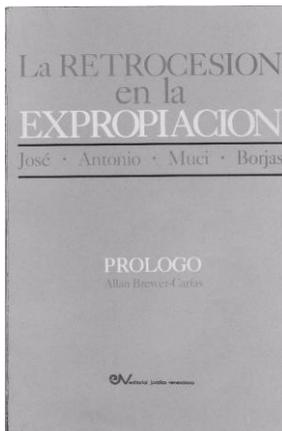


LA RETROCESIÓN EN LA EXPROPIACIÓN



José Antonio Muci Borjas

La RETROCESIÓN en la EXPROPIACIÓN

PRÓLOGO
Allan Brewer-Carías

Editorial Jurídica Venezolana
Caracas, 1988

ÍNDICE

PRÓLOGO, por Allan Brewer-Carías

9

I CONSIDERACIONES

Noción de Expropiación Forzosa. Trascendencia del instituto expropiatorio	17
Fundamento constitucional de la expropiación forzosa. La persecución de una finalidad “calificada” como límite al ejercicio de la potestad expropiatoria	19
Garantías consagradas en el marco del procedimiento expropiatorio	21
A) Previas a la construcción de la expropiación forzosa	21
a) Garantía jurídica. Intervención de órganos representativos de todos los Poderes Públicos. Oposición a la expropiación por violación de ley	21
b) Garantía económica	23
B) Posteriores a la consumación de la expropiación. Derecho a la retrocesión	24

II EL DERECHO DE RETROCESIÓN

Definición del derecho de retrocesión. Análisis de la definición propuesta	27
Carácter forzoso (“coactivo”) de la retrocesión	31
Derecho de preferencia y derecho a la retrocesión. Diferencias que distinguen uno y otro instituto	32
Objeto. Bienes sobre los cuales procede el derecho de devolución	34
Denominaciones dadas al derecho de devolución por la doctrina comparada	36

III EL DERECHO DE RETROCESIÓN EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA

Antecedentes legislativos. Del Decreto Ejecutivo sobre expropiación por causa de Utilidad Pública, del 10 de diciembre de 1892, a la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, del 25 de junio de 1942	39
El silencio de la actual Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Interés Social. Interpretaciones de la doctrina venezolana. La retrocesión como garantía inherente, por ser de la esencia misma de toda expropiación forzosa	42
El derecho de retrocesión y la figura del decaimiento de la afectación (artículo 106 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal). Diferencias. Breve análisis del artículo 64 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio	47
Consagración legal en Venezuela del derecho a la retrocesión. Análisis del artículo 69 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio. La retrocesión como derecho de rango constitucional	55

IV FUNDAMENTO DEL DERECHO DE RETROCESIÓN

La expropiación forzosa como instrumento para el logro de objetivos (fines) de utilidad general. Cese de las razones de utilidad colectiva que motivaron la medida expropiatoria, y consiguiente derecho a rehaber el bien cuya expropiación no	61
---	----

condujo a un beneficio general

V NATURALEZA JURÍDICA

Diversas posiciones asumidas por la doctrina comparadas	65
A) Condición resolutoria	65
B) Retracto legal de Derecho público	68
C) Desviación de poder	70
D) Invalidez superveniente por desaparición de la <i>causa expropiandi</i> . Ineficacia superveniente por la desaparición de la <i>causa expropiandi</i>	79

VI SUPUESTOS DE PROCEDENCIA DEL DERECHO DE RETROCESIÓN EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA

Supuestos del artículo 69 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio	85
A) Cambio o modificación de la afectación	85
1. La nueva afectación es también de utilidad pública o interés social	85
2. Doble utilización	88
3. Agotamiento de la necesidad de interés general	89
B) Desaparición de la afectación	92
Otros supuestos	93
A) La no ejecución de la obra o servicio de utilidad pública o interés social que determinó la expropiación forzosa	93
B) Cuando realizada la obra o establecido el servicio quedan porciones sobrantes del bien expropiando	97
C) Causales innominadas	98
Renuncia del derecho de retrocesión. Supuestos “contractuales” de retrocesión.	98
Retrocesión de sólo una parte del bien al cual se tiene derecho	

VII REQUISITO DE PROCEDENCIA DEL DERECHO DE RETROCESIÓN

Ejercicio (“concretarse”) de la potestad expropiatoria. Procedencia en caso de enajenación mediante la figura del *arreglo amigable* 103

VIII EJERCICIO JUDICIAL DE LA ACCIÓN DE RETROCESIÓN

Clasificación de la acción que persigue obtener la devolución del bien expropiado	107
A) Es una verdadera acción reivindicatoria	107
B) Es una acción real	107
C) Es una acción personal	111
D) Insuficiencia de los criterios anteriores. Se trata de una acción constitutiva que tutela un derecho potestativo	112
La pretensión de la demanda de retrocesión	117
Procedimiento judicial aplicable	120
A) Procedimiento administrativo previo	120
B) Procedimiento ordinario	121

C) Autoridad competente para conocer la demanda de retrocesión. Criterios de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Tribunal competente para conocer la causa retrocesoria cuando el expropiador es un particular: criterio de la delegación (artículo 9 de la Ley de Expropiación)	122
Legitimados activos al ejercicio de la nación de retrocesión	132

IX LEGISLACIÓN APLICABLE

Posiciones de la doctrina comparada: a) Resulta aplicable la Ley vigente al momento de la expropiación. b) Se aplica la Ley vigente al momento en que se verifica la causal de retrocesión (momento en que nace el derecho)

X PLAZO PARA EJERCER LA ACCIÓN DE RETROCESIÓN

Derecho comparado. La aplicación en Venezuela del lapso de prescripción consagrado en el artículo 1.977 del Código Civil. Análisis casuístico

A) Cambio de afectación	139
B) No realización de la obra	142
C) Agotamiento del Plan de Ordenación	145
D) Porciones sobrantes	146
E) Obra paralizada	146
F) Doble afectación	146

XI EFECTOS DE LA RETROCESIÓN

Efectos *ex-nunc* del fallo. Carácter constitutivo de la sentencia de retrocesión. Devolución recíproca de prestaciones. Procedencia de una indemnización cuando no resulta posible la devolución *in natura* del bien expropiado

XII EL AVALÚO EN LA RETROCESIÓN

Aplicabilidad de los criterios consagrados en el artículo 35 de la Ley de Expropiación. valor que en el nuevo cálculo a ser realizado por los expertos ha de tener la justa indemnización pagada en el juicio expropiatorio

DEDICATORIA

Sé que el “respecto y la “admiración” son dos palabras de fácil y rápida pronunciación, mas sentimientos, o debería decir reconocimientos, difíciles de conquistar. Son producto del recto obrar constante y del inconmensurable amor puesto al hacer las cosas. Es por lo dicho que me llena de emoción sincera dedicar el presente trabajo tanto a mi padre, José Muci-Abraham, mi primer y verdadero Maestro en el mundo del Derecho, como a mi madre, María Dolores Borjas, a cuyo amor y dedicación debo en grandísima medida lo que soy.

A Angéle Faride Richa, mi motivo...

PRÓLOGO

No es sólo que el tema de la expropiación forzosa, en general, ha sido poco tratado por la doctrina jurídica nacional, sino que algunos aspectos específicos de esta institución jamás se habían estudiado en el país. Es este el caso, precisamente, del tema de la "Retrocesión en la Expropiación Forzosa", el cual por primera vez es estudiado sistemáticamente y en todos sus aspectos, en este trabajo (su primer libro) de José Antonio Muci Borjas.

Su autor, joven abogado y ya profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello, dedicó sus últimos meses como brillante estudiante de Derecho que fue de la Universidad Católica Andrés Bello, así como el tiempo que estuvo en Italia realizando el Curso de Perfeccionamiento en Ciencias Administrativa que dirige Massimo Severo Giannini en la Universidad "La Sapienza", Roma, a trabajar este novedoso tema. Lo escogió con entusiasmo y se dedicó con verdadera fruición a la investigación jurídica.

El resultado de esa labor es este libro que toca lo que en alguna oportunidad calificué como "la de garantía de devolución en la expropiación", que carecía de consagración expresa en el Derecho positivo hasta que se previó en el artículo 69 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio de 1983.

Esta garantía de devolución es, precisamente, la figura de la retrocesión en la expropiación, que permite al antiguo titular de un bien que ya ha sido expropiado el readquirir la propiedad del mismo previa devolución de la indemnización recibida, cuando la causa de utilidad pública o social que motivó la expropiación desaparece. Esta institución estuvo regulada en nuestro país, en el Derecho positivo, desde 1892 hasta 1946, lo que confirma la apreciación general (que a veces se tiene) de que la técnica legislativa de principios de siglo era muy superior a la contemporánea.

En todo caso, además de la garantía de devolución, las otras dos garantías básicas de los particulares frente a la expropiación han sido la garantía jurídica y la garantía patrimonial¹. A hora bien, este libro de José Antonio Muci Borjas, y el pedimento que me ha hecho para que se lo prologue, lo que he aceptado gustosamente, me dan la oportunidad para exponer lo que sería una cuarta garantía de los particulares frente a la expropiación, que podríamos denominar la "garantía de ejecución" de la expropiación.

En efecto, debe recordarse que el artículo 99 de la Constitución garantiza el derecho de propiedad, y el artículo 101 ratifica tal garantía al establecer que:

"Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago de justa indemnización, podrá ser decretada la expropiación de cualquier clase de bienes".

En consecuencia, la garantía fundamental del derecho de propiedad es que su extinción y transferencia al Estado sólo puede hacerse mediante expropiación, institución regulada en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, salvo que se utilice, por su puesto, otro medio traslativo de la propiedad que autorice el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la garantía del derecho de propiedad y de su posible expropiación, ante todo, implica que esta institución sólo puede tener por objeto extinguir la propiedad, por lo que una vez decretada, ella debe ejecutarse. Y así, si bien como lo ha dicho la antigua Corte Federal y de Casación, una vez decretada la expropiación, ésta "se verifica por las buenas o por las malas" "quedando obligados ipso facto los propietarios a transmitir al Estado los bienes indispensables para la realización de la obra"²; en la misma forma, debe decirse que, decretada la expropiación, el

ente expropiante también debe quedar obligado ipso facto a ejecutarla, es decir, a realizar todos los trámites para que la propiedad se transfiera al Estado.

No ha sido infrecuente, sin embargo, el que los entes públicos hayan incumplido con esta última garantía de la expropiación, y se hayan decretado expropiaciones que nunca se han ejecutado, en violación flagrante del derecho de propiedad. Ello resulta, por ejemplo, de la previsión del artículo 38 de la propia Ley de Expropiación que establece, en los casos de afectación para expropiación en planes urbanísticos, que “tampoco serán apreciadas las mejoras que efectúe el propietario de la cosa que se expropia después de la aprobación y publicación del plan general de acondicionamiento o modernización de una ciudad o agrupación urbana”. Ello implica, por tanto, una virtual congelación de los atributos de la propiedad, inadmisibles, y violatoria de la misma, cuando la ejecución de la expropiación no se efectúa nunca.

Esta situación muchas veces irregular, por inconstitucional, de lo que en alguna oportunidad denominé las “afectaciones eternas”³, en todo caso, ha venido siendo corregida por el Legislador, para garantizar la propiedad, en diversas leyes recientes.

En primer lugar, se destaca el artículo 85 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal dictada inicialmente en 1978, que obliga a los Concejos Municipales a indicar, en los planes de desarrollo urbano local que afecten terrenos de propiedad privada para usos recreacionales o deportivos, asistenciales, educacionales o para cualquier uso público, “el plazo dentro del cual el Municipio deberá adquirir esos terrenos”; plazo que no puede exceder de cuatro (4) años, “vencido el cual sin que el Municipio haya adquirido esos bienes, se considerará sin efecto dicha afectación”. En esta forma, la garantía de ejecución de la expropiación se buscó asegurarla a través del establecimiento de un plazo para las afectaciones expropiatorias urbanísticas, vencido el cual, queda sin efecto dicha afectación. Dicho plazo prefijado, sin embargo, fue eliminado en la reforma de la Ley Orgánica de 1988, con lo que se produjo un retroceso en el avance que se había logrado.

En segundo lugar, está el artículo 64 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio de 1983, que establece, asimismo, la necesidad de que cuando la ejecución de los planes de ordenación del territorio “impliquen la extinción del derecho de propiedad” las autoridades están obligadas a “proceder a decretar la expropiación”, a cuyo efecto, el plan debe establecer un plazo para la ejecución de la expropiación, cónsono con la naturaleza y alcance de la actividad a realizar. No precisa la Ley la duración del lapso, pero prescribe que “si es superior a tres (3) años, la autoridad competente debe establecer un régimen transitorio de uso efectivo de la propiedad afectada” a fin de no perjudicar el derecho del futuro expropiado. Precisa la Ley, por último, que vencido el plazo para ejecutar la expropiación, sin que se ejecute, la autoridad expropiante debe “indemnizar al propietario por las limitaciones al uso de propiedad”, y debe reglamentar un uso compatible con los fines establecidos en el plan.

En tercer lugar, la reciente Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987, en su artículo 34, al referirse al contenido de los planes de desarrollo urbano local ha establecido como un contenido: “La identificación de los terrenos de propiedad privada que resultarán afectados por la ejecución del plan, indicando el plazo para la expropiación y disponibilidad de recursos para implantar el servicio o realizar la obra”. En esta forma, a la necesaria indicación del plazo de ejecución, se agrega ahora otra manifestación de la garantía de ejecución de la expropiación, de fundamental importancia, y es el que para la afectación de propiedades con fines expropiatorios urbanísticos, la autoridad municipal debe disponer de recursos financieros para su ejecución.

En esta forma, el legislador ha venido corrigiendo la inconstitucional conducta que venía siendo observada por las autoridades públicas, y que consistía en decretar expropiaciones y afectar inmuebles de propiedad privada para ser expropiados, pero sin que la ejecución de la expropiación

se realizara, quedando de hecho e inconstitucionalmente las propiedades, sometidas a una congelación en cuanto a su uso. Este no podía realizarse y no se expropiaba al propietario, con evidente lesión del derecho de propiedad.

A la regulación positiva de las garantías jurídica y patrimonial, por tanto, se une ahora la de la garantía de ejecución de la expropiación, y además, la de la garantía de devolución identificada con la retrocesión en la expropiación, con su parcial tratamiento en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, y que José Antonio Muci Borjas analiza en este libro.

Esta consagración parcial de esta garantía de devolución, en todo caso, no es sino un signo del progreso legislativo, pues con razón sostiene José Antonio Muci Borjas la tesis, y ésta es la idea central del libro, de que la retrocesión en la expropiación es de la esencia misma de la institución expropiatoria, la cual deriva de su propia consagración constitucional, al condicionar el ejercicio de la potestad expropiatoria a la consecución de una finalidad de utilidad pública o interés social. Ello implica que el ex-propietario del bien expropiado se halla legitimado para demandar la devolución del mismo en caso de que los motivos de la expropiación no se cumplan, es decir, no se destine, efectivamente, el bien expropiado al fin de utilidad pública o interés social que justificó la expropiación.

Este trabajo de José Antonio Muci Borjas, en todo caso, es una manifestación de sus dotes de investigador y estudioso del Derecho, que ya le había descubierto cuando fue mi alumno —por cierto excelente— en el curso de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, donde inició su carrera.

La aparición de este libro debo saludarla —por todo lo señalado— con los mejores augurios, pues siento que en muy breve plazo una nueva generación de administrativistas se arraigará en el liderazgo del Derecho Administrativo venezolano. Jóvenes profesionales como José Antonio Muci Borjas, con toda seguridad, tendrán allí posiciones destacadas.

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

Caracas, octubre 1988.

“Ha sido siempre tarea difícil y delicada en grado sumo emitir un juicio crítico sobre la obra de los demás. Se corre el riesgo de interpretar erradamente el pensamiento ajeno y desvirtuar su sentido original y recóndito. Mas este fundado temor a la crítica infiel no podría nunca justificar de nuestra parte una actitud indiferente y fría hacia la obra creadora del espíritu”.

LUIS LORETO

I

CONSIDERACIONES GENERALES

Noción de Expropiación Forzosa. Trascendencia del instituto expropiatorio

La expropiación forzosa⁴, siguiendo en este punto los lineamientos sentados por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, es una institución de Derecho público mediante la cual el Estado —*lato sensu*—, para el cumplimiento de fines públicos, logra coactivamente la adquisición de bienes, siguiendo un procedimiento legal determinado y pagando una justa indemnización^{5 6}.

Un análisis, aun superficial, de la definición precedente explica, claramente, la trascendencia de la potestad expropiatoria: mediante su ejercicio se legitima a una serie de sujetos (a saber, la República, los Estados, los Municipios, los Institutos Autónomos, así como a particulares y empresas debidamente autorizados, que a los solos efectos del presente estudio constituyen para nosotros, todos ellos, y no obstante el empleo absolutamente impropio del término, la “Administración Pública”) para restringir, y este es su objeto *esencial*, un derecho de rango constitucional como es la propiedad⁷. Esencial mas no el único pues, como se sabe, la expropiación forzosa es un instituto jurídico que permite restringir cualquier tipo de derecho sobre un bien de la vida, entre otros, servidumbre, enfiteusis, usufructos, derechos de autor. Este efecto radical, nos referimos en concreto a la posibilidad de restringir el derecho de propiedad, ha hecho que tanto nuestro Constituyente como nuestro Legislador hayan previsto todo un régimen de garantías, a fin de lograr una tutela efectiva de la propiedad y demás derechos susceptibles de ser objeto de una medida de expropiación forzosa, frente a las posibles —y no descartables— actuaciones arbitrarias de la Administración, en ejercicio de la potestad expropiatoria.

Fundamento constitucional de la expropiación forzosa. La persecución de una finalidad “calificada” como límite al ejercicio de la potestad expropiatoria

En Venezuela, el fundamento de la expropiación forzosa se encuentra en el artículo 101 de la Constitución, que establece:

“Sólo por causa de utilidad pública o de interés social, mediante sentencia firme y pago de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes. En la expropiación de inmuebles, con fines de reforma agraria o de ensanche y mejoramiento de poblaciones, y en los casos que por graves razones de interés nacional determine la ley, podrá establecerse el diferimiento del pago por tiempo determinado o su cancelación parcial mediante la emisión de bonos de aceptación obligatoria, con garantía suficiente”.

Dicha disposición consagra la principal y más importante limitación al ejercicio de la potestad expropiatoria, limitación que consiste en exigir que la *razón determinante* que lleve al ejercicio de dicha facultad sea la persecución de una finalidad *calificada*; la búsqueda o satisfacción —*ad essentia*— de la utilidad pública o el interés social. Dicho de otro modo, cabría afirmar que la potestad expropiatoria es teleológica, finalista, y que en razón de ello los legitimados activos para su ejercicio deben atender al fin de la institución, de la expropiación: la utilidad pública o el interés social. La expropiación, como instrumento, pues, no constituye un fin en sí misma.

