaciones de desastre (ocupación urgente durante la ejecución de obras, conf. arts. 15, 17, 52 y 108 de la Ley española de Expropiación Forzosa de 1954), bajo la misma figura mencionada por Bielsa en su comentario al art. 2512 de Vélez: la “requisición”. Siempre asociada a la ocupación militar en ocasión de guerra o acciones bélicas, la “requisición” está mencionada en el art. 17 in fine de nuestra Constitución, para prohibirla en el caso de que provenga de “cuerpos armados” (milicias provinciales o grupos de personas, arts. 22 y 126), y expresamente prevista en las leyes de defensa nacional (16.970 de 1966 y la actualmente vigente 23.554), como decisión directa del Presidente de la Nación para casos de extrema gravedad y urgencia (“requisiciones de servicio o de bienes”, “en caso de guerra o ante su inminencia”). La Ley de Telecomunicaciones, 19.798, también contempla la requisición de equipos, para desafectarlos por seguridad nacional (art. 155).

En la Constitución de Chile, la privación del uso de bienes intempestiva y urgente también está tipificada como “requisición”, y prevista como remedio al “estado de catástrofe” que puede ser declarado por el Presidente (art. 43, y Ley 18.415, orgánica constitucional de estados de excepción).

VICENTIN: NI INTERVENCION...

En Italia y en Francia es natural asimilar la ocupación urgente de bienes privados con la “requisición civil”, conservando el carácter excepcionalísimo de la requisición militar (Gianolio, Roberto, *Le occupazioni d’urgenza*, Milán, 1963, p. 147, Giannini, M., *Diritto Amministrativo*, Milán, 1970, vol. II, p. 1233 y ss., de Laubadere, A., *Traite élémentaire de Droit Administratif*, París, 1975, vol. II, pág. 338, Escribano Collado, Pedro, “Ocupación temporal”, *RAP* N° 106, García de Enterría, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, Madrid, 1984, y Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo 9, FDA, 2014, XVIII-13, con cita de Landi, Cuido, *La requisizione civile*, Milán, 1938).

Recientemente, el Gobierno en Francia dispuso la requisición de mascarillas sanitarias, mediante el Decreto n° 2020-247 del 13 de marzo de 2020, en el marco del “estado de urgencia” declarado (“état d’urgence sanitaire”), situación de gravedad más aguda que el estado de emergencia de derecho común.

En los Estados Unidos, como consecuencia del colapso de los sistemas de salud en estados como Nueva Jersey y Nueva York, en los últimos meses, se ha podido ver el dictado de órdenes ejecutivas (executive orders, decretos) que autorizaron la requisición (requisition) de equipamiento médico y respiradores (en New Jersey, con fundamento en una ley denominada “Disaster Control Act”, que autoriza al Gobernador a tomar posesión (“commandeer”) y usar (utilize) servicios personales o bienes privados para enfrentar urgencias extremas, con indemnización posterior. Idéntica medida adoptó el Gobernador del Estado de Nueva York en relación a los respiradores y otros elementos médicos.

Como conclusión, la “ocupación anormal” prevista en nuestra ley de expropiaciones, no es más que lo que se conoce como “requisición”, que es una medida reservada a situaciones de guerra, colapso de la salud pública, desastres naturales y otros supuestos de ese tenor, donde se conjugan el “estado de necesidad” (causar un daño evitando un daño mayor, del modo menos lesivo posible) y la fuerza mayor (hecho imprevisible e inevitable).

Las leyes locales en nuestro país siguen esa inteligencia. Por ejemplo, la Ley 5708/52 de la Provincia de Buenos Aires prevé la posesión inmediata en caso de fuerza mayor consistente en “incendio, inundación, terremoto, epidemia”, y por decreto del Poder Ejecutivo. En la misma línea, la Ley de Expropiaciones de la Ciudad de Bs. As. (ley 238) faculta con exclusividad al Jefe de Gobierno para disponer la ocupación o uso temporario de un bien en caso de necesidad urgente, imperiosa y súbita, por un plazo no mayor de cinco (5) días corridos; es decir, con un límite temporal acorde y correlativo a supuestos de suprema necesidad, como los mencionados antes.

SEGUNDA PARTE

De modo que la ocupación temporánea anormal establecida sobre la sociedad VICENTIN, o sobre sus bienes (aunque incluyera las acciones del capital) con basamento en las disposiciones de la ley 21.499, supone un objeto totalmente desproporcionado, que desborda esas previsiones legales y distorsiona la naturaleza de la figura de la “ocupación anormal”, equivalente a la de una “requisición” por estado de necesidad.

c. Inconstitucionalidad del artículo 59 de la Ley N° 21.499. Sin perjuicio de lo anterior, la ocupación temporánea anormal, tal cual se encuentra regulada hoy en la ley 21.499, al no definir los presupuestos fácticos específicos que la habilitan, sino aludiendo vagamente a “una necesidad anormal, urgente, imperiosa, o súbita”, y al no requerir –en defecto de lo anterior- declaración legal previa de utilidad pública o intervención judicial, no satisface los estándares de protección de la propiedad de los arts. 17 y 18 CN que expuse antes respecto de la intervención de personas jurídicas; esto es: tipificación legal precisa de los supuestos habilitantes, enunciación de los justificativos, imposición de límites, e intervención judicial previa o post facto, como se exige en situaciones análogas, especialmente –como detallaré- en el caso de allanamiento del domicilio.

