

LA RETROCESION INTEGRAL NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO

Por MARIA AMELIA OLIVERA

S U M A R I O

- I) Importancia de la retrocesión. La retrocesión en el derecho comparado. Remisión.
La retrocesión en nuestro derecho. Fundamento jurídico del instituto. Problemas interpretativos planteados por las leyes 13.284 y 189.
- II) Primera Parte.
 - a) Cuestión suscitada por la ley 13.284/48.
Doctrina y jurisprudencia. Apreciación crítica.
 - b) Conclusión.
- III) Segunda Parte.
 - a) Problemas que plantea el ejercicio de la acción de retrocesión.
 - A) Desde cuándo puede ejercitarse la acción.
 - B) Hasta cuándo puede ejercitarse la acción.
Apreciación crítica de las soluciones doctrinarias.
 - b) Conclusión.

1) Para impedir que la expropiación por causa de utilidad pública pueda tornarse un medio de burla de la garantía constitucional de la propiedad, aparecen en las leyes positivas de distintos países, dos instituciones típicas: la retrocesión y el abandono.

No hemos de detenernos en el estudio de la retrocesión en el derecho comparado porque se ha realizado en nuestro medio recientemente un exhaustivo estudio sobre el particular, al cual nos remitimos: "El derecho de retrocesión por incumplimiento del fin de la expropiación, con especial consideración de los sistemas legales extranjeros", por Catalina

* Este trabajo fue entregado a la Revista para su publicación a fines de 1962.

Grossman¹. Sólo hemos de recordar que eminentes juristas extranjeros, han arribado en esta materia a las conclusiones siguientes: El derecho de retrocesión emana directamente de la garantía constitucional de la propiedad; es potestad cuya existencia no depende del reconocimiento legal; en consecuencia, toda expropiación debe quedar sin efecto retroactivamente al no cumplirse el destino de utilidad pública fijado, por llevar una condición resolutoria en tal sentido.

Toda nuestra doctrina jurídica está de acuerdo en reconocer gran importancia a la retrocesión como medio de salvaguardar el derecho de propiedad; las primeras discrepancias surgen cuando nuestros juristas se detienen a analizar el fundamento jurídico del instituto, y en estas discrepancias creemos encontrar la raíz de la posición diversa que adoptan luego, frente al problema que plantea la ley 13.264: esta ley no regula la institución y como el artículo 33 de la misma deroga la ley 189 anterior, se presentan serias dudas acerca de la vigencia o de la supresión del instituto en nuestro ordenamiento.

Con referencia al fundamento jurídico, hay quienes ven en la retrocesión una facultad, una preferencia, un privilegio nacido de la ley²; otros, en cambio, reconocen en ella "un reflejo del derecho de propiedad, una especificación de éste", y por ende, en cuanto el individuo como propietario tiene el derecho de no ser privado de su bien sino por una causa de utilidad pública, tiene el derecho de recuperarlo cuando esa causa no subsista³.

La ley 189 del año 1866, al igual que todas las leyes provinciales sobre la materia, reguló la institución. Decía esta ley en su artículo 19: "Si la cosa expropiada no se destinase al fin u objeto que motivó la expropiación, el anterior propietario podría retractarla al estado en que se enajenó, consignando el precio o la indemnización que recibió". Esta ley que admitió así claramente el derecho de retrocesión, no previó, en

¹ Buenos Aires, s. n., 1962. CSJN, 30947.

² GROSSMAN, C.: Op. cit. Ver con respecto a Alemania, SCHUMER: "Derecho de la Expropiación", T. II, pág. 225. Ver también, D'ALMEIDA: *Derecho e competencia en materia de retrocesión*. Revista de D. Público, 1914, T. II, pág. 394. LACÓ, F.: *Tratado Integral de la Expropiación*, 194, págs. 392-393 (referencias sobre doctrina extranjera).

³ LACÓ, F.: *Tratado Integral de la Expropiación*, Cap. X.