En este sentido, nuestra Ley de Expropiación establece, en su artículo 2, que “se considerarán como obras de utilidad pública las que tengan por objeto directo proporcionar a la Nación en general, a uno o más Estados o Territorios, o a uno o más pueblos o regiones, cualesquiera usos o mejoras que cedan en beneficio común”. Así, sólo para la realización de obras o actividades que busquen satisfacer el *interés público* (se nos dispense la impresión terminológica) es posible utilizar el mecanismo expropiatorio.

Garantías consagradas en el marco del procedimiento expropiatorio

Por otra parte, tanto el Constituyente como el Legislador han previsto un sistema de garantías (unas expresas y otras implícitas o virtuales), como mecanismo de salvaguarda de los derechos de los cuales son titulares los administrados, y que permiten controlar la actividad del ente expropiador y su conformidad con el Derecho. En este orden de ideas:

A) En un primer momento, que identificamos como previo a la consumación total y definitiva de la medida de expropiación forzosa (es decir, a la “transferencia” del derecho), nuestro ordenamiento jurídico ha establecido un sistema en el cual cabría identificar las siguientes garantías ⁸⁸:

a) *Garantía jurídica. Intervención de órganos representativos de todos los Poderes Públicos. Oposición a la expropiación forzosa por violación de ley.* Una garantía jurídica que exige, en primer término, la intervención de órganos representativos de todos los Poderes Públicos. Así, en un principio interviene el Poder Legislativo⁹, al calificar las actividades que han de considerarse como de utilidad pública o interés social, y al establecer las normas de procedimiento a seguir cuando se emplee la potestad expropiatoria. En un segundo momento, el Poder Ejecutivo determina y señala, directamente, la obra concreta a realizarse, así como los bienes —*stricto sensu*— que requiere para la realización de la obra o actividad, e indirectamente (y como consecuencia lógica), de manera implícita, los derechos —sobre tales bienes— que deberán ser expropiados, derechos éstos que se infieren del texto del Decreto de afectación. Finalmente, el Poder Judicial entra a controlar que la actuación de los otros dos Poderes se haya ajustado a Derecho. Debe recordarse que el apego al Derecho por parte de los órganos que ejercen el Poder Público y, en consecuencia, el control de aquellas actuaciones que se aparten de la ley (*lato sensu*), constituyen uno de los postulados fundamentales del Estado de Derecho¹⁰. En este sentido, cuando se pone en funcionamiento (cuando es ejercitada) la potestad expropiatoria, es de la esencia del sistema de garantías que consagra la Constitución que el sujeto, cuya titularidad sobre el derecho se restringe, pueda oponerse a la expropiación por haberse violado la Ley. Además, y aparte del control acerca de la conformidad con el Derecho, corresponde al Poder Judicial el velar porque el sujeto que sufre la expropiación reciba la justa indemnización de la cual habla la Constitución y que, por último, no se realicen expropiaciones parciales que inutilicen el bien o lo hagan impropio para el uso al cual estaba siendo destinado (artículos 26 y 32 de la Ley de Expropiación).

En efecto, el artículo 26 de la Ley de Expropiación establece que “la oposición a la solicitud de expropiación sólo podrá fundarse en violación de la Ley, o en que la expropiación debe ser total, pues la parcial inutiliza la finca o la hace impropia para el uso a que está destinada”, y que “para poder hacer oposición, es necesario que quien la intente aduzca la prueba de su derecho a la cosa sobre la que versa la expropiación. En consecuencia, sin este requisito no podrá hacerse uso de ninguna defensa”¹¹.

En caso de necesitarse sólo una parte del bien para la realización de la obra de utilidad general, se garantiza al sujeto que sufre la medida expropiatoria que la parte que no será expropiada seguirá siendo apta para el uso al cual estaba destinada y que el bien, en consecuencia, no quedará

inutilizado. Así, en caso de subsistir el derecho sobre parte del bien una vez verificada la expropiación, éste será capaz de seguir siendo aplicado a la función económica que previamente desempeñaba.

b) *Garantía económica*. La garantía económica también se manifiesta con anterioridad a la efectiva consumación de la expropiación forzosa, y consiste en la justa indemnización de la cual habla el artículo 101 de la Constitución¹².

La medida o principio rector de esta justa indemnización ha sido claramente establecida por nuestra Corte Suprema de Justicia, al señalar que la “suma a pagar debe cubrir exactamente el daño que se irroga al expropiado, sin que éste se empobrezca ni enriquezca, en la medida que tal resultado pueda razonablemente alcanzarse”¹³.

B) Con posterioridad a la consumación de la expropiación puede surgir un derecho (dentro del patrimonio del antiguo titular del bien expropiado) en caso de que no se realice la obra de utilidad pública o interés social, derecho éste que consiste en la posibilidad que tiene el antiguo titular, el ex-propietario, de readquirir el bien que le fuera expropiado, en razón de no haber sido destinado éste, por el ente expropiante, al fin perseguido. Este derecho que surge con posterioridad al traslado coactivo del bien al expropiador, y sobre el cual versa el presente estudio, es conocido como derecho de retrocesión, o derecho a la retrocesión, y constituye una manifestación —*a posteriori*— del control integral, consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, sobre el ejercicio de la potestad expropiatoria.

II EL DERECHO DE RETROCESIÓN

Definición del derecho de retrocesión. Análisis de la definición propuesta

Podría afirmarse, a manera de definición, que la retrocesión es el derecho —*ope legis*— otorgado al antiguo titular del bien expropiado para que lo readquiera, devolviendo la justa indemnización recibida en seno al procedimiento expropiatorio, restableciéndose de esta manera la situación jurídica que existía con precedencia al ejercicio de la potestad expropiatoria, a consecuencia de la desaparición —una vez consumada la expropiación— del elemento esencial de la *causa* (*causa expropriandi*).

Análisis de la definición:

a) *La retrocesión es el derecho —ope legis— otorgado al antiguo titular del bien expropiado para que lo readquiera, restableciéndose así la situación jurídica que existía con precedencia al ejercicio de la potestad expropiatoria:* el derecho a readquirir la titularidad sobre el bien del cual se privó al particular mediante la expropiación forzosa nace, por mandato directo de la ley (e indirectamente de la Constitución), una vez verificados los supuestos de procedencia del referido derecho.

El sujeto que el ordenamiento jurídico considera legitimado para proponer la demanda de retrocesión y, en consecuencia, para ejercer el derecho a la acción cuya finalidad es la devolución del bien previamente expropiado, es el antiguo titular del mencionado bien (el aquí muchas veces llamado sujeto expropiado, en la gran mayoría de los casos el ex-propietario), o sus causahabientes, bien lo sean a raíz de actos inter vivos o *mortis causa*.

En definitiva, cabe afirmar (ya tendremos oportunidad de profundizarlo más adelante, Capítulo VIII, número 19) que si bien al sujeto legitimado para interponer la demanda de devolución le es reconocido, por el Derecho, la potestad ("poder") que caracteriza los derechos subjetivos, no es menos cierto que el derecho de retrocesión *no* da ninguna señoría inmediata sobre el bien expropiado, sino que ofrece —únicamente— la posibilidad de "modificar" dicha señoría, mediante una manifestación unilateral de voluntad, restableciendo —en la medida de lo posible— la situación jurídica previa al ejercicio de la potestad expropiatoria: se "restablece" la titularidad que el sujeto expropiado detentaba sobre el bien que fuera precedentemente expropiado.

b) *Devolviendo la justa indemnización recibida en seno al procedimiento expropiatorio:* el juez que conoce el proceso declara, por una parte, la existencia de los presupuestos, a cuya concurrencia la ley subordina la procedencia del derecho de retrocesión, y por otra, dispone una modificación en la esfera jurídica de las partes en el proceso, cambio éste referido a la titularidad del bien precedentemente expropiado, razón por la cual la sentencia ha de ser catalogada —en nuestro criterio— como constitutiva.

Ahora bien, es claro que al fallo definitivo que decida favorablemente la demanda de retrocesión interpuesta debe seguir, por parte del sujeto accionante (y ahora nuevamente titular del bien previamente expropiado), la devolución de aquella justa indemnización recibida al momento de la expropiación forzosa. Naturalmente, como tendremos ya oportunidad de argumentarlo en el marco del presente estudio, el *quantum* de la justa indemnización debida por el accionante al ente expropiador debe cubrir —lo más exactamente posible— el daño que se irroga a éste último, evitando, en la medida que ello resulte posible, que ninguna de las partes se empobrezca o enriquezca.

c) *A consecuencia de la desaparición —una vez consumada la expropiación forzosa— del elemento esencial de la causa (causa expropriandi):* la causa a la cual se alude en la definición es la *causa expropriandi* (la "causa en sentido técnico", según Eduardo García de Enterría), entendida como el *efectivo destino del bien expropiado a aquel o aquellos fines de utilidad pública o interés social que determinaron el ejercicio de la potestad expropriatoria*. Es en este orden de ideas que cabe aseverar que los efectos de la expropiación forzosa deben persistir en tanto y en cuanto se destine (efectivamente) el bien expropiado al fin de interés colectivo que llevó al sujeto expropiante a ejercer la potestad pública en cuestión. Si no existe identidad entre el fin al cual se iba a destinar el bien (desde un inicio), y cuya tutela determinó la actividad administrativa del expropiante, y aquel fin al cual se destina realmente dicho bien (nuevo destino que puede consistir —*lato sensu*— en dejar "ocioso" el bien expropiado), es claro que desaparece el elemento causa de la expropiación forzosa, lo cual determina una lesión al sujeto que sufrió la medida expropriatoria, visto que la restricción de su titularidad sobre un bien —realizada con base en motivos de interés general— no conduce a la satisfacción de aquellas necesidades colectivas que constituían el objetivo cuya consecución justificó, en su momento, la medida.

Para autores como Alessio, la nota definidora de la retrocesión gira más en torno a la obligación de la Administración que en torno al derecho del particular expropiado, definiendo el derecho de devolución como aquel que "consiste en la obligación que tiene el Poder Público expropiante de ofrecer al propietario expropiado, en retrocesión, el bien que, en todo o en parte, no recibe la destinación prevista"¹⁴.

Cretella Júnior, por su parte, define la retrocesión como el "direito do proprietário de imóvel desapropriado de reavê-lo ou de receber perdas e danos, pelos prejuízos sofridos, sempre que ocorrer inaproveitamento, cogitação de venda ou desvio de poder do bem desapropriado"¹⁵.

El derecho a retrotraer el bien que fue objeto de la medida expropriatoria surge sólo una vez que se ha "transferido" el bien al expropiante, a diferencia de las garantías jurídica y económica (ya comentadas, si bien someramente), que son previas a la consumación de la expropiación forzosa.

Tal y como lo dejara establecido el Tribunal Supremo español, en importante sentencia del 25 de junio de 1957¹⁶, "los efectos de la Expropiación deben subsistir en la medida y durante el tiempo que perduren los fines que la determinaron". En otras palabras, la permanencia (los efectos) de la expropiación va a depender de que se le dé al bien expropiado el destino que determinó la medida restrictiva de la titularidad sobre dicho bien.

La retrocesión, pues, no viene a ser más que la posibilidad de lograr que cesen los efectos de la expropiación que el transcurso del tiempo ha revelado innecesaria: el ejercicio de la potestad expropriatoria, y la consiguiente limitación a la titularidad de un derecho constitucional como —*ad exemplum*— la propiedad, sólo se justifican en la medida que la obra de utilidad pública o interés social que la motivó sea llevada a cabo (en otras palabras, que el interés particular ceda frente al interés general tiene sentido sólo cuando resultan beneficiados los altos intereses de la comunidad), de lo contrario, el sacrificio del derecho del particular frente al sujeto expropiante carecería de sentido.

En este orden de ideas, "el destino del bien es una carga que grava a la Administración o al beneficio"¹⁷, por lo cual la permanencia de los efectos de la expropiación queda supeditada al efectivo destino del bien o derecho expropiado a los fines que llevaron al ente expropiante a actuar (*causa expropriandi*).

Carácter forzoso ("coactivo") de la retrocesión

La retrocesión es un derecho patrimonial del ex-titular de la cosa expropiada, y el accionar judicialmente para readquirir el bien es facultativo para dicho sujeto, mientras que resulta forzoso para el ente expropiador el trasladar la titularidad sobre la cosa expropiada una vez que se ha verificado el supuesto necesario para la procedencia del derecho de devolución, y el sujeto expropiado ha demandado la retrocesión. Como se observa, esta institución es totalmente lo contrario de la expropiación, en la cual es "facultativo", "potestativo" para el expropiador el ejercer la potestad expropiatoria, (entre comillas, ya que si el Estado persigue tutelar el interés general, objetivo que constituye el fin último de toda actividad estatal, un deber del mismo, dicha tutela hace desaparecer en buena medida ese carácter facultativo, sin que ello deba confundirse con el aspecto discrecional de la actuación), mientras que para el titular del bien es forzosa, ya que se lleva a cabo con o sin su consentimiento.

Derecho de preferencia y derecho a la retrocesión

La retrocesión *no* debe confundirse con el llamado, por la Ley y la doctrina, *derecho de preferencia*, consagrado, en Venezuela, en el artículo 46 de la Ley de Expropiación¹⁸. En efecto, ambos institutos difieren grandemente, en primer término porque el derecho de preferencia, a diferencia del derecho a la devolución, a la retrocesión, constituye un derecho de crédito, un verdadero derecho personal (*infra* capítulo VIII, número 19, letra d). En segundo lugar porque en el derecho de preferencia es el expropiador quien decide enajenar el bien, sin que a ello nadie lo constrinja (bien sea "por la naturaleza de la obra de utilidad pública o social a realizarse, o por otras circunstancias"), mientras que en la retrocesión es el sujeto expropiado quien manifiesta su voluntad de recobrar, de recuperar, de readquirir, el bien precedentemente expropiado, siendo la transmisión forzosa ("obligada") para el expropiante. En tercer lugar, la retrocesión (a diferencia del derecho de preferencia) es un verdadero control —y esta es, en nuestro criterio, su esencia— que ejerce el antiguo titular del bien expropiado sobre la "legitimidad" —*lato sensu*— de la actuación del sujeto expropiador, en ejercicio de la potestad expropiatoria (control sobre la *causa expropriandi*), pudiendo aquel demandar, judicialmente, la devolución de la cosa que no fue destinada a la obra o servicio determinante de la expropiación. El derecho de preferencia, por el contrario, *no* es un control: no es un control porque surge sólo en un segundo momento, luego que la Administración, con base en motivos de mérito (conveniencia y oportunidad), ha decidido enajenar el bien. Cabría agregar, además, y siempre en materia de control, que como en el caso del derecho de preferencia nos hallamos generalmente frente a un negocio de compra-venta, con un precio, el monto de dicho precio sería fijado —en principio— sin la participación del antiguo titular del bien expropiado, razón por la cual la Administración bien podría "inflarlo", a fin de desanimar al ex-titular del bien, haciendo vano y vacío de todo contenido el derecho que la Ley de Expropiación contempla en su artículo 46.

Quizás un ejemplo sirva para aclarar las cosas aún más. El supuesto de hecho en el cual se evidencia, con mayor claridad, que la naturaleza del derecho de preferencia es sustancialmente diversa a aquella de la retrocesión sería aquel, por lo demás no excepcional, en el cual el sujeto expropiador, habiendo destinado —efectivamente— el bien expropiado al fin primigéneo que determinó la medida, mas habiendo ya cesado la afectación, por haberse logrado el objetivo de utilidad pública, considera oportuno deshacerse del bien, enajenarlo. En este supuesto no procedería la retrocesión, ya que la destinación del bien al fin de interés general ha "legitimado" —por así decirlo— la, expropiación forzosa ya consumada, cumpliéndose así el requisito de la existencia de la *causa expropriandi*, mas —y esto es importante destacarlo— el sujeto cuyo bien fue expropiado sí seguiría conservando el derecho de preferencia en el caso de que la Administración decidiera enajenar el mismo (no pudiendo ésta desconocerlo). Cuando el ente expropiante decide

enajenar el bien expropiado lo hace con base en motivos de oportunidad y conveniencia (recordemos nuevamente que el artículo 46 de la Ley de Expropiación señala, como causales que pueden llevar a la Administración a querer deshacerse del bien, “la naturaleza de la obra de utilidad pública o social a realizarse, o por otras circunstancias...”), profundamente distantes del objetivo de control que sirve de fundamento a la retrocesión.

Ahora bien, cabe preguntarse qué ocurriría en el supuesto de que el sujeto expropiador decidiera enajenar el bien expropiado una vez que se ha verificado una de las causales de procedencia de la retrocesión. A nuestro juicio, sería optativo —alternativo— para el antiguo titular del bien el demandar la devolución (entiéndase retrocesión) porque, por ejemplo, el precio exigido por el expropiador es exageradamente cuantioso, o ejercer el derecho de preferencia legal que le acuerda al artículo 46 de la Ley de Expropiación.

Objeto. Bienes sobre los cuales procede

Como la retrocesión persigue obtener nuevamente la titularidad del bien expropiado, en atención a que éste no fue destinado a la satisfacción de aquellas necesidades generales que motivaron en un inicio el ejercicio de la potestad expropiatoria, por lo cual la expropiación forzosa se revela —a fin de cuentas— inútil, innecesaria, y como según el artículo 101 de la Constitución procede “la expropiación de cualquier clase de bienes”, es necesario concluir que la retrocesión procede, también, sobre cualquier clase de bienes: muebles e inmuebles. La afirmación precedente no sería más que una consecuencia de la afirmación, si bien en materia de expropiación forzosa, del principio de “control global” (de la totalidad) de la actuación administrativa.

Por otra parte, la retrocesión no se circunscribe —a nuestro entender— a la devolución del derecho de propiedad ya que, y ello es bueno tenerlo presente, de conformidad con el encabezamiento del artículo 32 de la Ley de Expropiación la autoridad judicial declara “la necesidad de adquirir el todo o parte de la propiedad o *algún otro derecho*” (el subrayado es nuestro), por lo cual la demanda de retrocesión puede versar sobre derechos expropiados *diversos* a la propiedad¹⁹.

El objeto, pues, es mucho más amplio que aquel que encierra la noción de derecho de propiedad.

Sin embargo, y no obstante las afirmaciones que preceden, debemos aquí destacar que la redacción (el enunciado) de las disposiciones que consagran el derecho de retrocesión, y sus causales naturalmente, responde, por razones de orden histórico (entiéndase mayor importancia de la tierra, de los bienes inmuebles), tanto a nivel de Derecho comparado como de nuestro ordenamiento jurídico, a aquella concepción que veía en la expropiación forzosa un instrumento a través del cual se restringían —fundamentalmente— derechos de un particular sobre bienes inmuebles, y de aquí el empleo de expresiones como la “no realización de *la obra*” y “*porciones sobrantes* del bien expropiado”, que tendremos oportunidad de analizar más adelante (Capítulo VI), acuñadas —indudablemente— teniendo el Legislador en mente los bienes inmuebles, los terrenos. Mas, y esto es fundamental, la circunstancia precisada *supra* no puede llevar a la errónea conclusión que sólo procede la devolución de *bienes inmuebles* no afectados al destino (finalidad) original de la medida expropiatoria, ya que las mismas razones que justifican la retrocesión cuando el bien expropiado es inmueble la justifican —igualmente— cuando el mismo es mueble.