Tengamos presente que no estamos acá frente a una limitación ordinaria al ejercicio del derecho de propiedad, o al uso de los bienes (como las restricciones normales al ejercicio de la industria y el comercio, a la edificación, a la elaboración y expendio de alimentos o medicamentos, etc.), las cuales suelen preverse con brevedad en la ley, habilitando a la par un amplio margen de reglamentación infralegal, sino que el caso de la “ocupación temporánea anormal” importa una “privación” total de la propiedad, que quebranta su “inviolabilidad”, y nos coloca por lo tanto en la perspectiva de la protección constitucional conferida por los arts. 17 y 18 CN, con exigencias más intensas en cuanto al respaldo legal y a la participación que cabe a los jueces, al igual que desarrollé respecto de la “intervención” de personas jurídicas.

Vuelvo a referirme entonces a ese tándem protectorio: principio de legalidad más control judicial, y a mencionar su correlato en la buena legislación que se ajusta a esa tutela.

El art. 17 CN, luego de prescribir que “la propiedad es inviolable”, establece que “(nadie) puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley”. El art. 18, respecto de la privación de la libertad física (o la misma propiedad) como sanción (punción), la inviolabilidad del domicilio y el acceso a la correspondencia y los papeles privados” (comunicaciones y datos), contiene idénticos recaudos. Exigencia constitucional doble: ley que “tipifique” “los casos y justificativos” que habilitan la privación: su naturaleza, presupuestos fácticos, fundamentos y límites, y una sentencia judicial que la aplique a los casos concretos. Aquellos dispositivos de privación de los derechos deben ser además idóneos y proporcionados a un fin legítimo y prioritario (ver: Gargarella y Guidi (coord.), Comentarios ... cit., tomo II, cap. 8).

VICENTIN: NI INTERVENCION...

Dicha protección constitucional se cumple satisfactoriamente hoy en nuestro derecho en los siguientes casos (me refiero sólo al derecho federal):

* Protección del domicilio: el Código Procesal Penal Federal (Ley 27.063, art. 140 y ss.) prevé el “allanamiento a la morada”, mediante orden judicial fundada –en horario diurno preferentemente y sin que pueda suplirse la decisión del juez por el consentimiento del allanado–, con excepciones de urgencia enunciadas con toda precisión (incendio, explosión, inundación u otro estrago con peligro de vida, denuncia verosímil de encontrarse en el domicilio personas que cometieron un delito, voces de auxilio o sospecha fundada de que en una casa o local se encuentra una persona a quien se persigue para su aprehensión, o la víctima de una privación ilegal de la libertad (en este último supuesto, con intervención del fiscal).

* En materia de tutela de la privacidad, el mismo código pone a exclusivo cargo del juez la interceptación y secuestro de la correspondencia postal, telegráfica, electrónica o cualquier otra forma de comunicación (art. 150), estableciendo expresamente el carácter excepcional, los justificativos y los límites (ej.: plazo máximo de treinta días).

Entre la legislación cuestionable en estos aspectos, se puede citar la célebre “Ley de Abastecimiento”, 20.680 (1974), que habilita a la Secretaría de Comercio a ingresar e inspeccionar establecimientos industriales y comerciales, o locales de venta minorista, decidir el secuestro de libros, documentos, correspondencia, papeles de comercio y todo otro elemento relativo a la administración de un establecimiento industrial o comercial, y el comiso de mercaderías y productos (por causa de reducción de la oferta y otras relativas a la alteración de la normalidad del mercado), todo ello sin intervención judicial, y con causas definidas con precisión sólo en algunos casos.

En comparación con los primeros ejemplos, el art. 59 de la LE resulta evidentemente insuficiente, y autoriza la ocupación (privación) de la propiedad con la sola invocación de “una necesidad anormal, urgente, imperiosa, o súbita”, sin disgregar esa vaga formulación en un inventario más puntual, con límites y con anuencia judicial previa o posterior; todo ello, acorde con la gravedad de la medida, y al modo en que lo hace el resto de la legislación para sus casos más afines.

Por ello opino que el art. 59 de la Ley N° 21.499 es *inconstitucional* (en igual sentido, y en ocasión de dictarse la LE: Oyhanarte, Julio, “Aspectos del nuevo régimen expropiatorio”, Revista Argentina de Derecho Administrativo, N° 15/16, Buenos Aires, 1977, p. 52, y Borda, Guillermo, “Balance provisional de la nueva ley de expropiaciones”, ED, t. 72, p. 707, citados por García-Mansilla, Manuel J., “Intervéngase”: nulidad e inconstitucionalidad del decreto 522/2020”, <http://endisidencia.com>).



nexo

FUNDACIÓN

Av. Córdoba 1539 - 1° A - Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Buenos Aires - Argentina



@fundacionnexo



@FundacionNexoBa



@FundacionNexo