NEVELLO CORRALÁN: *Tratado de Derecho Civil*; SALVAT, R.: *Derechos Reales*, T. II, pág. 157.

⁴ VILLACAM RAUVERBERG: *Tratado de D. Administrativo*, T. VI, pág. 450. En el mismo sentido, BULLA, *Tratado de D. Administrativo*, T. III, pág. 428 y s. D'ALMEIDA: *Instituciones de Derecho Administrativo*, 1934, T. II. *Vinculoso Placer*: *Naturaleza Jurídica de la Expropiación*, pág. 80 y s. GARIBAY: *Jurisprudencia Argentina*, 1920, II, pág. 344.

cambio, los plazos para el ejercicio de la acción correspondiente, no determinó desde cuándo podía ejercitarse ella y cuándo debía considerarse prescripta.

Las opiniones doctrinarias se mostraron al respecto divididas y contrarias. A ellas nos referiremos en la segunda parte de este trabajo, adelantando desde ya, que en nuestra opinión toda confusión parece desaparecer en cuanto se toma como punto de partida para el análisis de ambos problemas, la naturaleza jurídica de la retrocesión.

II) Primera Parte

a) Al referirnos al fundamento jurídico de la retrocesión, recordamos que hay quienes consideran que ella es una facultad, un privilegio conferido por la ley; lógicamente los que así piensan concluyen que abrogada la ley que la hace nacer y reemplazada por otra que la omite, cesa su razón de existencia¹.

Bielva considera que en la ley 13.264, la institución "parecería reemplazada en la nueva ley por el abandono"². El abandono expropiatorio, en el régimen de la ley 13.264, art. 29, tiene lugar cuando el juicio no es promovido dentro de los plazos fijados expresamente por dicho texto. La retrocesión sólo funciona cuando el juicio ha concluido definitivamente y la propiedad ha sido transferida al Estado. Son, retrocesión y abandono, institutos autónomos con efectos jurídicos diferenciados y singulares³.

Aquellos de nuestros juristas que ven en la retrocesión un reflejo del derecho de propiedad, concluyen por ende, que la falta de retrato permitiría burlar impúdicamente la Constitución, menoscabando el derecho de propiedad sin riesgo alguno y en consecuencia que no se puede considerar inexistente esta institución por la razón única de no haber sido legislada por el Congreso⁴.

Adherimos a esta segunda posición. La retrocesión, al igual que el abandono, tiene un fundamento constitucional. Nuestra Ley Suprema sólo permite la expropiación por causa de utilidad pública; suprimir el retrato cuando esa causa de utilidad pública no se actúa, significa hacer posible que la expropiación pueda llegar a transformarse en un medio de vulnerar la propiedad que ella se propone garantizar.

¹ Ver nota 3.

² BIELVA: Tratado de D. Administrativo, T. III, pág. 452 Principios de D. Administrativo, pág. 823.

³ CONF. VALLEJA BARRERA: Tratado de D. Administrativo, T. VI, pág. 623.

⁴ Ver nota 4. Además, opinión del diputado Yañacola. Diario de Sesiones 1948. T. IV, págs. 3413 y m.

Por otra parte, la corriente doctrinaria que sostiene la derogación del derecho que estudiamos se funda también en los antecedentes parlamentarios de la ley 13,264. Según estos juristas el silencio de la ley en esta materia, lejos de ser atribuible a una omisión casual, se debe a la decisión mayoritaria de suprimir el derecho de referencia.

Sin embargo, el análisis de tales discusiones parece llevarnos a una conclusión diversa hasta cierto punto*. Los diputados de la mayoría al rechazar la iniciativa de López Serres (inclusión de cuatro de los artículos sobre retrocesión del Proyecto del Instituto de Estudios Legislativos)¹¹, se situaron solamente en el supuesto de cambio de destino de la cosa expropiada. Los legisladores de la mayoría consideraron una necesidad suprimir la retrocesión por las perturbaciones que puede traer al Estado la proliferación de juicios en torno "de un cambio de destino, siendo, sin embargo, el nuevo de tan evidente utilidad pública como el anterior"¹².