Denominaciones dadas al derecho de devolución por la doctrina comparada

Son múltiples las denominaciones dadas por la doctrina a este derecho, entre las cuales cabe

señalar las siguientes: reversión, derecho de devolución, derecho de readquisición, retroventa *sui generis*, retroexpropiación, retroversión, derecho de retracto, reempción, remisión de la expropiación, *vente à remère*, *retrait conventionnel* y *droit de preemption*, entre otros.

Si bien es cierto que en ordenamientos jurídicos como el guatemalteco y el español se denomina al derecho a obtener la devolución del bien expropiado “derecho de reversión”, circunstancia que es necesario tener presente al estudiar cualquier ley o texto de los países indicados *supra*, hemos optado por seguir la terminología actualmente empleada por nuestro Legislador (que continúa utilizando la denominación que resulta posible hallar en los antecedentes legislativos en materia), vale decir, “derecho de retrocesión”. Esta postura, por lo demás, evita que se confunda el derecho objeto de este estudio con lo que en Venezuela se conoce como reversión (consagrado, a modo de ejemplo, en la Ley Sobre Bienes Afectos a Reversión en las Concesiones de Hidrocarburos, publicada en la *Gaceta Oficial* número 29.577, de fecha 6 de agosto de 1971), y que consiste en que la titularidad de los bienes afectados a una concesión pasa al Estado, una vez extinguida ésta, sin que medie indemnización alguna. Se considera que el fundamento de este derecho de reversión se halla en la naturaleza misma de la concesión, ya que resulta lógico que si el Estado traspa al particular concesionario un privilegio para realizar una actividad que aquel se ha reservado para sí, la compensación por el ejercicio de ese privilegio consiste en que al concluir la concesión reviertan al Estado todos los bienes afectados a aquella²⁰.

III

EL DERECHO DE RETROCESIÓN EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA

Antecedentes legislativos. Del Decreto Ejecutivo sobre Expropiación por Causa de Utilidad Pública, del 10 de diciembre de 1892, a la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, del 25 de junio de 1942

Si bien la retrocesión no se halla consagrada en nuestra actual Ley de Expropiación, esta situación no debe llevarnos a la errónea conclusión de que este derecho no existe en nuestro Derecho positivo, o a afirmar que no contamos en Venezuela con antecedentes legislativos en la materia. En efecto, el Ejecutivo venezolano consagró el derecho a retrotraer el bien expropiado —por vez primera— en el *Decreto Ejecutivo sobre Expropiación por Causa de Utilidad Pública*, dictado por Joaquín Crespo el 10 de diciembre del año 1892, cuyo artículo 11 establecía:

"Cuando la cosa expropiada no fuere destinada a la obra pública para cuya ejecución se acordó su expropiación, el dueño puede retrotraerla devolviendo el precio o indemnización que recibió"²¹.

Esta disposición²² tuvo vigencia hasta el 2 de agosto del año 1909 (casi dos décadas), fecha en la cual fue promulgada la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública, cuyo artículo 49 derogó en forma expresa la "Ley del 10 de diciembre de 1892". Sin embargo, la derogatoria expresa del Decreto Ejecutivo en cuestión no significó la supresión, en nuestro ordenamiento jurídico, del derecho de retrocesión, ya que el artículo 42 de la Ley de 1909 establecía lo siguiente:

"En el caso de no ejecutarse la obra que dio lugar a la expropiación, la cosa expropiada volverá a su antiguo dueño, devolviendo éste el precio recibido, si así le conviniere.

§ Único.— El mismo derecho le corresponde al resolver que se venda cualquier porción que sobrare después de ejecutada la obra"²³.

Esta disposición se mantuvo, si bien varió la numeración de la norma, en las Leyes de Expropiación por Causa de Utilidad Pública promulgadas en fechas 8 de junio de 1912, 25 de junio de 1918, 14 de junio de 1923 y, por último, 9 de junio de 1926.

La Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública promulgada el 14 de julio del año 1936 modificó la norma que durante tantos años había disciplinado el derecho de retrocesión. Establecía el artículo 41 de la referida Ley:

"En el caso de no ejecutarse la obra que dio lugar a la expropiación, u otra de las indicadas en el artículo 11, la propiedad volverá a su antiguo dueño, si así le conviniere, devolviendo el precio recibido.

§ 1º— El mismo derecho le corresponde al resolver que se venda cualquier porción que sobrare después de ejecutada la obra.

§ 2º— El expropiante debe dar principio a la ejecución de la obra en el término de un año, contado a partir del acto de la entrega material de la cosa expropiada".

La Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, de fecha 25 de junio de 1942, es la última ley de la materia en regular —expresamente— el derecho de retrocesión. La Ley establecía en su artículo 42:

“Si transcurrido el término de un año, a partir del acto de la entrega de la cosa expropiada, no se ha dado principio a la ejecución de la obra, el expropiado puede recobrar la finca o el derecho que fue objeto de la expropiación, devolviendo el precio recibido o en el caso de no haberse recibido ningún precio, como lo prevé el artículo 30, pedir que se le otorgue el documento de traspaso.

El mismo derecho le corresponde al propietario al resolverse que se venda cualquier porción sobrante después de ejecutada la obra. En el caso de que hayan transcurrido seis meses después del año a que se refiere este artículo sin que el expropiado haya hecho uso de sus derechos, el expropiante podrá disponer libremente de la propiedad”.

La señalada Ley de 1942 fue derogada, en forma expresa, por el Decreto 219²⁴ de la Junta Revolucionaria de Gobierno, de fecha 21 de marzo de 1946, con lo cual se acabó con una tradición legislativa que superaba los diez lustros. Por otra parte, la vigente Ley de Expropiación, de fecha 4 de noviembre de 1947, no regula la institución de la retrocesión, sino tan sólo las garantías económica y jurídica, así como el derecho de preferencia, a los cuales ya hemos hecho alusión.

10) El silencio de la actual Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Interés Social. Interpretaciones de la doctrina venezolana. La retrocesión como garantía inherente, por ser de la esencia misma, de toda expropiación forzada

El vacío al cual hemos hecho referencia (en el sentido de que nuestra Ley de Expropiación no regula en forma expresa el derecho de retrocesión), llevó a un respetable sector de la doctrina venezolana, encabezado por el Profesor Allan R. Brewer-Carías, a sostener que nuestra legislación no ha recogido la garantía de devolución²⁵. Sin embargo, debe precisarse que esta aseveración fue hecha antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio.

Otra de las posturas susceptibles de ser sostenidas era aquella según la cual²⁶ aun en ausencia de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, el texto del artículo 50 de la Constitución autorizaba a afirmar la existencia del derecho de retrocesión. Establece el referido artículo 50:

"La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos".

Según los sostenedores de esta segunda tesis, cuando el Constituyente consagró en el artículo 50 la posibilidad de ejercer ciertos derechos (denominados por la doctrina *derechos innominados*) sin que fuese necesaria una consagración positiva expresa o una ley que los reglamentara, previó tal posibilidad con una gran amplitud, lo cual permitía aseverar que la retrocesión es uno de los así llamados “derechos innominados”, que cabe entender comprendidos en el texto de la norma, razón por la cual el silencio de la Ley de Expropiación no era óbice que impidiera al particular su ejercicio. Sin embargo, somos del criterio que la consagración constitucional de los llamados derechos innominados se circunscribe a una determinada categoría de derechos, cuya nota distintiva o característica consiste en que sean “inherentes a la persona humana”, característica —a nuestro

juicio— ausente, o al menos de muy discutible existencia, en el derecho de retrocesión.

Por nuestra parte, somos del criterio que el silencio del Legislador *no* autorizaba a afirmar la inexistencia del derecho sobre el cual versa este estudio, no por la disposición contenida en el artículo 50 de la Constitución, sino porque el instituto de la retrocesión es de la esencia misma de la expropiación. Ahora bien, ¿qué significa para nosotros el afirmar que el derecho de retrocesión, es decir, la posibilidad de readquirir el bien expropiado, es de la esencia misma de la expropiación forzosa, de toda expropiación forzosa? ¿Cuáles son los fundamentos de nuestra aseveración? Comencemos formulando las que, a nuestro entender, constituyen las premisas de la afirmación que precede.

a) En primer lugar, es menester recordar que la potestad expropiatoria, como toda potestad pública, requiere, para que su ejercicio sea válido y conforme a Derecho (es decir, legítimo), que el ente expropiador, al cual la ley otorgó dicha potestad, la ejerza para alcanzar, para el logro, de los objetivos establecidos, perseguidos, por el ordenamiento jurídico. Es éste requisito de sujeción al Derecho, y en concreto el respeto de aquel fin (entendido como destino dado al bien) que determinó el ejercicio de la potestad expropiatoria, el que permite controlar el ejercicio en comento, en aquellos casos en los cuales el expropiante se aparte de la intención de la ley —*lato sensu*—, no dando al bien expropiado el destino que resultó determinante para que fuese, en su momento, restringida la titularidad sobre un bien que, en el caso del derecho de propiedad, garantiza nuestra Constitución.

b) De conformidad con un fallo de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, de fecha 24 de febrero de 1965, la expropiación forzosa “se desenvuelve a través de un procedimiento especial, cuyo objeto esencial” (más no el único) “es llegar a la *transferencia* del dominio del bien expropiado”²⁷ (el subrayado es nuestro).

Gratia arguendi, la Constitución de 1961 consagra el derecho de propiedad en su artículo 99 y, en atención a su función social, lo somete a contribuciones, restricciones (como la expropiación) y obligaciones legales, todas ellas limitaciones —*lato sensu*— que nuestro Constituyente permite, siempre y cuando se persigan fines de utilidad general, de interés colectivo. Y el artículo 101 de la Constitución, en este orden de ideas, somete el ejercicio de la expropiación a la existencia de una “causa de utilidad pública o de interés social”, únicas razones o motivos que justifican la restricción de la titularidad del derecho de propiedad y otros derechos, a través del empleo de la expropiación forzosa. Por lo tanto, y con base en los razonamientos que preceden, resulta forzoso concluir que nuestro Constituyente consagró el derecho de retrocesión, de manera virtual o implícita, por vía de consecuencia (*eadem vis taciti atque expressi*), desde el momento mismo en que sujetó, en que condicionó, el ejercicio de la potestad expropiatoria a la consecución de una finalidad de utilidad pública o interés social, razón por la cual el ex-titular del bien expropiado se halla legitimado para demandar la devolución del mismo en caso de que los señalados motivos de utilidad pública o interés social llegaran, de alguna manera, consumada la expropiación, a desvirtuarse.

c) Debe tenerse siempre presente que la expropiación no es más que un instrumento para realizar fines específicos de utilidad pública o interés social y que, como medida excepcional que es, sólo debe subsistir el tiempo en la medida en que perduren los fines que la determinaron²⁸.

En otras palabras, resulta lógico que la titularidad sobre un bien de un particular sea restringida, siempre y cuando el sacrificio de dicho sujeto, sacrificio consistente en verse privado de un bien que se hallaba en su patrimonio, se traduzca en la realización de una obra que resulte beneficiosa para el conglomerado social. Y en el caso que el mencionado sacrificio no se traduzca en beneficio alguno, visto que el bien no es destinado a aquel fin que justificó el ejercicio de la potestad expropiatoria, o, en todo caso, que el mencionado sacrificio (cuantitativamente hablando) se revele

excesivo, visto que a la realización de la obra bastaba la expropiación de tan sólo una parte del bien expropiado, la medida (o una parte de ella, por así decirlo) se revela inútil, y su permanencia absurda, carente de todo fundamento, transgresora de aquella norma constitucional que garantiza el derecho de propiedad, al establecer las causas o motivos que justifican su extinción, mas sólo en vista de la efectiva realización de una obra de beneficio común. Es en este sentido que cabe afirmar que el *logro* (entiéndase por logro la persecución, el observar una conducta consecuyente y coherente) de los fines de utilidad pública o interés social (*causa expropriandi*) “condiciona” la permanencia de la medida expropiatoria, ya que el sujeto expropiador está obligado a destinar el bien expropiado al fin (específico) que justificó la excepcional medida. La causa es, pues, el logro efectivo del fin perseguido, del fin que determinó el ejercicio de la potestad, fin cuyo cumplimiento, cuyo respeto, tanto la Constitución como la Ley de Expropiación han establecido como deber (“obligación”) del sujeto expropiador.

Ahora bien, procedamos a adminicular los razonamientos realizados *supra*. Parece lógico aseverar, establecidas las premisas que preceden, es decir: a) que la potestad expropiatoria (su ejercicio) debe perseguir la satisfacción de aquellas necesidades colectivas (calificadas por la Ley como motivos de “utilidad pública o interés social”) que, en su momento, justificaron el mencionado ejercicio, lo cual exige, en definitiva, el logro del fin concreto establecido en el decreto de afectación, mediante la realización de la obra; b) que la importat-cia o entidad de las señaladas necesidades faculta al sujeto expropiador a “limitar” derechos como la propiedad, de rango constitucional; c) que los efectos que la expropiación forzosa produce, así como la permanencia de los mismos, se justifica en atención a los beneficios que la colectividad obtendrá de la obra a ejecutarse; y, d) con base en la argumentación según la cual la expropiación se justifica en atención a que el sacrificio impuesto a un administrado se traduce en beneficio del grupo social, el derecho de retrocesión debe considerarse de la esencia misma de toda expropiación forzosa pues, careciendo de sentido —en determinados supuestos— que ésta continúe produciendo efectos (bien sea en todo o en parte), lo razonable, lo justo, es que el sujeto expropiado pueda recobrar aquel bien del cual se le privó, según demostró el transcurso del tiempo, injustificadamente.

En definitiva, pues, los efectos de la expropiación forzosa han de subsistir sólo en la medida en que se le dé, al bien expropiado, aquel destino original que motivó la emanación del decreto de afectación. El sujeto expropiador está en el deber de utilizar el bien expropiado para —insistimos— el fin concreto establecido en el decreto de expropiación, para así atender, tutelar, los intereses del grupo social. Y la retrocesión, el derecho de devolución, no es más que una posibilidad —si bien *a posteriori*— de control, otorgada a determinados sujetos, que permite verificar si el sujeto expropiante ha sujetado su actuación al fin concreto de interés colectivo perseguido al tomarse la medida expropiatoria, y dirigida a evitar la transgresión del Derecho por parte del ente expropiador.

El derecho de retrocesión y la figura del decaimiento de la afectación (artículo 106 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal). Diferencias. Breve análisis del artículo 64 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio

Es necesario tener clara la diferencia que existe entre el derecho de retrocesión y las figuras disciplinadas en las disposiciones contenidas en el artículo 106 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, así como el Parágrafo Único del artículo 64 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio²⁹.

De conformidad con el artículo 106 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal:

“Cuando con la promulgación de un Plan de Desarrollo Urbano Local se afecten terrenos de propiedad privada para uso recreacional, deportivo,

asistencial, educacional o para cualquier uso público que implique la extinción del derecho de propiedad, el Municipio o Distrito deberá proceder de conformidad con la Ley respectiva.

El Decreto establecerá un plazo para la ejecución de la expropiación, que en ningún caso excederá al establecido en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, vencido el cual, sin que se hubiese procedido en consecuencia, se considerará sin efecto dicha afectación y el Municipio o Distrito deberá indemnizar a los propietarios por los daños y perjuicios debidamente demostrados por las limitaciones al uso de sus propiedades, regulando para éstas un uso compatible con el Plan de Desarrollo respectivo.

Esta disposición no es aplicable cuando la afectación resulte de un Plan de Parcelamiento o Urbanismo”.

La disposición transcrita supra vino a reemplazar, por así decirlo, aquella establecida en el artículo 85 de la hoy derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal del año 1984^{30. 31 32 33}.

Como se observa, el supuesto regulado por la norma ocurre —en el plano temporal— con anterioridad a la consumación definitiva de la expropiación forzosa, y hace alusión al agotamiento del *in commento* Plan de Desarrollo Urbano Local, o “decaimiento de la afectación”.

El antecedente de la norma transcrita *supra* lo constituyen las denominadas por el Profesor Brewer-Carías “afectaciones eternas”³⁴. En éstas, la finalidad perseguida por el sujeto expropiador no era la ejecución dentro de un lapso de tiempo prudencial, razonable, de la obra o servicio, sino que, por el contrario, el expropiante, a sabiendas que la Ley toma como punto de referencia temporal el Decreto de afectación, a los fines de establecer el monto de la justa indemnización, dictaba un acto sin contar con los recursos financieros necesarios, así como tampoco con los planes de la obra que iba a realizarse, con el único propósito de lograr congelar el valor del bien a expropiar. La Administración viciaba el decreto de afectación, al perseguir con éste una finalidad distinta a la de expropiar, con lo que la doctrina administrativa conoce como “desviación de poder”.

Tal y como se aprecia de la síntesis realizada sobre las ideas del Maestro Brewer-Carías, acerca de las afectaciones eternas, el aspecto temporal no es la única diferencia entre la retrocesión y el supuesto contenido en el artículo 106, arriba transcrito. En efecto, y continuando el razonamiento sobre la base del precedente constituido por las “afectaciones eternas”, antecedente éste indiscutible de la disposición contenida en el artículo 106 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, es posible aseverar que la norma *in commento* establece, implícitamente, en el supuesto que los Municipios incumplan el deber legal de dar inicio al proceso expropiatorio (“ejecutar la expropiación”) dentro del término de tres (3) años, contenido en el artículo 64 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, un a “presunción” (es ésta la verdadera *mens legis*) de “ilegitimidad” de la actividad administrativa del sujeto expropiador y, en consecuencia, decreta el agotamiento del acto mediante el cual se procedió a la afectación del bien (o bienes) necesarios para la obra de interés general³⁵. En otras palabras, el transcurso inútil del tiempo, sin que se dé inicio al proceso expropiatorio, hace “presumir” la existencia del vicio de desviación de poder (vicio que hace anulable al acto), ya que la finalidad perseguida por el expropiador no era la de expropiar. En la retrocesión, por el contrario, no cabe hablar de desviación de poder, sino de una desaparición superveniente de la *causa expropiandi*, tornándose —en consecuencia— ineficaz la expropiación que en un principio se hallaba exenta de vicios y surtía plenos efectos.

Por otra parte, la retrocesión es un derecho en virtud del cual se pretende recobrar el bien que fue expropiado, un derecho con base en el cual se intenta una acción ante el tribunal competente,

mientras que el decaimiento de la afectación —por su parte— es, en principio, una defensa o excepción del aún titular del derecho frente al ente expropiador, defensa fundamentada en el artículo 26 de la Ley de Expropiación y enmarcada dentro de la llamada garantía jurídica ya analizada o, en todo caso, por sus consecuencias, en la garantía económica.

Finalmente, si bien en ambos derechos juega un papel importante el transcurso del tiempo (en la retrocesión tan sólo en uno de los supuestos analizados *infra*), es importante tener presente que la retrocesión se ejerce en el marco de un procedimiento propio y como cuestión principal, mientras que la defensa contemplada en el artículo 106 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal es, en principio, una excepción que se opone en el acto de contestación (oposición) a la solicitud de expropiación, en el marco del procedimiento expropiatorio.