Ahora bien; el cambio de destino de la cosa expropiada es sólo una de las necesidades que hacen a la existencia de la retrocesión; la otra necesidad, precisamente la que se ha considerado siempre como más importante, no dar a lo expropiado destino alguno, no fue ni siquiera mencionada al suprimirse la retrocesión. Si se desea pues, fundar la no vigencia de la retrocesión en los antecedentes legislativos, habrá que circunscribir el aserto al supuesto único que fue tenido en cuenta por los diputados de la mayoría.

Jurisprudencia

A pesar de la jerarquía de las opiniones doctrinarias adversas, los fallos de nuestros tribunales parecen bastante inclinados a admitir el derecho de retrocesión, y a admitirlo en sus dos supuestos, como puede apreciarse a través de los que citamos a continuación:

"Por aplicación analógica del art. 24 de la ley 13,264, proceda ordenar el desalojo de intrusos que se han introducido en el fundo expropiado, aunque la medida no se solicite para realizar la obra sino para

* Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados (1948-IV, págs. 3666 y ss. *op. cit.*, 3411 y ss.).

¹¹ "Expropiación por causa de utilidad pública", Proyecto de Ley del Instituto de Estudios Legislativos, 1939, Sección Derecho Constitucional, págs. 300 y ss.

¹² Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 1948-IV, págs. 3666 y ss. y 3611 y ss.

¹³ Encontramos esta argumentación idéntica a la hecha en Francia en 1833, con motivo de discutirse la inclusión del derecho de retrocesión en la nueva ley de expropiaciones. La réplica conciliante y decisiva sobre el particular hecha por el miembro de la comisión legislativa, M. Legrand, puede verse en "Traité de Expropriation", Chevallier de Lialleu, 1832, Cap. Le droit de rétrocession, T. II.

restituir el inmueble a sus antiguos propietarios que ejercitan su derecho de retrocesión" (Banco Hipotecario v/Turrado. Cámara Federal de La Plata, mayo 5-1959. Jurisprudencia Argentina, 1960, Tomo IV).

"...Si bien están íntimamente ligadas, la acción de retrocesión debe distinguirse de la establecida previamente y que tiene por objeto exigir del Estado una manifestación de voluntad al respecto, de si se hará o no la obra que motivó un juicio de expropiación ya terminado por sentencia firme y entrega de precio varios años atrás, toda vez que la última se presenta como una acción autónoma con sus elementos característicos" (Mandich y otros v/Gobierno Nacional, Cámara Federal de Paraná, julio 17-1960, Jurisprudencia Argentina, 1960, IV, pág. 324).

"Si bien la ley 13.264 derogó la previsión de la anterior 109, que concedía al propietario desposeído una acción específica tendiente a obtener la restitución del bien expropiado, cabe admitir la invalidez de la expropiación por acción de nulidad del acto administrativo que la dispuso, cuando no se cumplen los requisitos del artículo 17 de la Constitución Nacional. Aparte que la falta de causa y la causa ilícita afectan la validez del acto administrativo" (Bazzú y otro v/Administración General de Vialidad Nacional, Cámara Federal, La Plata, diciembre 23-1960). Jurisprudencia Argentina, Tomo IV, 1960.

b) Conclusiones.

1) El derecho de retrocesión por su fundamento constitucional integra nuestro ordenamiento jurídico.

2) Si la acción de retrocesión fuera rechazada por los tribunales, siempre quedaría expedito el recurso extraordinario ante la Corte Suprema⁴⁴, pues la protección legal y constitucional de la propiedad es su protección misma.

3) Si bien prestigiosos juristas divergen en sus opiniones respecto de la vigencia de este derecho, la jurisprudencia parece inclinada a la que, por los fundamentos enunciados, consideramos buena doctrina.

III. — SEGUNDA PARTE

a) Recordamos ya, que bajo la ley 109 se plantearon dos problemas vinculados con el ejercicio de la acción de retrocesión, problemas que naturalmente, en el caso de admitirse la acción, se dan también

⁴⁴ "Bazzú Horacio y Bazzú Carlos v/Administración General de Vialidad y Retrocesión. Suprema Corte de Justicia, 18 de mayo de 1962.

Dictamen del Procurador sobre procedencia del Recurso Extraordinario: "El recurso extraordinario es procedente por haber sido fundado en el art. 17 de la

en el momento actual: A) Desde cuándo puede ejercitarse la acción; B) desde cuándo debe considerarse prescripta.

Llama la atención que los juristas nuestros, que se han detenido en el estudio de la retrocesión, no se han abocado, sin embargo, a la resolución de estas dos cuestiones; hay quienes analizan una sola de ellas, hay quienes no se refieren a ninguna de las dos.

En el proyecto de Ley sobre Expropiación por causa de utilidad pública, del Instituto Argentino de Estudios Legislativos¹, al reglamentarse la retrocesión, se fijaron los plazos de dos años para el ejercicio de la acción y de 5 años para que la misma se considere prescripta. De haberse seguido, pues, el proyecto del Instituto todo problema en esta materia habría quedado resuelto.

Nuestros tratadistas Lafaille² y Legón³, estudian el segundo de los plazos de referencia y estiman que, ante el silencio de la ley 129, debe aplicarse por analogía el plazo fijado por el código civil para el pacto de retroventa (tres años). En nuestra opinión, no puede dejar de recordarse aquí la naturaleza jurídica del instituto analizado, naturaleza que cobra especial importancia ante la laguna legal. Mientras la venta con pacto de retroventa es una figura del derecho privado, la retrocesión (como la expropiación y el abandono) es de derecho público⁴, o al menos, de naturaleza mixta⁵.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en materia de expropiación: "La expropiación, como institución de derecho público, estará regida por principios propios y no por la compraventa, figura exclusiva de derecho privado"⁶. Y específicamente, en materia de retrocesión, también la jurisprudencia ha sido terminante: "El plazo que señala el 1381 del Código Civil, para la venta con pacto de retroventa, no es aplicable al derecho de retrocesión que la ley confiere al expropiado"⁷.

Constitución Nacional y ser la decisión definitiva contraria al derecho fundado en esa cláusula y que ha sido materia de litigio".

En doctrina, conf. VILLANAS BUENAVISTA: Op. cit., T. IV, pág. 427.

¹ "Expropiación por causa de utilidad pública", Instituto Arg. de Estudios Legislativos, 1929, Acción de retrocesión (arts. 79 y 81). Asimismo, el importante comentario al Proyecto, de Walter Villegas, "Consideraciones sobre el Proyecto...", en el mismo volumen del Instituto, pág. 217-226.

² LAFAILLE: Tratado de Derechos Reales, T. III, pág. 421.

³ LEGÓN: Tratado Integral de la Expropiación, Cap. XI, Sección V, pág. 292 y ss.

⁴ Sobre naturaleza jurídica, Américo Berchman: "Expropiación sin causa de utilidad pública". La Plata, Rev. Colegio de Escribanos, N° 732, 1961.

⁵ BELLAS: Principios de Derecho Administrativo, pág. 609 y ss.

⁶ Suprema Corte, Fallos 228-242.

Obviamente, en la venta con pacto de retroventa, el ejercicio de la acción está condicionado por el capricho, el arbitrio exclusivo del vendedor; de no ser por el lapso legal, podría iniciarse la acción en cualquier momento. Muy por el contrario, el ejercicio de la acción de retrocesión está condicionado por el incumplimiento del destino de utilidad pública fijado por el Estado, y en el que para nada interviene la voluntad del ex propietario.