No debe olvidarse que en el caso del decaimiento de la afectación el sujeto (en este caso el actual titular) recobra —totalmente— todas aquellas facultades inherentes al derecho (y no el derecho mismo, ya que aún no ha ocurrido la “transmisión” forzosa de la titularidad) que pudieran haber resultado limitadas³⁶, como es el caso de la facultad de uso de la propiedad en relación a construcciones ya que, en los casos de inmuebles afectados, las autoridades municipales se niegan —frente a la afectación— a conceder permiso alguno de construcción. Es más, con la reciente promulgación de la nueva Ley Orgánica de Régimen Municipal los propietarios tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios —debidamente demostrados— que la limitación al uso de sus propiedades, producto de la afectación, haya podido ocasionarles, y no sólo eso, ya que el órgano municipal debe —además— regular, para las propiedades precedentemente afectadas, un uso compatible con el Plan de Desarrollo.

Si bien la norma comentada *supra* está referida exclusivamente al ámbito municipal, el Legislador venezolano consagró en la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, artículo 64, una norma — con ámbito de “aplicación subjetiva” mucho mayor— que exige se inicie el proceso expropiatorio dentro de un lapso breve, una vez dictado el Decreto de afectación. Según el referido artículo 64:

“Cuando la ejecución de los planes de ordenación del territorio implique la extinción del derecho de propiedad, las autoridades respectivas competentes deberán proceder a decretar la expropiación conforme a la ley especial.

A tal efecto, en el Plan respectivo de Ordenación del Territorio se deberá establecer un lapso para la ejecución de la expropiación correspondiente, cónsono con la naturaleza y alcance de la actividad a realizar. Cuando el lapso sea superior a tres años, la autoridad competente deberá establecer un régimen transitorio de uso efectivo de la propiedad afectada.

Parágrafo Único: Vencido el lapso para la ejecución de la expropiación previsto en el Decreto respectivo, sin que los entes públicos competentes hubieren procedido consecuentemente, se deberá indemnizar al propietario por las limitaciones al uso de su propiedad y deberá reglamentarse un uso compatible con los fines establecidos en el plan respectivo”.

Si bien esta norma no prevé el decaimiento de la afectación, constituye un remedio legal al ya comentado problema de las afectaciones eternas. Nótese que nuestro Legislador no estableció un lapso único dentro del cual debía el expropiador proceder a iniciar el procedimiento, sino que dejó tal determinación al Plan de Ordenación del Territorio correspondiente.

En el supuesto del artículo 64 no se otorga al propietario la posibilidad de oponer, en el acto de Contestación de la solicitud de expropiación, el transcurso inútil del tiempo y su consecuencia: agotamiento del Decreto de afectación. Por el contrario, en esta norma el Legislador consideró fundamental el tutelar la garantía económica (nótese que el Decreto de afectación sigue produciendo efectos aun en el supuesto de que transcurra íntegramente el lapso), obligando al expropiante a indemnizar al propietario, por los perjuicios que las limitaciones al uso de la propiedad hayan podido ocasionarle.

En todo caso, saltan a la vista las diferencias entre la retrocesión y el derecho consagrado en la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, artículo 64, entre otras:

a) En el artículo 64 se prevé el derecho a ser indemnizado por las limitaciones al uso de la propiedad, el pago por los perjuicios causados, mientras que la retrocesión, que no se limita sólo al derecho de propiedad, busca —utilizando la terminología de nuestro Constituyente— el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva lesionada por la actividad administrativa: la devolución, al antiguo titular, del derecho expropiado.

b) Si bien en ambos casos se trata de mecanismos de control —*lato sensu*—. sobre la actividad de la Administración y su incidencia sobre la esfera jurídica del administrado, uno de ellos surge con posterioridad a la consumación de la expropiación forzosa (retrocesión), mientras que el derecho a ser indemnizado nace con anterioridad a la efectiva consumación de la medida expropiatoria, siendo como una suerte de control sobre la justicia de la indemnización.

c) Como consecuencia de la diferencia señalada precedentemente, en la retrocesión el legitimado para el ejercicio del derecho es el ex-titular que busca la devolución del bien. En el artículo 64 el sujeto titular del derecho a ser indemnizado por los perjuicios sufridos sería el actual propietario, el actual titular del bien.

d) Mientras que en la retrocesión la expropiación forzosa se torna ineficaz, por la desaparición de la *causa expropriandi*, en el supuesto del artículo 64 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio el propietario sólo tiene derecho a ser indemnizado por las limitaciones al uso de la propiedad, sin incidencia sobre la validez o eficacia del Decreto de afectación y, consecuentemente, sobre el procedimiento expropiatorio.

Tal y como se señaló precedentemente, el ámbito de “aplicación subjetiva” de esta disposición es mucho más amplio que aquel al cual se refiere el artículo 106 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, circunscrito sólo a las expropiaciones realizadas por los Municipios. Sin embargo, el artículo 64 ahora analizado se refiere —únicamente— a las expropiaciones que versen sobre inmuebles, quedando fuera de la regulación el problema de las “afectaciones eternas” en materia de bienes muebles como, *ad exemplum*, el derecho de autor (artículo 1º de la Ley Sobre Derecho de Autor)³⁷.

Consagración legal en Venezuela del derecho a la retrocesión. Análisis del artículo 69 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio. La retrocesión como derecho de rango constitucional

De conformidad con el artículo 69 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, única norma en la cual se encuentra actualmente consagrado en forma *expresa* el derecho de retrocesión:

“Los terrenos de cualquier clase que se expropien por razones urbanísticas,

deberán ser destinados al fin específico establecido en el plan correspondiente.

Si se pretende modificar su afectación o se agotara la vigencia del plan sin haber cumplido el destino a que se afectaron, procederá la retrocesión de los terrenos con arreglo a lo que disponga la ley de la materia³⁸.

La disposición transcrita *supra* debe ser analizada desde diversos puntos de vista. El análisis demostrará la relevancia de considerar, tomando como fundamento los artículos 99 y 101 de la Constitución, que la retrocesión es un derecho de la esencia de toda expropiación y que su tutela, por lo tanto, no requiere consagración legal expresa.

En primer lugar, es necesario destacar que la norma está contenida en una Ley Orgánica, circunstancia que, por imperativo de la regla general contenida en el artículo 163 de la Constitución, obliga a que las leyes que se dicten en materias reguladas por leyes orgánicas se sometan a las normas de éstas, y “evidentemente todos aquellos supuestos de hecho cuya consecuencia jurídica señale una ley orgánica es materia regulada por ésta”³⁹. En otras palabras, la futura acción del Legislador en materia de expropiaciones urbanísticas (y, naturalmente, derecho de retrocesión) deberá seguir las directrices, estará condicionada, tanto por aquello que se infiere de la Constitución, como por lo consagrado expresamente en el artículo 69 *in commento*, ya que la Ley Orgánica goza de una jerarquía o rango superior (dentro de la estructura piramidal de creación del Derecho, de Hans Kelsen) al de las leyes nacionales “ordinarias”, y ante una eventual colisión entre la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio y la Ley de Expropiación —en lo referente al derecho de retrocesión— tal colisión debe resolverse con la aplicación “preferente de la norma de mayor jerarquía, y no de acuerdo con la regla de la aplicación preferente de la ley especial, que sirve para resolver el conflicto entre normas de la misma jerarquía”⁴⁰.

En segundo término, cabe señalar que el artículo analizado es una norma programática, una disposición que precisa —por mandato del Legislador— de una Ley de Expropiación que desarrolle el consagrado derecho de devolución. En efecto, cuando el artículo 69 establece que procederá “la retrocesión de los terrenos con arreglo a lo que disponga la legislación de la materia”, pareciera se condicionara la procedencia del derecho de devolución, cosa que se demuestra carente de todo fundamento, al ulterior desarrollo legislativo del mismo. En efecto, *gratia arguendi*, el derecho de amparo (consagrado, al igual que el derecho de retrocesión, en la Constitución venezolana), es decir, su ejercicio, exigía también —de acuerdo a los términos de la disposición contenida en nuestra Constitución— una ley previa que lo desarrollara, mas los tribunales venezolanos, atendiendo a la circunstancia de que habían ya transcurrido más de 25 años desde la entrada en vigencia del Texto Fundamental sin que se hubiese procedido a dictar la ley que regula el amparo, comenzaron a declarar procedente los recursos de amparo constitucional interpuestos, en lo que ha constituido uno de los desarrollos jurisprudenciales recientes más interesantes en Venezuela.

La retrocesión, por su parte, como ha sido señalado, y será ulteriormente desarrollado *infra*, también es un derecho de rango constitucional, al igual que el amparo, y su fundamento se halla en el artículo 101 de la Constitución, ya que desde el preciso momento en que el Constituyente condicionó el ejercicio de la potestad expropiatoria a la consecución de una finalidad de utilidad pública o interés social, el derecho de devolución está consagrado, por vía de consecuencia, de manera virtual o implícita (*Eadem vis taciti atque expressi*) en nuestra Carta Fundamental.

En tercer y último lugar, la retrocesión consagrada en la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio sólo está referida a los *terrenos* (bienes inmuebles) que se expropian por razones urbanísticas, dejando de lado gran número de expropiaciones en las cuales la causa determinante del ejercicio de la potestad expropiatoria no son motivos urbanísticos.

No resulta, pues, intrascendente la defensa de la tesis según la cual se considera la retrocesión como un derecho inherente a la expropiación forzosa, a toda expropiación forzosa, frente a una consagración legal parcial (referida a un tipo de expropiaciones y limitada a terrenos), y que puede considerarse requiere un desarrollo legislativo posterior (como norma programática); amén de que alguien considerara, y este es un tercer argumento para defender la tesis de la retrocesión como derecho inherente a toda expropiación, que la ley que rige el derecho de devolución es aquella vigente para el momento en que se expropió el bien, ya que —de ser así— el derecho de devolución no podía ser reconocido en aquellos casos en los cuales la expropiación forzosa inútil se hubiese llevado a cabo durante el período comprendido entre la fecha en la cual se derogó la Ley de expropiación del año 1942, y aquella de la promulgación de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, ya que el derecho de retrocesión no estuvo consagrado “positivamente” (más exacto resultaría decir *expresamente*) durante el período señalado.

Como señalamos *supra*, aun con la modificación de la Ley de Expropiación y consiguiente consagración de la retrocesión para *toda* expropiación, la tesis según la cual el derecho de devolución se halla consagrado, de manera virtual, en la Constitución venezolana, constituye base sólida para fundamentar la existencia y procedencia del señalado derecho, incluso en contra de aquel criterio (absolutamente minoritario en el Derecho comparado) que considera que la retrocesión —como derecho— debe hallarse legalmente consagrado para el momento en que se expropia⁴¹.

Si en el ejercicio de la potestad expropiatoria es requisito esencial la existencia de la *causa expropriandi*, se deduce que su desaparición debe conducir a que cesen los efectos de una expropiación forzosa que el tiempo ha demostrado inútil, ya que el logro del fin que determinó la expropiación constituye un deber para el ente expropiador, cuyo incumplimiento desnaturaliza la medida expropiatoria, entendida como instrumento para alcanzar fines de utilidad general; y como contrapartida del deber a cargo del expropiante, el antiguo titular tiene un derecho correlativo a rescatar un bien de cuya titularidad fue privado sin que éste fuese destinado a satisfacer el interés general. Por otra parte, si la expropiación es una medida excepcional, en virtud de la cual el Estado puede restringir un derecho de rango constitucional, el interés particular debe ceder ante el interés general *siempre y cuando*, y esto no es más que una consecuencia lógica, el interés particular sacrificado conduzca a beneficiar a la colectividad. De las ideas precedentes cabe concluir que es consecuencia lógica de lo excepcional de la expropiación, así como de la necesidad de la existencia del elemento causa, que existe un derecho implícito o virtual (en toda expropiación), consecuencia de lo establecido en los artículos 99 y 101 de la Constitución, que legitima al antiguo titular del bien o derecho expropiado para lograr su retrocesión si desaparece, en forma superveniente, la *causa expropriandi*.

La postura asumida tiene evidentes ventajas, sobre todo si se tiene presente que nos hallamos dentro del marco jurídico de un Estado de Derecho, en el cual resulta necesario el poder controlar que la actuación de los Poderes Públicos se ajuste a la ley; así: a) permite concluir la existencia de la retrocesión en toda expropiación y no sólo en las urbanísticas; y, b) por no tratarse de una norma programática, el desarrollo de un procedimiento compatible no queda librado a la siempre tardía actuación del Legislador venezolano, pudiendo llegar a ser producto, fruto, de decisiones judiciales, sin que pudiera alegarse, como ya lo afirmamos, que el ejercicio del derecho exige la previa consagración legal del procedimiento⁴².

IV FUNDAMENTO DEL DERECHO DE RETROCESIÓN

La expropiación forzosa como instrumento para el logro de objetivos (fines) de utilidad general. Cese de las razones de utilidad colectiva que motivaron la medida expropiatoria, y consiguiente derecho a rehaber el bien cuya expropiación no condujo a un beneficio general

Siguiendo a Canasi⁴³, cabe afirmar que el derecho de retrocesión “tiene raíz constitucional implícita: no se concibe una utilidad pública (o interés social) que pueda desaparecer o deformarse a *posteriori* de la expropiación”. Es necesario, pues, que el objetivo perseguido se realice, de lo contrario la razón misma que justifica la “transferencia coactiva” (*la restricción*, en sentido técnico) de la titularidad del bien desaparece.

El Tribunal Supremo español, en sentencia de fecha 25 de junio de 1957⁴⁴, estableció que los efectos de la expropiación, medida excepcional que se constituye en una limitación al derecho de propiedad consagrado en la Constitución, “sólo deben subsistir el tiempo en la medida que perduren los fines que la determinaron”. Tal conclusión no es más que la consecuencia lógica de entender la expropiación forzosa como instrumento que permite realizar fines determinados que el ordenamiento jurídico considera (o, mejor dicho, califica) de utilidad pública e interés social. Así, el ejercicio de la potestad expropiatoria resulta, en definitiva, condicionado por la persecución, por el respeto, de los objetivos establecidos en el decreto de expropiación (entiéndase realización de tal o cual obra), razón por la cual resulta necesario el poder controlar toda la actuación (en sentido amplio) del sujeto expropiante, y de modo particular aquella que se aleje de los objetivos cuyo logro se consideró importante al momento de efectuar la expropiación forzosa.

La expropiación forzosa, como medida extraordinaria que faculta al Estado para restringir, entre otros, el derecho de propiedad consagrado en nuestra Constitución, halla su fundamento jurídico en que el bien expropiado es necesario para la realización de la obra de interés público. Ahora bien, si con posterioridad a la expropiación la “Administración” no realiza la obra señalada en el decreto de afectación, o si realizada ésta quedan porciones sobrantes del bien expropiado, desaparece —en todo o en parte— el fundamento de la medida, siendo lógico, justo y equitativo que el ex-titular pueda readquirir su bien (o aquella porción del mismo no utilizada), visto que éste —en realidad— ya no aparece necesario para lograr la satisfacción del interés colectivo.

Al titular del bien se le restringe su derecho por un imperativo social: la realización de una obra de utilidad pública o interés social. Si cesan las razones de utilidad colectiva (*essentialia*) que determinaron la adquisición forzosa, por parte del Estado, de la propiedad privada u otro derecho, es lógico que la titularidad del bien expropiado retorne a su antiguo titular.

Si la expropiación es el instrumento mediante el cual el “Estado” adquiere un bien de un particular, y si el ejercicio de tal potestad expropiatoria sólo se realiza en atención a los fines de utilidad pública o interés social que el Legislador establece, forzoso es concluir que el deber de destinar el

bien o derecho al fin determinante de la medida es de la esencia misma de la expropiación, cosa ésta que nadie discute. Ahora bien, si es cierto que todo deber tiene un derecho correlativo, derecho en este caso del particular, debe concluirse, por consiguiente, que la retrocesión también es de la esencia de la expropiación, con la misma jerarquía y naturaleza constitucional de la "obligación" a cargo del expropiador, aun cuando sea implícito: *"Eadem vis taciti atque expressi"*.

V NATURALEZA JURÍDICA

Diversas posiciones asumidas por la doctrina comparada

A) Condición Resolutoria

Según esta primera posición, la retrocesión sería una condición resolutoria de la expropiación forzosa. Esta postura fue asumida por el Tribunal Superior español en sentencia de fecha 9 de junio de 1933, fallo en el cual se afirmó que “el derecho a reversión de las fincas objeto de expropiación no viene a ser otra cosa que una condición resolutoria, creada por la Ley, impuesta previo el cumplimiento de los trámites y preceptos reglamentarios”⁴⁵.

El derecho de retrocesión entraña la posibilidad de dejar sin efecto la “transmisión” forzosa operada en virtud de la expropiación, ya que la eficacia de la medida está supeditada al *real, efectivo y total destino del bien* expropiado a la obra o servicio que la motivó. Si la “transferencia” operada por efecto de la medida expropiatoria estuviera condicionada resolutoriamente, si nos hallásemos —verdaderamente— frente a un supuesto cuya naturaleza sea aquella de una condición resolutoria, el verificarse de la condición debería restituir a cada una de las partes en la *idéntica* posición patrimonial en la cual se hallaban al momento de verificarse la expropiación, mas un análisis jurídico demuestra que no es así. Veamos a continuación el por qué.

De conformidad con el artículo 1.197 del Código Civil venezolano, “la obligación es condicional cuando su existencia o resolución depende de un acontecimiento futuro e incierto”, precisando el artículo 1.198 *eiusdem*, en cuanto a sus efectos, que “es resolutoria, cuando verificándose, repone las cosas al estado que tenían, como si la obligación no se hubiese jamás contraído”. Ahora bien, para comprender por qué la retrocesión *no* responde a los caracteres de la condición resolutoria, basta adminicular los ya transcritos artículos del Código Civil con lo dispuesto en el Aparte Único del artículo 40, así como el artículo 8º, ambos de la Ley de Expropiación, según los cuales “si existiesen créditos privilegiados o hipotecarios sobre los inmuebles expropiados, aquellos se trasladarán al respectivo precio”, por lo cual “no podrá intentarse ninguna acción sobre la cosa que se expropia, después que haya sido dictada la sentencia que acuerda la expropiación; los acreedores sólo podrán hacer valer sus derechos sobre el precio”. El expropiante adquiere la cosa, pues, de manera originaria, libre de todos aquellos gravámenes que sobre la misma pudieran haber existido.