Si se establece por el Código un plazo de tres años para que el vendedor ejercite la acción emergente del pacto de retroventa, es porque se trata de evitar el perjuicio que un plazo incierto trae para la negociabilidad de los bienes, para la circulación de la riqueza. Este peligro no se da tratándose de un bien expropiado que necesariamente no debe afectarse a otro destino que a la obra de utilidad pública que fue la causa de la expropiación.

Villegas Bazvilbaso* participa de la opinión de Legón y Lafaille, agregando en su estudio sobre la retrocesión, el análisis del momento a partir del cual deben contarse los tres años: desde el cambio de la obra pública fijada, por otra obra pública, en el primer supuesto de retrocesión; desde el momento en que el Estado contesta al reclamo del particular en el segundo.

Pero en este segundo supuesto, en opinión de Villegas Bazvilbaso, es necesario distinguir dos situaciones diversas: Cuando, ante el requerimiento del particular, el Estado responde que no ha iniciado la obra pública por falta de fondos, pero que no ha abandonado su propósito; y cuando, responde en cambio que ha desistido de su proyecto. En la primera situación, no procede la acción, en el segundo caso sí.

Ahora bien, si de tal respuesta dependiera el ejercicio de la acción, ella quedaría circunscripta al caso de remplazo de una obra pública por otra y sería siempre improcedente en el supuesto que estimamos más importante: cuando la cosa expropiada no es utilizada para ningún fin de utilidad pública. En efecto, en el terreno de la práctica, lo común es obtener como respuesta del reclamo administrativo, la manifestación que Villegas Bazvilbaso señala en primer lugar; por lo que tal respuesta no debiera ser óbice para el planteamiento judicial del problema, ya que lo contrario torna inejercitable la acción en un elevado porcentaje de casos.

Vernengo Plack*, en su estudio sobre la retrocesión, se detiene en

* Innesich v/Cob. F. B. A., Suprema Corte de Buenos Aires, 1968, IV (Nº 333).

* Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV, págs. 423 y ss.

el análisis del otro problema que anunciamos: desde cuándo puede ejercitarse la acción. Este autor, parte de la base de que cualquier realización de interés público debe encontrarse presupuestariamente prevista (so pena de incurrir en malversación por cambio de destino de los fondos). El tiempo para que el Estado comience la ejecución o de el destino público previsto en la ley de afectación, vence con la terminación del ejercicio financiero del año de la mencionada ley de afectación.

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha admitido la procedencia de la acción de retrocesión desde los dos años de producida la transferencia de la propiedad al Estado. "El propietario expropiado puede retrotraer a su dominio el inmueble que a los dos años de la deposición no ha sido destinado al objeto que determinó la expropiación, mediante concreta afectación a la obra o fin propuesto" ". "Entiéndese por afectación concreta cuando comienza a llevarse a cabo las obras previstas por el expropiante y designadas por la ley y no sólo el simple propósito, proyecto o intención del expropiante" ".

b) Confección.

1º) Ante el silencio de la ley, en lo que se refiere al plazo a partir del cual puede ejercitarse la acción, nos adherimos por sus fundamentos, a la opinión de Vernengo Plack. No debería considerarse necesario que pasara un lapso mayor de un año para que procediera la acción (salvo que se adujeran por el Estado razones de gran peso que justificaran plenamente la postergación de la obra).

2º) En cuanto a la prescripción de la acción, estimamos por las razones apuntadas, inaplicable a la retrocesión el plazo fijado por el Código Civil para la retroventa. Por otra parte, el particular puede ejercitar su acción cuando ha pasado el año sin que se realice la obra pública que necesariamente debió figurar en el ejercicio presupuestario correspondiente al mismo. Pero si deja pasar un tiempo más prolongado en espera de que la obra pública se lleve a cabo, sacrificando sus intereses particulares al superior de la comunidad, ninguna razón podrá invocarse contra la retrocesión: sólo se ejercita el derecho una vez desaparecida toda expectativa razonable de concreción del interés superior.