De ser la retrocesión una condición resolutoria de la expropiación forzosa habría que concluir, por mandato del artículo 1.198 del Código Civil, que las cosas se reponen al estado que tenían, como si la expropiación no se hubiese verificado —efectos *ex-tunc*— y que, por lo tanto, los créditos privilegiados e hipotecarios garantizados con el bien expropiado volverían a gravar (renacerían) —*ipso iure, vit et potestate le gis*— el bien sobre el cual, por obra de la sentencia dictada en el juicio expropiatorio, ya no pesaba gravamen alguno, lo cual resulta, sencillamente, absurdo. El privilegio o garantía ya se trasladó sobre el monto de la justa indemnización, por lo cual no podría renacer, y por lo demás resultaría un contrasentido, ya que no hay mayor seguridad que aquella que brinda para el acreedor una garantía constituida sobre dinero efectivo.

Por otra parte, la tesis de la condición resolutoria no logra explicar, satisfactoriamente, el supuesto en el cual el derecho de devolución procede sobre aquellas porciones sobrantes de bienes que,

una vez expropiados, son tan sólo utilizados en parte por el expropiador. En efecto, de hallarnos frente a un fenómeno de condición resolutoria es indudable que el sujeto expropiador no podría aspirar, llegado el momento de la devolución recíproca de prestaciones, momento este en el cual halla satisfacción la pretensión del antiguo titular del bien expropiado, a que la parte sobrante del bien expropiado (una vez realizada la obra de utilidad pública o interés social) fuese valorada, a los efectos del cálculo del *quantum* de la justa indemnización, con base en nuevos elementos de juicio, apreciándose —de tal manera— el mayor o menor valor adquirido por el bien en virtud de su proximidad a la obra ejecutada, como sería, *ad exemplum*, en el supuesto de que el bien cuya devolución se demanda se hallase cercano a una autopista. Más aún, carecería de sentido que el Legislador consagrara como causal de retrocesión el que sobrasen partes del bien expropiado, ya que si como condición resolutoria repone las cosas al estado que tenían, su verificación sólo podría producir la readquisición total del bien. En otras palabras, iría en contra de su naturaleza de condición resolutoria el que la medida expropiatoria subsistiera sólo sobre parte del bien.

No obstante todas las consideraciones aquí realizadas, resulta necesario tener siempre presente que la consagración positiva del derecho de retrocesión en el ordenamiento jurídico venezolano introduce en el seno del mecanismo expropiatorio, en la permanencia de los efectos de la "transferencia" consecuencia de la expropiación forzosa, un elemento de incertidumbre. Incertidumbre, ya que los efectos de la medida sólo subsistirán en tanto y en cuanto se destine el bien expropiado a la satisfacción (a través de la realización de la obra) del interés colectivo cuya tutela determinó el ejercicio de la potestad expropiatoria. Si el ente expropiante incumple el deber *in commento* (y cabe preguntarse qué certidumbre puede haber de ello al momento de expropiar) se impone la cesación de los efectos de la medida que el tiempo reveló innecesaria. Mas, que quede claro, no se trata de una concesión hecha a los sostenedores de la tesis de la condición resolutoria, ya que la incertidumbre no debe nunca confundirse con la condicionalidad⁴⁶.

B) Retracto Legal de Derecho Público

La retrocesión como retracto legal de Derecho público con especiales características⁴⁷. Los autores que apoyan esta tesis equiparan el derecho de devolución a una figura del Derecho privado, pero haciendo la precisión de que como retracto legal de Derecho público tiene especiales características.

En primer lugar, cabe criticar a esta posición que el retracto legal es una figura que opera en el contrato de compra-venta, y en la cual se busca proteger a un tercero extraño al contrato (que, si bien tiene una relación concreta con el bien, no es el dueño de la cuota vendida), en razón de su carácter de comunero, mientras que la expropiación forzosa no supone acuerdo de voluntades, en que el sujeto expropiador le resulta irrelevante quién es el titular del bien (en la compra-venta hay dos sujetos plenamente identificados), y —como si fuera poco— en que en la retrocesión el sujeto protegido es el antiguo titular del bien. Además, puede no existir en la retrocesión el elemento o característica de que la titularidad del bien corresponda a varias personas (comuneros). Como se observa, son demasiadas las diferencias para poder asimilar una y otra figura jurídica.

Para Fuentes Sánchez⁴⁸, la retrocesión es un derecho real de adquisición que no puede confundirse con el retracto, pues el precio se fija en el momento del ejercicio ^{49 50 51 52 53}.

C) Desviación de Poder

Un grupo de autores ha señalado que la naturaleza del derecho de retrocesión o recobro consiste en ser una cautela contra las desviaciones del fin propuesto (Maironnier y Baudry)⁵⁴. Esta «desviación del fin propuesto» no sería más que el vicio de la desviación de poder: la autoridad administrativa utiliza los poderes que la ley le confiere, mas con una finalidad diversa a aquella en

vista de la cual le han sido conferidos⁵⁵; un vicio que atiende al carácter subjetivo de la actuación administrativa, a la intención del expropiante; un vicio que no se manifiesta, generalmente, en forma evidente, al contrario de lo que acontece con los vicios de forma del acto administrativo.

Miguel Marienhoff, por su parte, afirma que "la retrocesión tiene substancialmente lugar a raíz de una *desviación de poder*: el bien o cosa destinado por el Legislador para satisfacer determinado uso, para llenar una concreta necesidad de utilidad pública, es destinado por la Administración Pública a un uso o utilidad distintos, o no es afectado a uso alguno de interés público"⁵⁶.

El vicio de desviación de poder, sancionado por la disposición contenida en el artículo 20 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos con la anulabilidad⁵⁷ del acto administrativo, supone que *la potestad pública* atribuida a la "Administración" sea utilizada para lograr fines distintos a los consagrados en la ley.

Ahora bien, como punto previo que permita, junto a los razonamientos que siguen, demostrar la no correspondencia de la retrocesión a la figura de la desviación de poder, establezcamos una primera premisa: el vicio de la desviación de poder, en nuestro parecer, debe (entiéndase *sólo puede*) surgir, manifestarse, con anterioridad a la emanación o, en todo caso, contemporáneamente al dictado del decreto de afectación, es decir, *ab-origine*. Dicho en otras palabras, la desviación de poder, como vicio de fondo de la decisión tomada por la Administración Pública y contenida en el acto administrativo, surge en la fase durante la cual se forja, unilateralmente, la voluntad administrativa y, por ende, mal podría surgir *ex-post*, una vez que la voluntad de la Administración, en todo conforme a Derecho, se haya exteriorizado.

La circunstancia señalada, vale decir, que la desviación de poder, como vicio de la actuación administrativa, no puede surgir con posterioridad a la emanación del acto administrativo, y hallándose la Administración Pública en la fase de ejecución del mismo, se desprende del dicho de la doctrina administrativa mayoritaria⁵⁸. Además, cabe agregar que si el vicio en la finalidad no surgiera con anterioridad a la emanación del acto, su surgimiento posterior *no* podría acarrear, en momento alguno, de conformidad con lo que constituye un principio general del Derecho, recogido en Venezuela en los artículos 206 y 207 del Código de Procedimiento Civil, la nulidad de lo ya actuado, legítimamente, con apego al Derecho, inmaculado de vicio alguno. Por supuesto, lo afirmado precedentemente no excluye que un "acto de ejecución" del Decreto de afectación pueda —en sí— llegar a adolecer del vicio de desviación de poder.

Tratemos de ilustrar, con un ejemplo, que no constituye una hipótesis excepcional, las ideas que preceden. Imaginemos, y ello es perfectamente plausible, que el ente expropiador persiga desde un comienzo, al dictar el decreto de afectación, los fines establecidos en la Ley de Expropiación. Así, la "Administración", habiendo constatado la necesidad de satisfacer exigencias de la colectividad, a través de la realización de una vía de comunicación entre dos importantes poblaciones (por razones que van desde el incentivo del tráfico comercial, y consecuente desarrollo económico de la zona, hasta motivos de seguridad), decide afectar un grupo de bienes inmuebles, a fin de expropiarlos y proceder a la ejecución material de la carretera planeada. Imaginemos, así mismo, que igual consideración, es decir, apego del sujeto expropiante a los fines legalmente establecidos, deba hacerse sobre toda otra actuación posterior al decreto de expropiación y anterior a la "transmisión" forzosa de la titularidad de la propiedad u otro derecho. El expropiador, o al menos de darse esta hipótesis es indudable que la desviación de poder ya no explicaría satisfactoriamente la retrocesión, busca expropiar para realizar —realmente— una obra de utilidad pública o interés social. En este caso concreto, pues, se observa que la finalidad perseguida al momento de dictarse el acto expropiatorio (momento determinante para establecer cuál es la intención perseguida por el sujeto expropiante) es conforme a Derecho, así como también es legítima toda la actuación posterior, comprendida entre la emanación del decreto de afectación y la consumación de la medida expropiatoria, y —por lo tanto— mal podría hablarse de

desviación de poder.

Como hemos ya señalado, en el supuesto de que la formación de voluntad de la Administración Pública no adoleciera de vicio alguno para el momento en el cual se dicta el Decreto de afectación, resulta imposible —en nuestro parecer— hablar de desviación de poder (vicio que debe existir *ab-initio* en la decisión contenida en el acto, en la voluntad del sujeto expropiante) salvo, claro está, que el vicio de desviación de poder pudiese manifestarse en la fase de ejecución del acto (se entiende, del decreto de afectación), supuesto cuyo detenido análisis se nos impone.

A los efectos de analizar si la desviación de poder puede o no surgir en la fase de ejecución del acto, consideramos conveniente dividir esta etapa en dos sub-fases o momentos:

- a) Una primera etapa, previa a la consumación definitiva de la expropiación forzosa;
- b) Un segundo momento, una vez consumada (se entiende ya "transmitida" la titularidad del bien al ente expropiador) la medida expropiatoria.

En nuestro criterio, y con referencia a la primera de las etapas en las cuales dividimos (sólo a fines expositivos, de mayor claridad) la fase de ejecución, el destinar el bien, con anterioridad a la "transferencia" forzosa del derecho, a un fin distinto al señalado por el expropiador en el Decreto de afectación, bien sea porque durante la ocupación temporal o previa^{59 60} se da inicio a una obra distinta a la proyectada, o bien porque se comienzan a realizar estudios para una obra o servicio diverso del original, constituyen un comportamiento ilegítimo calificable como *Vía de Hecho* y no como desviación de poder. En efecto, entendiendo la vía de hecho—siguiendo aquí al Profesor Eduardo García de Enterría— como aquellos supuestos en los cuales la Administración Pública pasa a la acción sin haber adoptado previamente la decisión que le sirva de fundamento jurídico, así como aquellos en los que en el cumplimiento de una actividad material de ejecución se comete una irregularidad grosera (manifiesta, flagrante) en perjuicio del derecho de propiedad o de una libertad pública⁶¹, es evidente que en el caso aquí analizado nos hallamos en presencia de un supuesto en el cual "aun existiendo acto previo y siendo éste perfectamente regular, la actividad material de ejecución excede el ámbito cubierto por el acto en cuestión cuantitativa o cualitativamente"⁶², razón por la cual cabe afirmar —sin lugar a dudas— que se trata de un supuesto de la vía de hecho. La conclusión no podría nunca ser otra, ya que el exceso en el cual incurre el expropiante al ejecutar la decisión implica una *falta de cobertura* legal (la actuación de la Administración no tiene fundamento en el Decreto de afectación)⁶³, una discordancia entre el acto previo y la ejecución material, equivalente a la inexistencia de un acto previo que legitime la actuación administrativa, y merecedora del mismo tratamiento jurídico. No habría, pues, desviación de poder sino vía de hecho, ya que el vicio en el fin, siempre, se produce con anterioridad a la emanación del acto y nunca en la fase ejecutiva.

En este sentido, ya en el año 1883 el Consejo de Estado Imperial brasileño decidió que decretada y juzgada la expropiación, el Gobierno no podía desviar el inmueble expropiado para fines diversos de aquellos que sirvieron de fundamento a la medida, ya que ese nuevo trabajo de utilidad pública *precisaría también ser Previamente reconocido*⁶⁴. Se evidencia de la decisión anotada que hay, efectivamente, una falta de cobertura y que, por consiguiente, estamos en presencia de una vía de hecho.

Finalmente, la desviación de poder tampoco podría manifestarse una vez consumada la expropiación forzosa ya que para ese momento —segunda etapa de la ejecución o fase de realización de la obra o establecimiento del servicio— la potestad expropiatoria, *estrictamente hablando*, fue ya ejercida (en otros términos se agotó), y lo que se realizan son una serie de actividades consecuencia (mediata) del ejercicio, por parte del expropiador, de la facultad

expropiatoria, pero que más bien son consecuencia —inmediata— de los derechos que el expropiante tiene ahora sobre el bien, en su carácter de titular del mismo. En otras palabras, el fundamento de la actuación lo constituye ahora la titularidad sobre el bien, adquirida a través de la expropiación forzosa. *Gratia arguendi*, la voluntad de no ejecutar la obra (ya consumada la expropiación), en la cual la manifestación de voluntad del sujeto expropiante nació libre de vicios, se estaría manifestando con posterioridad a la utilización de la potestad expropiatoria "propriadamente dicha", con posterioridad al agotamiento (por haberse logrado su objetivo) de la potestad pública, si bien la construcción es consecuencia —más sólo mediata, sin que con ello pretendemos negar la íntima relación existente— de la expropiación forzosa. Y si en esta fase la construcción de la obra o el establecimiento del servicio son consecuencia necesaria y lógica del ejercicio de la potestad expropiatoria, mas no el ejercicio de la misma (que ya se consumó con la "transmisión" de la titularidad del bien expropiado) ¿cómo podría la no construcción condenar la validez del ejercicio de la potestad expropiatoria *stricto sensu*?

Como se sabe, la expropiación permite la "transferencia coactiva" de la propiedad o algún otro derecho. Se puede decir que el ejercicio de la potestad pública se ha verificado —tiempo pretérito—, que ésta ya se agotó (como instrumento que es), desde el momento mismo en el cual el bien ingresa al patrimonio del sujeto expropiante. De ser esto cierto ¿cómo podría surgir un vicio en el ejercicio de una potestad que, "en cuanto potestad", ya se agotó? ¿Puede acaso surgir un vicio en el ejercicio de una potestad con posterioridad a la finalización —por consumación— de dicho ejercicio? Creemos que la respuesta ha de ser negativa.

Insistimos. Para el momento en el cual se verifican las causales que determinan el nacimiento del derecho de retrocesión la expropiación forzosa, como potestad pública, se ha ya consumado, agotado, por haberse logrado el objetivo al cual está dispuesta como instrumento: la "transmisión" forzosa de un bien, con miras a la realización de una obra cuya ejecución es considerada de interés general. En consecuencia, la realización de la obra de utilidad pública o interés social, una vez que el bien ha ingresado en el patrimonio del sujeto expropiador, *no* constituye una "continuación", por así decirlo, de la potestad expropiatoria, ya que el fundamento de la actuación del expropiante lo constituyen (en esta fase) los poderes que le derivan de su carácter de titular del bien, y no de aquel carácter de sujeto legitimado al ejercicio de la potestad expropiatoria. Mas el sujeto expropiador, en su ya señalado carácter de titular del bien expropiado, se halla limitado. Se halla limitado, pues *debe* utilizar los poderes que como titular del bien la ley le confiere para (y solamente) la realización de aquella obra cuya ejecución motivó la expropiación forzosa. En otros términos, al bien expropiado lo *gravan limitaciones*, ya que sólo puede ser destinado por el expropiante (su actual titular) a la realización de la obra que motivó la medida expropiatoria.

En todo caso, si la desviación de poder se manifestara en lo que aquí hemos denominado la segunda etapa de la "fase de ejecución del acto", el vicio nunca afectaría la validez del procedimiento expropiatorio previo a la «transferencia del bien», con lo cual subsistiría la expropiación forzosa no obstante el vicio de desviación de poder detectado. Por lo demás, creemos que el acto (decreto de afectación) ya se ejecutó —en sentido técnico, propio— al concretarse la expropiación.

Por otra parte, resultaría posible que el ente expropiante, una vez consumada la expropiación, variara la afectación primigenia por otra calificada también de utilidad pública o interés social. Es claro que el expropiador utiliza su potestad expropiatoria para un fin conforme a Derecho, pero al modificar la afectación, de conformidad con el artículo 69 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, procedería la retrocesión —*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*—, aun cuando el fin perseguido es legal, por lo cual, conforme a un sector de la doctrina, no cabría hablar de desviación de poder —*stricto sensu*— y, sin embargo, procedería el derecho a recobrar el bien.

D) Invalidez Superveniente por Desaparación de la Causa

Esta tesis postula que la retrocesión es la consecuencia de una "invalidez sucesiva", sobrevenida a la expropiación, por la desaparición del elemento esencial de la causa.

Comencemos por lo fundamental. La noción de causa a la cual se refiere esta tesis, y ello es bueno tenerlo presente al estudiarla, no es la causa (entendida como motivo) del acto administrativo —decreto de afectación—, consagrada como elemento de fondo del "acto administrativo" en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁶⁵, sino la *causa expropriandi*, entendida como el efectivo destino del bien expropiado a aquel o aquellos fines de utilidad pública o interés social que determinaron el ejercicio de la potestad expropiatoria.

El profesor español Eduardo García de Enterría, defensor de esta tesis, concluye en que «la expropiación ha de justificarse en una finalidad legal de utilidad pública o de interés social, sin lo cual no cabe ni siquiera iniciarla; pero ha de legitimarse, una vez consumada, en el servicio efectivo de esa finalidad legal, que es lo que se llama técnicamente causa, y que supone una transformación ulterior del bien expropiado, material o jurídica, en el sentido postulado por esa finalidad, sin lo cual la expropiación, aun realizada, no puede mantenerse»⁶⁶ (el subrayado es nuestro).

Si bien es cierto que puede afirmarse que la expropiación forzosa se consuma —*stricto sensu*— cuando se "transfiere" el bien en forma coactiva al sujeto expropiador, no es menos cierto que, generalmente, a la "transferencia" del bien debe seguir —*ad essentia*— la realización de la obra de interés colectivo. En este sentido, cabe afirmar que sólo el cumplimiento del fin último que sirvió de justificación a la expropiación forzosa es capaz de "legitimar" el ejercicio de la potestad expropiatoria. Así, en el caso de que no se llegara a realizar el fin último que sirvió de justificación a la expropiación forzosa, la Constitución admite la posibilidad —virtual— y la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio lo admite en forma expresa, de que los bienes expropiados sean recobrados por sus antiguos titulares.

La consideración *ex-post* de que se haya o no dado al bien expropiado el destino que determinó la expropiación resulta normal, pues la retrocesión, como fenómeno de invalidez sucesiva, siempre según García de Enterría, sobreviene a la expropiación cuando desaparece la *causa expropriandi*. Por lo tanto, el derecho a recobrar el bien resulta de la esencia de todas las expropiaciones^{67 68 69}

70 71

Ahora bien, en nuestro criterio, la retrocesión sí tiene su génesis en el fenómeno denominado por García de Enterría "desaparición de la *causa expropriandi*", mas, y en esto nos separamos del profesor español, la desaparición no causa la invalidez sobrevenida de la expropiación forzosa ya consumada. La no destinación del bien al fin de utilidad pública o interés social primigenio, que dio en su momento lugar al ejercicio de la potestad pública expropiatoria, va a incidir sobre la permanencia (entiéndase duración, continuación), sobre los efectos, de la situación jurídica establecida, mas nunca sobre la validez o legitimidad de un procedimiento (o un acto jurídico), cuya legalidad sólo puede ser juzgada —de acuerdo a las normas actualmente vigentes en nuestro ordenamiento jurídico— con referencia a la conformidad del comportamiento del sujeto expropiante al momento (aspecto temporal) en que realizó, en que llevó a cabo la medida. En otras palabras, el juicio —valoración— sobre la legitimidad o ilegitimidad de un acto o un comportamiento no puede ser modificado por circunstancias supervenientes al mismo (y que por lo tanto no concurrieron a la formación del acto o comportamiento *in commento*). Las circunstancias sobrevenidas a las cuales hemos hecho aquí referencia sólo pueden incidir sobre los efectos —hacia el futuro— de la mencionada actuación⁷².

VI SUPUESTOS DE PROCEDENCIA DEL DERECHO DE RETROCESIÓN EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA

Supuestos del artículo 69 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio

A) Cambio o modificación de la afectación

Este supuesto de retrocesión no es más que la consecuencia de la prohibición de realizar obras o ejecutar servicios distintos a aquellos que motivaron la expropiación forzosa. El cambio de afectación al que hacen referencia la Ley y este capítulo puede resultar, a nuestro juicio, de un acto administrativo, o bien puede ser consecuencia de una situación fáctica: el expropiador modifica "de hecho" la afectación de la cosa. En uno y otro caso variará el momento a partir del cual puede ejercerse la acción y, consecuentemente, el lapso de prescripción de la misma. Por supuesto, el cambio de afectación deberá ser probado, en el proceso, por el antiguo titular accionante, por tratarse de uno de los hechos constitutivos de su pretensión. Sobre esta causal, en concreto, son tres las interrogantes que podrían suscitarse:

1) ¿Procede la retrocesión cuando la nueva afectación, cuando el nuevo destino dado al bien ya expropiado, persiga una finalidad que la ley también califica de utilidad pública o interés social? No compartimos criterios como el sustentado por Martín Gamero, según el cual no procedería el derecho a recobrar el bien cuando el expropiante modifica la afectación por una de utilidad pública o interés social⁷³. A nuestro entender, los bienes expropiados se expropian para un fin determinado, y sólo para la consecución de ese fin específico. En este sentido, y conforme a la Ley, toda modificación o cambio de afectación, sin que sea relevante el considerar el nuevo fin perseguido por el expropiador, conduce a que el ex-titular del bien expropiado quede legitimado para ejercer el derecho de retrocesión. Por lo demás, esta concepción encuentra sustento en el ordenamiento jurídico venezolano, ya que la norma *in commento* (vale decir el artículo 69 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio) habla de si se pretende modificar *su afectación*" (el subrayado es nuestro), disposición que al ser interpretada conforme al aforismo latino *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* conduce a considerar *todo* cambio de afectación como causal de retrocesión. Lo que sí puede ocurrir es que en algunos casos no proceda, modificada la afectación, la devolución del bien *in natura* (*ad exemplum*, cuando la obra —por lo demás cuantiosa— ha sido realizada), procediendo en este caso una indemnización por daños y perjuicios (Ver *infra*, capítulo IX).

Distinta sería la conclusión a la cual cabría arribar de estar formulada la norma de la Ley siguiendo el ejemplo del artículo 37 de la Ley número 529 de Expropiación de Guatemala, de fecha 24 de julio de 1948, conforme al cual se puede iniciar el expediente de retrocesión "cuando el expropiante da al bien un destino distinto al establecido al efectuar la expropiación, salvo que el cambio de destino sea dispuesto por la ley y la substitución tenga por causa el interés colectivo"⁷⁴, o siguiendo los lineamientos del encabezamiento del ya derogado artículo 41 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública venezolana del 14 de julio de 1936, según el cual, «en el caso de no ejecutarse la obra que dio lugar a la expropiación, u otra de las indicadas en el artículo 11, la propiedad volverá a su antiguo dueño, si así le conviniere, devolviendo el precio recibido».

Miguel Marienhoff, por su parte, sostiene que el bien expropiado debe, en principio, destinarse a la realización de la concreta obra de utilidad pública o interés social que sirvió de fundamento a la expropiación forzosa. Sin embargo, dicho principio admitiría una excepción —según el autor argentino— en aquellos casos en los cuales exista, entre la finalidad declarada por el Decreto y

aquella a cuya satisfacción fue destinado en definitiva el bien por la Administración Pública, una evidente 'conexidad', 'correlación' o 'interdependencia' ⁷⁵, lo cual es una cuestión de hecho que debería dilucidarse en cada caso concreto. Marienhoff afirma, pues, que en algunos casos no será necesario que se realice exacta y específicamente la finalidad pública que determinó la expropiación forzosa del bien.

En Brasil, Cretella Júnior sostiene que no daría lugar a retrocesión el que la Administración destinara el bien a un fin de utilidad pública distinto de aquel que sirvió de fundamento a la medida, ya que —en su criterio— el “destino” al cual hace referencia el artículo 1.150 del Código Civil brasileño ha de interpretarse como cualquier finalidad de necesidad pública, utilidad pública o interés social. En contra de este criterio el mismo Cretella señala que cabe citar, en Brasil, a Guimaraes Menegale y Seabra Fagundes ⁷⁶ 58. Citados por J. Cretella Júnior, *ob. cit.*, páginas 425 y 426.76.

Finalmente, cabe preguntarse qué ocurre si el sujeto expropiante construye, de conformidad con el proyecto original, la obra pública para la cual, desde un inicio, ejerció la potestad expropiatoria, mas —y he aquí el problema— decide, con posterioridad, destinarla a la satisfacción de otra finalidad pública. La doctrina comparada (Vignale) ha optado, en este caso, por considerar que el supuesto *sub-iudice* no legitima el ejercicio del derecho de retrocesión ⁷⁷. En nuestro criterio, la realización del proyecto original equivale al cumplimiento “formal” —llamémoslo así— del fin que determinó la expropiación forzosa, mientras que el cumplimiento “material” (sólo por oposición al aquel denominado formal) implica —o mejor dicho exige— la satisfacción de *la* finalidad pública original, cosa que no se logra con la sola hechura, con la sola realización de la obra. Así, pues, pareciera que, con base en los principios expuestos, debe rechazarse la tesis del autor italiano.

2) ¿Qué ocurriría cuando junto a la afectación inicial se destina el bien a un nuevo fin? Este supuesto supone una *doble utilización*, mas no el que haya desaparecido la afectación que dio lugar a la expropiación. Es, pues, la utilización del bien para un doble propósito.

Como punto previo para responder a la interrogante planteada, es necesario diferenciar los supuestos en los cuales el bien expropiado es afectado, *in integrum*, a la satisfacción de ambas finalidades (como sería el caso, *ad exemplum*, de que una edificación expropiada sirviera, durante el día, como escuela, dándose en ella clases, mientras que —durante la noche— fuera destinada a la satisfacción de otra finalidad, no necesariamente de utilidad pública), de aquellos casos en los cuales una parte del bien se destina a la satisfacción de una finalidad de utilidad pública, quedando el resto afectado al cumplimiento de la segunda finalidad (sea o no de utilidad general). Si bien en ambos supuestos *coexisten* sobre un mismo bien expropiado dos finalidades, sólo en uno de ellos se dedica la totalidad del bien (*in integrum*, insistimos) a la satisfacción de ambas finalidades.

En el primero de los casos planteados, somos del criterio que *no* procedería la retrocesión del bien expropiado, tomando en consideración que en dicha expropiación existe la *causa expropriandi*, ya que el bien, en su totalidad, está siendo destinado a satisfacer, además de una segunda finalidad, la concreta o específica finalidad de utilidad colectiva que resultó determinante para el ejercicio de la potestad expropiatoria.

Tal y como quedó establecido al referimos al fundamento del derecho de devolución, la expropiación, como medida excepcional que puede restringir un derecho constitucional como la propiedad, sólo debe subsistir el tiempo en la medida que perduren los fines (de utilidad pública e interés social) que la determinaron. En consecuencia, sólo en el segundo de los supuestos comentados, vale decir, aquel en el cual se destina una parte del bien a la satisfacción de la finalidad del Decreto primigenio, en tanto el resto se afecta a la satisfacción de otra finalidad —sea o no de utilidad general—, el antiguo titular estaría legitimado para ejercer el derecho a recobrar

aquella parte del bien o derecho expropiado que no fue destinada a satisfacer el fin concreto perseguido por el decreto de afectación, recordando, por supuesto, que en ocasiones puede resultar imposible la devolución *in natura*.

Podría hablarse, en el segundo de los supuestos comentados, de una ineficacia parcial sobrevenida, ya que el ejercicio de la acción perseguiría privar de valor o eficacia a la expropiación en forma limitada, en tanto y en cuanto sólo procedería la retrocesión sobre la parte del bien o derecho que se destinó a la satisfacción de un fin distinto al señalado en el decreto de afectación, sin que tenga relevancia el hecho de que el nuevo fin que coexiste con el inicial sea, a su vez, de utilidad pública o interés social.

3) ¿Procede la retrocesión del bien cuando éste cumple con el destino al cual fue afectado? En otras palabras, la afectación sólo se requirió, en este caso, por un lapso de tiempo determinado, vencido el cual ya no fue necesaria la atención de la actividad, por “agotamiento” de la necesidad de utilidad pública, a cuya satisfacción fueron destinados los bienes expropiados.

Según Miguel Marienhoff este supuesto no sería causal de retrocesión, ya que “sólo se requiere que, en el momento de la expropiación, responda (la afectación) a la finalidad que la motivó, y continúe respondiendo mientras el cumplimiento de tal finalidad estuviese pendiente”, sin que sea necesario que la afectación resulte perpetua (*in perpetum*). Lo fundamental es, pues, a juicio del autor argentino, que el destino previsto originalmente tuviera carácter definitivo y que después, por circunstancias ajenas a la voluntad de la Administración, ese destino resultó temporal, por “agotamiento de la finalidad de utilidad pública que se tendía a satisfacer”⁷⁸.

Petracchi, citado por el mismo Marienhoff, afirma —por su parte— que sí procede el derecho de devolución cuando la cosa deja de servir al destino previsto, no obstante haber cumplido con el destino legal, ya que “la Ley de Expropiación no autoriza los destinos temporarios. Si se admitiera lo contrario podría el expropiador cumplir con el destino previsto por un tiempo, como medio de legalizar el cambio de destino posterior”⁷⁹.

En Brasil, Guimaraes Menegale señala que si el bien expropiado sirvió a la finalidad de la expropiación forzosa, no obstante haber cesado la utilidad, no tiene derecho a retrotraer el bien expropiado su antiguo titular ⁸⁰.

Ahora bien, ¿cuál es la solución en el Derecho venezolano? Es necesario señalar, en consonancia con la tesis de la ineficacia superveniente, que no compartimos la posición sustentada por el autor argentino Petracchi. No compartimos la posición *in commento* porque el agotamiento de la finalidad de utilidad pública que se tendía a satisfacer *no* conlleva la desaparición del elemento causa de la expropiación forzosa, elemento cuya conformidad con el Derecho es esencial para la permanencia de los efectos de la medida expropiatoria. Entiéndase bien, la expropiación forzosa, en el supuesto que el sujeto expropiante haya efectivamente destinado el bien al fin primigenio, aun cuando se haya verificado la cesación de la afectación (por haberse logrado el objetivo), sí tiene causa: *con el servicio efectivo a “la finalidad” legal, mientras ésta subsistía*, se ha justificado la medida expropiatoria.

La solución lógica y razonable (en línea de máxima es la tesis de Marienhoff) es que la afectación a “la finalidad” concreta de utilidad pública o interés social subsista *mientras el cumplimiento de dicha finalidad continúe pendiente*. En efecto, si el sujeto expropiador utiliza la potestad expropiatoria para la realización de una obra o establecimiento de un servicio considerado de utilidad general, la afectación del bien a la finalidad de interés colectivo debe persistir —y este es el principio general— durante el tiempo que la antedicha finalidad continúe pendiente. En otros términos, la subsistencia de la afectación depende de la no desaparición de la finalidad u objetivo

de interés general. Desaparecida la finalidad, y ello demuestra el por qué la Ley de Expropiación no exige que la afectación sea perpetua —por absurdo—, la continuación de la afectación carecería de sentido: “*Quod manu fit, non habet perpetuam causa*”.

En conclusión, pues, cumplido el destino al cual fue afectado el bien expropiado no procede la devolución —a través de la retrocesión— de dicho bien.

Por otra parte, son graves los problemas que plantea la posición de Petracchi. En efecto, *gratia arguendi*, como el derecho a retrotraer el bien expropiado *nace* al cesar la *causa expropriandi*, es factible que un bien sea afectado durante cien o doscientos años a la satisfacción de la específica finalidad de utilidad pública, pero que transcurrido dicho lapso sea desafectado, aun cuando subsista —aún— la necesidad colectiva. En este caso, habiendo transcurrido un gran número de años, años durante los cuales fue afectado el bien al destino previsto, resulta absurdo que la titularidad sobre el bien vuelva al “antiguo titular”. ¿Cuál es el interés jurídico que tienen los causahabientes del antiguo titular, tres o cuatro generaciones después, en retrotraer el bien expropiado? ¿No conduce la aplicación de la tesis de Petracchi a la vulneración del principio de “seguridad jurídica”?

B) Desaparición de la Afectación

Según lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, el agotamiento de la vigencia del Plan, sin que se hubiese cumplido con el destino a que se afectaron los bienes, es también causal de retrocesión.

Este supuesto legal contempla la posibilidad de que se agote la vigencia del plan de ordenación del territorio y, por ende, cesen los efectos de este acto en el tiempo, sin que se hubiese cumplido con el destino a que se afectaron los bienes expropiados.

Resulta lógico concluir que cuando la norma exige que se haya “cumplido el destino”, tal exigencia se cumple con que el expropiador haya *dado inicio* (de manera “seria”) a la obra que constituye el fin perseguido, y no que la obra o servicio estén concluidos, ya que hay proyectos cuyo desarrollo, cuya materialización, puede tomar muchos años y que, por lo tanto, resulta posible el que se agote el plan sin que aún se haya concluido la obra ya iniciada.

En todo caso, este supuesto requiere de la existencia de los planes ordenadores del territorio previstos en la Ley, casi inexistentes hasta la presente fecha, no obstante que ya han transcurrido —con creces— los cuatro años de vigencia de la Ley.

Otros supuestos

Amén de los dos supuestos contemplados en la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, son también causales de procedencia de la retrocesión en Venezuela, de conformidad con los razonamientos realizados al hablar de la consagración virtual o implícita del derecho de devolución en la Constitución venezolana, los siguientes:

A) La no ejecución de la obra o servicio de utilidad pública o interés social que determinó la expropiación forzosa

Es importante el hacer notar que éste no es un nuevo y verdadero supuesto, diferente de aquellos contemplados en el artículo 69 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio. En realidad, la “no

realización de la obra” es el *genus* (valga la imprecisión terminológica), el supuesto general, que comprende las dos causales previstas en la disposición *in commento*. En efecto, lo que ocurre, en esencia, tanto en el supuesto de cambio de afectación, como en aquel de la desaparición de la afectación, es que el sujeto expropiante no realiza, no ejecuta, la obra para cuya ejecución fue ejercida la potestad expropiatoria. Ahora bien, las causales del artículo 69 no “agotan” —por así decirlo— la causal que ahora analizamos, ya que:

—En el supuesto de cambio de afectación la causal de la Ley se refiere sólo a terrenos expropiados por razones urbanísticas, y —más aún— la devolución del bien no está supeditada al transcurso inútil de un lapso de tiempo, ya que la causal se configura con el sólo cambio de afectación;

—La desaparición de la afectación, por su parte, está referida sólo a terrenos expropiados por motivos urbanísticos, con base en un Plan de ordenación urbanística agotado (en cuanto a su vigencia) sin que el bien expropiado haya sido destinado al fin que determinó la medida expropiatoria.

La no ejecución de la obra, como “nuevo supuesto ahora analizado, también supone una inactividad (que el autor argentino Marienhoff señala ha de ser una actitud de total pasividad) por parte del sujeto expropiante y que, referido a las expropiaciones forzosas urbanísticas, aun cuando —como causal— daría lugar a la retrocesión en *toda* medida expropiatoria, incluso aquellas no urbanísticas, no exige un Plan ordenador del territorio, a diferencia del supuesto analizado precedentemente y, por lo tanto, *no* debe confundirse con el segundo supuesto consagrado en la disposición contenida en el artículo 69 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio.

En esta causal, pues, es condición imprescindible la *no* ejecución, la no realización material de la obra de utilidad pública o interés social a la cual se hallaba finalizada la expropiación forzosa.

El supuesto ahora *in commento* es consecuencia directa del deber impuesto por la Ley (y confirmado por nuestra Corte Suprema de Justicia)⁸¹ al sujeto expropiador, en el sentido de iniciar la ejecución de la obra o servicio, cuya ejecución determinó el ejercicio de la potestad expropiatoria, dentro de un lapso de tiempo prudencial, razonable, cónsono con la naturaleza de la obra a realizarse. Un lapso que no contradiga aquello para lo cual se efectúa toda medida expropiatoria: expropiar para proceder, a continuación, a la realización de la obra de interés colectivo. Ahora bien, cabe preguntarse cuál es el lapso de tiempo dentro del cual es necesario que el sujeto expropiante dé inicio a la obra, cumpliendo —de esta manera— el deber virtual que la ley le impone. Es menester responder que en nuestro ordenamiento jurídico no existe norma o disposición alguna que establezca, de manera expresa, cuál es el lapso dentro del cual debe, una vez consumada la expropiación, procederse a la realización de la obra, mas la ausencia de una norma que fije los límites cuantitativos a la noción de “lapso prudencial” no debe llevar a la errónea conclusión de que en nuestro país no es posible demandar, en los actuales momentos, la devolución del bien expropiado con base en el supuesto bajo análisis (Ver *infra*, capítulo X). No hay, pues, norma alguna que señale qué es lo que ha de entenderse por lapso razonable, prudencial, así como tampoco había (hasta hace pocos años) disposición alguna que de manera expresa impusiera a la Administración, una vez emanado el Decreto de afectación, el deber de proceder, de manera perentoria, a la conclusión de la medida expropiatoria ya iniciada y, sin embargo, tal circunstancia no constituyó óbice para que el juez venezolano controlara la actuación administrativa y pusiera fin a las “afectaciones eternas”.

No obstante lo afirmado *supra* acerca de la existencia de un lapso de tiempo dentro del cual el expropiador debe proceder a la realización de la obra, y vencido el cual, sin que la Administración haya dado cumplimiento a la “obligación” que la ley le impone, el antiguo titular del bien expropiado

queda legitimado para demandar judicialmente la devolución del mencionado bien, existen circunstancias de hecho que excluyen la posibilidad de ejecución, dentro de plazo alguno, como ocurre —*ad exemplum*— cuando el sujeto expropiante renuncia (de manera expresa) a ejecutar la obra, o cuando la obra programada es realizada en alguna otra parte (lo cual equivale a una renuncia tácita) o, finalmente, cuando la realización de la obra se torne imposible⁸². En estos casos es posible demandar la devolución del bien expropiado, sin que resulte necesario el esperar el transcurso inútil de lapso alguno.