3º) En lo que hace a la prescripción decenal de las acciones por

" Inovich v/Gob. B. As. Cámara Segunda La Plata, 22-7-58. J. A. 1959-VI. En el mismo sentido. Banco Hipotecario Nacional v/Tornado. Cámara Federal La Plata, 5 de mayo de 1959.

Mardich y otros v/Gob. Nac. Cám. Fed. Paraná, julio 1960-I J. A.

sonales¹¹, se debe determinar con precisión el momento a partir del cual comienza a correr ese plazo; y éste no puede ser otro que el de la comunicación o interpelación judicial al expropiante: el momento de la expropiación no coincide, en la mayoría de los casos, con el de la iniciación de la obra y no puede entonces considerarse como punto de partida del plazo de prescripción¹².

En ausencia de disposición legal al respecto, el tiempo transcurrido no debería producir otra consecuencia que la señalada por los tribunales franceses ante problema semejante al nuestro: Certidumbre de que la obra pública no será realizada e innecesariedad de una manifestación del Estado al respecto, para la procedencia de la acción¹³. Y la interpelación judicial, no puede tener o implicar otro resultado, que señalar el comienzo del plazo de prescripción. Esta solución es la única que permitirá la actuación efectiva de la garantía constitucional de la propiedad que hace a la esencia del derecho de retrocesión¹⁴.

¹¹ Sobre la necesaria aplicación de este plazo a la acción de retrocesión, ver *Luovich v/ Gob. P. Bs. As.* Suprema Corte de Buenos Aires, 1960-IV (Nº 331).

¹² *Coef. Laredo: Op. cit.*, pág. 391 y *VELLEDA RAMIREZ: Op. cit.*, T. IV, pág. 463.

¹³ "Cuando el particular expropiado ha dejado pasar diez años sin ejercer la acción de retrocesión puede observarse judicialmente, sin necesidad de esperar una manifestación expresa o tácita de la Administración Pública en el sentido de no ejecutar los trabajos en el futuro". *Revista Trimestral de Droit Civil*, Octubre-diciembre, 1958.

¹⁴ Con posterioridad a la conclusión de este trabajo, ha llegado a nuestros manos hace pocos días, el meditado estudio sobre la retrocesión del cual es autor Enrique S. Petracchi, publicado en el último número de *Lecciones y Ensayos* (Dic. 1963, Nº 24, págs. 41 y ss.). Entre otras cuestiones el autor analiza el problema de la prescripción de la acción; sostiene que, en virtud del carácter de la acción que es real en cuanto "deriva de la propiedad", sólo podrá aplicarse a ella la prescripción contraria, y que esta será la del art. 4015 del C. C. ya que el Estado tendrá "justo título para no hacer lo, pues es imposible alegar que desconocía la obligación de cumplir legal". Y en esta línea de ideas hace notar con justicia el estar la incongruencia en que incurran quienes, en nuestra doctrina, sostienen el carácter real de la acción y luego afirman la aplicabilidad para ella de plazos de prescripción de las acciones personales.

Personalmente no estamos de acuerdo con la afirmación de que la acción de retrocesión debe ser considerada real en cuanto "deriva de la propiedad". La determinación del carácter real o personal de una acción debe hacerse partiendo del concepto delimitatorio de tales especies. La acción real implica por esencia el ejercicio de un derecho real; este supuesto no se acota en la retrocesión. Petracchi señala precisamente que el dominio adquirido por el Estado (o entidad expropiante) es un "dominio revocable". Sólo si se pudiera hablar de un dominio transferido bajo condición suspensiva, podría afirmarse, en nuestro entender, que la acción de retrocesión es real porque entonces si el expropiado estuviera ejercitando un derecho real cuya titularidad conservaría hasta el cumplimiento de la condición.