La no realización de la obra, como supuesto, también se verifica cuando el sujeto expropiante resuelve, una vez “transmitido” el bien y consumada la expropiación, no destinar fondos económicos a la construcción de la obra con lo cual manifiesta de manera implícita, su deseo de no llevar a cabo la obra o, simplemente, como ya señaláramos, con la inactividad total del expropiador, transcurrido que sea un lapso de tiempo, contado a partir de la fecha en que quedó consumada la expropiación o que los bienes hubiesen quedado a disposición del expropiante, cualquiera que hubiere ocurrido primero.

El expropiador debe destinar el bien a realizar la obra o establecer el servicio proyectado, queremos insistir en esto una vez más, dentro de un lapso breve, perentorio, razón por la cual la sola *inactividad* por parte del expropiante es causal para recobrar el bien. Ahora bien, conscientes de que la falta de una ley que reglamente el derecho de devolución no es óbice para su ejercicio, el establecimiento o fijación de un lapso prudencial, razonable, dentro del cual se debe dar al bien su destino último, corresponderá determinarlo a la jurisprudencia. El transcurso inútil de dicho lapso, en aquellos casos en que el mismo sea requerido, dará lugar a que proceda la retrocesión (Ver *infra*, capítulo X).

Como se observa, aquí la sanción a la inactividad del expropiador, en aquella fase posterior a la consumación de la expropiación forzosa, *no requiere del plan* al cual hace referencia el artículo 69 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio y, por otra parte, *no se circunscribe solamente a las expropiaciones urbanísticas*.

¿Sería causal de retrocesión la paralización de la construcción de la obra o establecimiento del servicio ya iniciado por el expropiante? Resulta necesario, a fin de dar una respuesta satisfactoria a la interrogante planteada, analizar cada caso concreto. Las circunstancias fácticas nos permitirían concluir si lo que hay es mera suspensión (hay, pues, intención manifiesta de proseguir), debida por ejemplo a inconvenientes técnicos o si, por el contrario, la verdadera intención del ente expropiador es la de no proseguir, no concluir, la obra o servicio proyectado.

En el caso de la mera suspensión nos pronunciamos por la *no* procedencia de la retrocesión, mientras que cuando la intención es no concluir la obra nos inclinamos por la procedencia de la acción de devolución.

B) Cuando realizada la obra o establecido el servicio quedan porciones sobrantes del bien expropiado

Las porciones sobrantes pueden ser recuperadas tomando en cuenta, como ya se ha dicho hasta la saciedad, que la expropiación sólo debe subsistir el tiempo *en la medida* que perduren los fines que la determinaron.

La determinación de los bienes sobrantes puede resultar de un acto del expropiante aceptado por el antiguo titular (determinación convencional), o de una situación de hecho verificable técnicamente (en una experticia judicial).

Por lo demás, esta causal tiene antecedentes legislativos en Venezuela, y encuentra fundamento en la noción de *causa expropriandi* a la cual se hace referencia en el artículo 101 de la Constitución.

C) Causales innominadas

Ahora bien, nuestra enumeración no pretende ser un listado taxativo de causales; por el contrario, somos del criterio de que dará lugar a la procedencia del derecho de devolución todo supuesto en el cual sea identificable una desaparición superveniente de la *causa expropriandi*, en razón de no darse al bien (o parte de él) el efectivo destino que determinó su expropiación⁸³.

Renuncia del derecho de retrocesión. Supuestos “contractuales” de retrocesión. Retrocesión de sólo una parte del bien al cual se tiene derecho

Cabría preguntarse, si bien estamos conscientes de que se trata de problemas bastantes teóricos, si es posible que la retrocesión, como derecho *ope legis*, sea o no susceptible de ser renunciada (contractualmente) por el antiguo titular del bien expropiado o sus causahabientes (a título particular o universal), así como si es posible pactar, entre el expropiador y el antiguo titular o sus causahabientes, supuesto de hecho —distintos a los establecidos en la ley— que diesen lugar a la retrocesión del bien expropiado.

Con relación a la primera de las interrogantes, creemos sería válida la estipulación según la cual el sujeto expropiado o sus causahabientes renuncian, para el caso de que llegare a darse algunos de los supuestos legales de procedencia del derecho de devolución, al derecho a retrotraer la cosa expropiada: “*Omnes licentium habent his, quae pro se introducta sunt, renunciare*”. Así, el sujeto expropiado (antiguo titular o causahabientes) podría, en el marco del Arreglo Amigable, consagrado en el artículo 3 de la Ley de Expropiación⁸⁴, renunciar al derecho de retrocesión. A nuestro juicio, esta renuncia resulta perfectamente legal ya que la cláusula que la estableciese versaría sobre un derecho patrimonial, disponible, del antiguo titular del bien expropiado o sus causahabientes, sin que fuese óbice el que las normas que regulan la institución expropiatoria son, tal y como lo ha señalado nuestra Corte Suprema de Justicia, esencialmente de Derecho público⁸⁵. Por lo demás, constituiría un absurdo el calificar como contrarios a Derecho este tipo de convenios, ya que el sujeto legitimado para ejercer el derecho de devolución podría permanecer pasivo ante el acaecimiento del supuesto de hecho que constituye una causal legal de retrocesión, inactividad que equivaldría —a fin de cuentas— a una renuncia. En definitiva, entre la renuncia hecha en el marco del Arreglo Amigable y aquella implícita en la inactividad posterior al acaecimiento del hecho que da lugar al nacimiento del derecho de retrocesión no hay diferencias en cuanto a la esencia, sólo en cuanto al aspecto temporal y la forma de exteriorizar la voluntad.

En cuanto a si pueden o no ser pactados, entre el expropiante y el antiguo titular del bien, supuestos de retrocesión distintos a los consagrados legalmente, somos del parecer de que la respuesta a esta interrogante ha de ser negativa, sobre la base que las normas que regulan la expropiación son esencialmente de orden público, por ser dicha institución de Derecho público⁸⁶. Pareciera que, no obstante lo señalado, la negación ha de hacerse con ciertas limitaciones o precisiones: el expropiador y el sujeto expropiado podrían pactar causales de retrocesión distintas de aquellas enumeradas por el Legislador, pero la validez de ésta cláusula estaría supeditada a que el nuevo supuesto de retrocesión —el contractual— obedeciese, en definitiva, a la *naturaleza* del derecho de devolución, como es que se trate de la desaparición sobrevenida de la *causa expropriandi*. Somos del parecer que la causal “contractualmente pactada” no sería una nueva y verdadera causal, sino que se trataría, en todo caso, de supuestos que en definitiva cabría deducir del artículo 101 de la Constitución, norma que exige que se le dé al bien expropiado el destino específico que dio lugar al ejercicio de la potestad expropiatoria. Se concluye, pues, que la

enumeración legal no sería nunca taxativa, así como que el juez tendría competencia para analizar, en cada caso concreto, si el supuesto participa de la esencia, características y naturaleza de la retrocesión.

¿Podría el sujeto expropiado demandar la retrocesión de sólo parte del bien expropiado cuando la obra no se ha realizado? Nos inclinamos por la respuesta afirmativa. En efecto, si el titular puede renunciar totalmente a recobrar el bien (consensualmente o no intentando la acción de recobro, silencio que supone una renuncia tácita), no tendría sentido que dicha renuncia no pudiera ser sólo parcial, pero aceptando, *mutatis mutandi* —por vía de analogía— que el ente expropiante podría oponerse a la devolución parcial ya que ésta “inutiliza la finca o la hace impropia para el uso a que está destinada” (artículo 26 de la Ley de Expropiación)⁸⁷.

Es importante precisar que el supuesto *in commento*, que cabría denominar retrocesión parcial, no debe confundirse con la llamada por Landi —y la doctrina italiana— “retrocessione parziale”. En efecto, según el autor italiano la retrocesión es total cuando el objetivo es la restitución de *todo* el inmueble precedentemente expropiado (hay identidad absoluta, pues, entre el bien expropiado y el retrocedido), en tanto que habrá retrocesión parcial cuando lo que se demanda es la restitución de los residuos o partes sobrantes no utilizados en la obra de utilidad general⁸⁸. No es éste el sentido aquí por nosotros empleado, ya que es perfectamente posible hablar de demanda parcial de retrocesión aun en el supuesto de inejecución absoluta de la obra: de lo que podría ser el objeto de la pretensión procesal (el bien o la parte de éste no destinada al fin de utilidad colectiva que justificó la medida), el sujeto legitimado (sujeto expropiado) manifiesta su voluntad de adquirir sólo una parte, una fracción de aquello (el bien) a lo cual tiene derecho.

VII REQUISITO DE PROCEDENCIA DEL DERECHO DE RETROCESIÓN

Ejercicio (“concretarse”) de la potestad expropiatoria. Procedencia en caso de enajenación mediante la figura del arreglo amigable

El requisito fundamental es que haya habido, por lo menos, un Decreto de afectación que *concrete* la genérica potestad expropiatoria sobre un bien determinado. No es necesario, no es requisito esencial, que haya habido un proceso judicial y una sentencia, ya que lo que se requiere es que previo a la “transferencia” del bien se haya ejercido la potestad expropiatoria. En este sentido, pues, cabe afirmar, concluir, que la retrocesión es un derecho (autónomo) cuyo surgimiento presupone, exige, el ejercicio —por el ente competente— de la potestad expropiatoria, así como la consumación de la expropiación forzosa.

Consideremos ahora la posibilidad de demandar la devolución del bien en aquellos supuestos en los cuales la “transferencia” del mismo se produce a través de la figura conocida como “arreglo amigable”. En el caso analizado salta a la vista que también el arreglo amigable supone, procedimentalmente hablando, que haya sido dictado el Decreto de afectación y, por ende, ejercida la potestad expropiatoria. En otras palabras, en el supuesto *in commento*, es decir, el caso de una “transferencia” a través del arreglo amigable, la transmisión” del bien supone el ejercicio previo de la potestad expropiatoria por parte de la “Administración” y, por consiguiente, ya no se trata “de una venta regida por normas de derecho privado, sino de un negocio jurídico de naturaleza especial ... regido por normas de derecho administrativo”⁸⁹ y sí habría, consecuentemente, derecho a la devolución del bien. Se infiere del dicho de Lagrange, pues, que la emanación del Decreto produce efectos concretos, variando la naturaleza de la enajenación del bien que previa a la emanación del acto hubiera sido una venta, en tanto que tras su emanación se torna en un “negocio jurídico de naturaleza especial”.

Por argumento en contrario, si el titular del bien y el sujeto competente al ejercicio de la potestad expropiatoria celebran un contrato de venta, sin que medie el ya mencionado decreto de expropiación, por más que se haya alegado —en el acto— que se requería el bien para satisfacer necesidades de utilidad colectiva, de interés general, el incumplimiento de tales finalidades *no* daría nunca lugar a la retrocesión, ya que no se llegó a ejercer, a concretar, por así decirlo, la potestad expropiatoria. Entonces, *no* procede la retrocesión en aquellos supuestos en los cuales ha habido una venta o enajenación voluntaria de los bienes al (futuro “eventual”) expropiador.

Por otra parte, y en consonancia con las ideas expuestas, la retrocesión, según afirma Marienhoff, “no sólo procede en los supuestos en que el bien o cosa salió del patrimonio del expropiado merced al procedimiento ‘contencioso’ de la expropiación, sino también cuando salió de dicho patrimonio merced al procedimiento de ‘cesión amistosa’ o ‘avenimiento’. *Eadem ratio idem ius*”⁹⁰.

Si se concluye, pues, que la retrocesión procede incluso en aquellos supuestos en los cuales la “transferencia” de la propiedad se produce a través del arreglo amigable, es decir, sin contención judicial, entonces no presenta dificultad alguna el responder a la duda que pudiera surgir con respecto a si es o no requisito para la procedencia del derecho de devolución el haber formulado “oposición” a la expropiación forzosa. En todo caso, conviene destacar que los supuestos o causales que determinan el nacimiento del derecho a la retrocesión son situaciones de hecho que ocurren, que acaecen, que se verifican con posterioridad a la “transferencia” del bien, bien se llegue a ésta mediante la figura del arreglo amigable, bien a través del fallo judicial que dicta el juez a quien correspondió conocer la causa expropiatoria y —por lo tanto— no son materia del debate

que se desarrolla en el proceso expropiatorio. Mejor dicho, siendo —como lo son— posteriores, mal podrían ser alegados dichos hechos (nos referimos a los que determinan la procedencia del derecho de devolución) en el acto de oposición, o en acto alguno del procedimiento expropiatorio. Si bien es cierto que el derecho de retrocesión presenta un ligamen más o menos estrecho con la medida expropiatoria precedente, no por ello cabe negar su autonomía, surgiendo —como en efecto surge— a raíz de acontecimientos posteriores a la consumación de la expropiación forzosa, y que —por lo mismo— mal pudieran haber sido objeto de debate en el proceso expropiatorio. Así, en pocas palabras, el sujeto expropiado podría no formular para aquel momento oposición alguna, pues para aquel entonces aún no se había configurado ninguna lesión, visto que el procedimiento era del todo “legítimo”. Es más, en aquellos casos en los cuales el bien se transfiere a través del arreglo amigable no hay ninguna oposición, y ni siquiera un proceso, y sin embargo procede la retrocesión.

VIII EJERCICIO JUDICIAL DE LA ACCIÓN DE RETROCESIÓN

Clasificación de la acción que persigue obtener la, devolución del bien expropiado

Es innegable que el ejercicio del derecho de retrocesión, por parte de los sujetos a ello legitimados, incide sobre la situación jurídico-subjetiva (sobre la esfera jurídica) del ente expropiante y el sujeto expropiado, existente tras la consumación de la expropiación forzosa. Ahora bien, ¿qué tipo de acción es aquella que persigue obtener la devolución del bien expropiado? Son varias las respuestas que la doctrina extranjera ha dado a esta interrogante.

A) Es una verdadera acción reivindicatoria

Algunos autores califican de reivindicatorio el juicio en el cual se intenta la devolución del bien expropiado. Nos resulta que el criterio ahora analizado no es sustentable ya que, como es lógico, el sujeto legitimado para ejercer la acción reivindicatoria es el dueño de la cosa, el propietario del bien, mientras que en el derecho de retrocesión (que no se circunscribe tan sólo al derecho de propiedad) el sujeto legitimado es, en la generalidad de los casos, el antiguo titular del bien expropiado y no el actual dueño (que es el ente expropiante).

B) Es una acción real

Dentro de esta tesis cabe incluir a autores como García de Enterría y Marienhoff⁹¹. Miguel Marienhoff afirma que nos hallamos ante la presencia de una acción real, y fundamenta su aseveración en que la acción *in commento* tiene por objeto obtener la devolución del bien o cosa expropiado, y en que es ésta finalidad (de devolución) el criterio esencial a seguir, a los efectos de calificar la acción como personal o real. Según el citado autor argentino, la trascendencia de la clasificación consiste en que permitiría dar solución a los problemas que se presentan en materia de prescripción y juez competente, entre otros⁹². Eduardo García de Enterría, por su parte, aduce en favor de la tesis de que la retrocesión es un derecho real de adquisición referible al bien expropiado, que el derecho a recobrar la cosa procede aun cuando los bienes o derechos hayan pasado a poder de terceros adquirentes^{93 94}, lo cual constituiría una manifestación del derecho de persecución que deriva de todo derecho real.

Esta posición, a nuestro entender, no es sustentable en el marco del ordenamiento jurídico venezolano. Una acción no es real, como se desprende del dicho de Marienhoff, por el hecho de tener por objeto la devolución del bien expropiado, sino por la circunstancia, ausente en este caso, de que se dirija contra “toda persona que obstaculice, menoscabe o desconozca el ejercicio del derecho”⁹⁵ real que tutela. En efecto, el legitimado activo carece de un derecho real sobre la cosa: tan sólo lo une a ella el hecho de *haber sido* —tiempo pretérito— su titular.

Si analizamos la noción de derecho real, y entendemos por tal “aquel derecho subjetivo que atribuye a su titular un poder o señorío directo e inmediato sobre una cosa determinada, sin necesidad de intermediario alguno personalmente obligado, y que impone asimismo a todo el mundo (*erga omnes*) un deber de respeto o exclusión y, a veces, cuando se trata de derechos reales limitados, un hacer o un no hacer posiblemente conectado a un soportar”⁹⁶, salta a la vista que la tutela de la retrocesión no puede concretarse en una acción real, ya que no hay derecho real alguno que tutelar.

Por otra parte, también en lo relativo a los lapsos para el ejercicio del derecho de devolución se evidencia la incompatibilidad entre las soluciones dadas, en materia de lapsos, en el Derecho comparado, y aquellas tesis que propugnan la naturaleza real de la acción de retrocesión. En efecto, en diversos sistemas de Derecho comparado se sujeta el ejercicio del derecho de devolución a lapsos de caducidad muy breves, en comparación con los largos lapsos de prescripción que prevé el Código Civil. Así, en Guatemala el derecho debe ejercerse en el lapso de un año contado a partir del cambio de destino dado al bien (supuesto de modificación de la afectación), o contado un año desde que el expropiante entró en posesión del bien, en los casos que no se haya ejecutado la obra que dio lugar a la expropiación⁹⁷. En España, en igual sentido, se establece un brevísimo lapso de un mes para ejercer el derecho de retrocesión^{98 99}.

C) Se trata de una acción personal

En Brasil, país donde el derecho de retrocesión se halla consagrado en el Código Civil como un derecho que Cretella denomina de preferencia —*ex lege*—, se discutió durante mucho tiempo si el derecho a obtener la devolución del bien expropiado debía considerarse como un derecho real o, por el contrario, como personal. Según el autor reseñado, el ex-propietario que, por la expropiación forzosa, pierde el dominio de la cosa expropiada, es titular de un derecho personal (entiéndase “derecho de crédito”, ya que el calificativo de *personal* se emplea sólo a fin de contraponer esta categoría a aquella de los “derechos reales”), visto que su condición de no propietario no lo legitima para el ejercicio de la acción real¹⁰⁰. Este criterio nos parece poco científico, ya que su sostenedor llega a la señalada conclusión sólo por la imposibilidad, en la cual se halla, de afirmar que la base de la acción de retrocesión se encuentra en la existencia de un derecho real del expropiario sobre el bien expropiado.

Lo cierto es que tampoco se trata de una acción personal. En efecto, el verificarse del presupuesto o causal que da génesis al derecho de retrocesión no determina el nacimiento de derecho de crédito alguno, razón por la cual la acción dirigida a obtener la devolución del bien expropiado mal podría ser catalogada como personal. No cabe hablar de derecho de crédito porque el ordenamiento jurídico no establece ninguna obligación a devolver (obligación que sólo surge posteriormente, luego de la interposición de la demanda judicial), correlativa al “poder” que se otorga al extitular del bien expropiado, cuya titularidad corresponda al sujeto expropiante, ya que si bien es cierto que la “Administración” está *obligada* a realizar la obra, no es menos cierto que no está obligada a devolver el bien en el supuesto de que todo o parte del mismo no recibiera el destino originalmente previsto. Así, cabe afirmar que el titular del derecho de retrocesión no requiere, para obtener la satisfacción de su interés, de la cooperación de otro sujeto, como ocurre —por el contrario— en los derechos de crédito. El sujeto expropiador puede satisfacer el interés tutelado, y ésta es una de las características del derecho de devolución, sin que resulte necesaria la cooperación de sujeto alguno, comprendido el sujeto expropiador.

D) Se trata de una acción constitutiva que tutela un derecho potestativo

Como ya confesamos, no compartimos ninguno de los enfoques hasta ahora comentados, ya que ninguno de los criterios clasificatorios empleados por la doctrina extranjera (y hasta ahora analizados) logra explicar, satisfactoriamente, cuál es el tipo de acción intentada (y, naturalmente, el “tipo” de derecho por ella tutelado) cuando lo que se persigue es la devolución del bien expropiado; amén de la consideración que la clasificación de las acciones en reales y personales, no obstante aún continúe consagrada en Venezuela, tiende a ser abandonada, cada día más, por la doctrina procesal moderna. Y es que no podía ser de otra manera, ya que dicha clasificación, como lo demuestra el punto ahora analizado, se revela insuficiente: si la retrocesión no se hace valer a través de una acción real, visto que no existe derecho real alguno que tutelar, y tampoco a través de una acción personal, ya que no surge —al momento de verificarse la causal— *obligación* alguna a cargo del ente expropiador, entonces ¿qué tipo de acción es?

La primera de las críticas que cabe hacer a los criterios *supra* comentados consiste, nada menos, en que no llegan a comprender que el derecho tutelado, la retrocesión, si bien se halla comprendido en el *genus* de los derechos subjetivos, pertenece, con mayor precisión, al grupo de los denominados —por la doctrina— “derechos potestativos”. Estos son derechos caracterizados por la existencia de un poder especial (particular), en virtud del cual el titular del mismo puede influir sobre una situación jurídica existente (como sería, en nuestro caso, la titularidad del bien expropiado, ya transferida con base en la expropiación forzosa), modificándola, extinguiéndola o creando una nueva, a través de su comportamiento unilateral. En otras palabras, es un “derecho a la modificación” de la situación jurídica existente. Mas, a diferencia de los derechos reales y de los derechos de crédito, los derechos potestativos no dan un poder inmediato sobre un objeto o un ente del mundo exterior. La voluntad del sujeto pasivo es, en los derechos potestativos, incapaz (impotente) de obstaculizar la producción del efecto jurídico, por el hecho de ser innecesaria (irrelevante) a dichos efectos.

La sujeción (*soggezione*), característica del derecho potestativo —en su faz pasiva—, se diferencia de la obligación, señalándose como característica de la primera que la subordinación del interés del sujeto pasivo (al goce del bien) no tiene lugar a través de su voluntad, sino a través de la sola voluntad del titular del derecho potestativo, al cual es consentido, por el ordenamiento jurídico, el actuar directamente la prevalencia del interés propio, sin necesidad de la colaboración del sujeto antagonista. El sujeto pasivo, pues, no puede impedir la producción de una “modificación” en el mundo del Derecho^{101 102 103}.

Ahora bien, tanto la potestad como la sujeción, aspectos ambos de la “relación potestativa” (preliminar), desaparecen con el acto de ejercicio del derecho potestativo, determinando un *quid novi*, caracterizado por nuevas relaciones y situaciones jurídicas: verdaderos derechos y obligaciones. Con el acto de ejercicio (demanda de retrocesión), pues, surge una nueva relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, caracterizada por la desaparición del estado de sujeción (verdadera situación de inercia) y el surgimiento de un estado jurídico nuevo, de una verdadera y propia obligación. El ejercicio del derecho potestativo produce, en otros términos, una transformación de la situación estática de sujeción, del sujeto pasivo de la relación, en una dinámica de obligación¹⁰⁴. ¿Qué significa, en definitiva, todo ésto? Significa que el acto de ejercicio del derecho determina que el sujeto pasivo de la relación se halle, a partir de dicho momento (nos referimos al momento del *ejercicio* del derecho potestativo), obligado a colaborar con el sujeto activo para que este último logre la satisfacción de su interés. Hace surgir un deber de prestación sobre el sujeto pasivo, y un derecho a la prestación a favor del sujeto activo.

Considerando la posición jurídica del sujeto expropiado, que tiene la posibilidad de demandar —de conformidad con las condiciones establecidas en la ley— que le sean restituidos los bienes (o una parte de ellos) que precedentemente le fueran expropiados, así como la posición del sujeto expropiador, que no puede oponerse a tal solicitud (demanda), parece forzoso e inevitable afirmar que el derecho de retrocesión es, en definitiva, un derecho potestativo.

En los derechos potestativos (y éste es el caso del derecho de retrocesión) el instrumento principal y directo, formalmente dispuesto por la ley para la realización del interés que constituye su contenido, es la acción judicial.

Vale destacar, sin embargo, el hecho de que nos hallamos en una situación jurídica regulada por normas de Derecho administrativo, situación que hace nacer un derecho subjetivo de índole administrativa¹⁰⁵.

Esta precisión permite explicar perfectamente el por qué es posible perseguir el bien o derecho

expropiado, aun en manos de terceros, circunstancia que se asemeja al derecho de persecución de los derechos reales. En efecto, de conformidad con el artículo 206 de la Constitución, “los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y *disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa*”. Tales potestades permiten al juez con competencia en lo contencioso-administrativo obligar, aun a los terceros adquirentes, a devolver el bien cuando ocurra alguno de los supuestos de retrocesión, sin que sea necesario acudir a la noción de acción real, noción que por lo demás resulta incapaz de explicar el derecho objeto del presente estudio.

Cuando la “Administración” —*lato sensu*— no destina el bien al fin específico de utilidad pública que determinó la expropiación, la ilegalidad o ilegitimidad de la conducta administrativa se consuma con la lesión al derecho subjetivo (*ad exemplum*, derecho de propiedad) del particular, lo cual constituye una manera indirecta de vulnerar la norma que le confiere existencia y consistencia (en este ejemplo, los artículos 99 y 101 de la Constitución).

Según el Diccionario de la Lengua Española, la palabra *restablecimiento* implica la acción y efecto de “volver a establecer una cosa o ponerla en el estado que antes tenía”, con lo cual cabe afirmar que las potestades del juez con competencia en lo contencioso-administrativo, consagradas en la norma constitucional, permiten explicar satisfactoriamente la acción de retrocesión como una acción constitutiva, que no tutela derecho real o personal alguno, y que debe ser intentada ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En el presente caso, *gratia arguendi* un particular ostentaba, con anterioridad a la consumación de la expropiación forzosa, la titularidad de un derecho de rango constitucional como es la propiedad. Ahora bien, por circunstancias supervenientes, se ha evidenciado que la obra de utilidad pública o de interés social no ha sido realizada, o que, si lo fue, quedó sobrante una parte del bien expropiado, presupuestos necesarios para el surgimiento del derecho de retrocesión. En consecuencia, la realidad demuestra que la “Administración” dispuso indebidamente la restricción del derecho, y frente a este obrar contrario a Derecho, “la sentencia estimatoria no supondrá el nacimiento del derecho subjetivo, ya que éste existía, sino su restablecimiento”¹⁰⁶. Su *restablecimiento*, restablecimiento del derecho sobre la cosa se entiende, mas con una necesaria precisión: el expropiante no restituye aquel derecho (el mismo derecho) que en su momento restringiera a través del mecanismo expropiatorio, aquel bien preexistente a —y ya extinguido con— la consumación de la expropiación forzosa, y ello porque no existe, por así decirlo, *una solución de continuidad en la cadena de transferencias* del derecho cuya retrocesión se demanda, pues no siendo el expropiador —como en efecto no lo es— causahabiente (al menos *stricto sensu*, es decir, en sentido técnico) del sujeto expropiado, sólo puede trasladar (restituir) el derecho que de *manera originaria* adquirió en el procedimiento expropiatorio.

La pretensión de la demanda de retrocesión

En el juicio de retrocesión, y es de importancia capital el comprenderlo, el sujeto expropiado no impugna la validez (conformidad con el Derecho) de la expropiación forzosa ni de acto alguno. En otras palabras, no se impugna ni la validez del decreto de afectación inicial con el cual se ejerció (concretó) la genérica potestad expropiatoria, ni tampoco se impugna la sentencia declarativa¹⁰⁷ que falla (en el proceso de expropiación) sobre la legalidad del procedimiento. Iguales consideraciones cabe realizar, caso de haberlo, sobre el segundo decreto de afectación, que significa una modificación de la afectación primigenia.

Cabe destacar que de impugnarse la validez del Decreto de expropiación no se lograría efecto alguno, ya que la sentencia dictada y registrada seguiría gozando de la fuerza de la cosa juzgada. Si, por el contrario, se pretendiese impugnar la validez del segundo Decreto de afectación (ausente en varias de las causales de retrocesión), seguirían produciendo efectos, una vez declarada su contrariedad con el Derecho, tanto el 'Decreto de afectación primigenio como la sentencia dictada en el proceso expropiatorio. Finalmente, la sentencia no podría ser atacada sino mediante el recurso de invalidación, previsto en el artículo 327 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, cuyas causales —a nuestro juicio— no permitirían, en el presente caso, la impugnación del fallo.

En nuestro criterio, en el supuesto de que el ente expropiador manifestase (con un segundo Decreto) la voluntad de no realizar la obra, el procedimiento a seguir no sería el consagrado para los juicios de anulación de los actos administrativos de efectos particulares, contenido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. De haber sido dictado un segundo decreto, el fundamento de la demanda *no* consistiría en alegar que existe un vicio en el segundo acto, vicio que supuestamente radicaría en la infracción de la prohibición contenida en el artículo 69 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, por “modificar la afectación del bien expropiado”. En todo caso, si se solicitara la nulidad del segundo decreto por su inconformidad con el Derecho, y esto demuestra la absurdidad de este criterio, la sentencia definitiva dictada en el proceso retrocesorio no podría, en ningún caso, declarar la nulidad de toda la expropiación forzosa, sino tan sólo del segundo Decreto, conforme con la máxima según la cual la nulidad de un acto de procedimiento no puede acarrear la de los demás actos, anteriores o consecutivos, independientes de él.

Con la interposición de la demanda de retrocesión ante el juez competente lo que se pretende, lo que se persigue, es *obtener la devolución del bien* expropiado (objeto mediato de la demanda), y el juez con competencia en lo contencioso-administrativo al fallar lo que hace es declarar la procedencia de la devolución o retrocesión con “fundamento” en la desaparición de la *causa expropriandi* (entendiendo por tal el efectivo destino del bien al fin que justificó la medida expropiatoria, respecto de todo o parte del bien expropiado) extinguiéndose —en consecuencia— los efectos “traslativos” de la medida expropiatoria, en virtud de haber perdido ésta su razón de ser, según el principio de que *cessante causa cessat effectus*. De esta manera queda claro que la pretensión es la devolución del bien, y el fallo en el cual se declara procedente la retrocesión, (objeto inmediato de la demanda, también llamado *petitum*), implícita o expresamente, se fundamenta en la desaparición de la *causa expropriandi*, en la cesación de los efectos de la expropiación forzosa.

En el proceso de retrocesión, pues, lo que se alega es la falta de correspondencia entre el destino final dado al bien, y aquel cuya consecución sirvió como motivo para justificar la expropiación. La falta de identidad entre el fin inicial y el último ilegítima —*lato sensu*— el ejercicio de la potestad expropiatoria, razón por la cual el juez contencioso-administrativo tiene competencia para declarar, con base en la cesación de efectos de la expropiación, la procedencia de la retrocesión demandada.

De lo que precede se concluye que la pretensión del actor es la devolución, mediante fallo judicial, del bien expropiado, y que tal pretensión se *fundamenta* en la ineficacia superveniente del ejercicio de la potestad expropiatoria. Y declarada la procedencia del derecho de retrocesión, es necesario proceder a restablecer “la situación jurídica subjetiva que fuera lesionada por la actividad administrativa”.

Procedimiento judicial aplicable

A) Procedimiento Administrativo Previo

En el supuesto que el sujeto expropiante haya sido la República, el legitimado activo para demandar la devolución del bien expropiado debe, de manera previa a la interposición de la demanda judicial de retrocesión, intentar y agotar el procedimiento administrativo previo a las acciones contra la República, previsto en el artículo 30 y siguientes de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.¹⁰⁸ Este procedimiento previo persigue solucionar las pretensiones del primitivo titular sin que resulte necesario acudir a la vía judicial, y su falta de interposición constituye una causal de inadmisibilidad de la demanda judicial de retrocesión.

En el supuesto de que el expropiador hubiese sido un Estado, Municipio, Instituto Autónomo, Empresa del Estado o (excepcionalmente) un particular autorizado (como, *ad exemplum*, un concesionario), no sería necesario agotar procedimiento administrativo previo alguno, si bien sería aconsejable, en atención a los principios de celeridad y economía, que la Ley de Expropiación estableciese un procedimiento administrativo previo, breve y rápido, cuyo agotamiento fuese necesario para la procedencia de la retrocesión.

B) Procedimiento Ordinario

El procedimiento aplicable al juicio de retrocesión ha de ser, en nuestro criterio, el del procedimiento ordinario, previsto en los artículos 338 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 88 y 103 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia¹⁰⁹. Así, por mandato del artículo 338 del Código de Procedimiento Civil, “las controversias que se susciten entre partes en reclamación de algún derecho, se ventilarán por el procedimiento ordinario, si no tienen pautado un procedimiento especial”.

No somos partidarios de la tutela del derecho de retrocesión a través de la acción breve y sumaria del amparo constitucional, ya que no consideramos que un procedimiento de esta naturaleza sea el adecuado para fallar acerca de si ha ocurrido o no una causal de retrocesión, sentencia esta constitutiva que, señalando quien tiene derecho a ser titular del bien precedentemente expropiado, modifica la esfera jurídica de las partes del proceso¹¹⁰. Opinamos que el procedimiento con garantías suficientes es el ordinario, a falta de uno especial, amén de que si las demandas contra la República, tal y como lo dispone la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, deben tramitarse —en términos generales— con arreglo a las formalidades del procedimiento ordinario, resultaría absurdo que se siguiese un procedimiento distinto cuando el legitimado pasivo es un sujeto distinto a la República.

C) Autoridad competente para conocer de la demanda de retrocesión

En Guatemala y en España el procedimiento de retrocesión se inicia ante autoridades administrativas^{111 112}.

En Venezuela, salvo cuando la República es el expropiante, la retrocesión se intenta, o mejor dicho, el procedimiento se inicia, ante órganos judiciales, tribunales con competencia en lo contencioso-administrativo. El texto del artículo 206 de la Constitución autoriza a afirmar, como ya se dijo, que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para conocer la demanda de retrocesión.

Debe quedar muy en claro que la acción que se intenta para lograr la retrocesión del bien expropiado es una acción dirigida a tutelar un derecho subjetivo autónomo, un interés individual surgido como consecuencia del ejercicio de la potestad expropiatoria, mas *no* dependiente, de manera inmediata, de la expropiación forzosa, dando lugar —en consecuencia— a un proceso

distinto a aquél que prevé la Ley de Expropiación, razón por la cual no somos del criterio según el cual la retrocesión no constituiría más que una continuación del expediente expropiatorio¹¹³ (lo que, entre otras cosas, tendrá incidencia cuando se trate el punto relativo a cuál es la ley que regula o disciplina el derecho de retrocesión y su ejercicio). En este sentido, vale la pena destacar que si bien las partes en uno y otro juicio (el expropiatorio y el de retrocesión) son las mismas —con, atención, a un carácter diverso—, debemos destacar que las acciones cuyo ejercicio da lugar a uno y otro proceso son fundamentalmente distintas, ya que aquella del juicio expropiatorio, al menos cuando el bien expropiado es el derecho de propiedad, es declarativa, mientras que aquella del proceso de devolución es constitutiva, de lo cual se deriva que el objeto en una y otra causa es totalmente diferente. En razón de lo anterior, *no* resultará necesariamente competente para conocer el juicio de retrocesión el juez que resultó ser competente para conocer del proceso de expropiación.

1) De conformidad con el articulado de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, los tribunales competentes para conocer del juicio de retrocesión serían, es este un primer criterio, los siguientes:

1 — Los Tribunales Superiores con competencia en lo contencioso-administrativo conocerán de aquellas acciones de devolución que se proponga contra la República o algún Instituto Autónomo o empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva (accionaria o de conducción), si su cuantía no excede un millón de bolívares (Bs. 1.000.000,00), de conformidad con el artículo 182, ordinal 2° *eiusdem*. La cuantía, por su parte, se determina conforme a las reglas contenidas en el Código de Procedimiento Civil.

2 — Los Tribunales Civiles de primera instancia de la circunscripción judicial respectiva, en el caso de que la acción se Intente o proponga contra los Estados o Municipios. De la apelación interpuesta contra estas decisiones conocen los Tribunales Superiores con competencia en lo contencioso-administrativo de la respectiva circunscripción judicial (artículo 183 *eiusdem*).

3 — La Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo conoce de las apelaciones contra las sentencias a que se contrae el número 1, así como —en primera instancia— de aquellas acciones de devolución propuestas contra la República o algún Instituto Autónomo o empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva, si su cuantía excede de un millón de bolívares (Bs. 1.000.000,00), pero no pasa de cinco millones de bolívares (Bs. 5.000.000,00).

4 — La Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, cuando la acción de retrocesión se proponga contra la República, o algún Instituto Autónomo o empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva, si su cuantía excede de cinco millones de bolívares (Bs. 5.000.000,00), de conformidad con el artículo 42, ordinal 15, *eiusdem*. Asimismo, conoce de las apelaciones a las decisiones a que se contrae el número 3 (artículo 42, ordinal 18, *eiusdem*).

5 — De manera particularmente interesante se plantea el problema relativo a cuál debe ser el tribunal ante la cual ha de interponerse la demanda de retrocesión cuando el expropiante es un particular (*ad exemplum*, un concesionario autorizado). A nuestro juicio, en el supuesto *in commento* el tribunal competente es aquel que hubiere resultado competente para conocer la demanda de retrocesión, conforme a los criterios atributivos de competencia señalados en los numerales anteriores, si la potestad hubiese sido ejercida por el ente que otorgó la concesión y, por consiguiente, delegó la potestad expropiatoria. Cabría deducir tal aseveración, a falta de norma que atribuya en forma expresa la competencia, del texto del artículo 9 de la Ley de Expropiación, conforme al cual:

“Los concesionarios o contratantes de obras públicas así como las compañías

o empresas debidamente autorizadas por la Administración Pública, se subrogarán en todas las obligaciones y derechos que correspondan a ésta por la presente Ley”¹¹⁴.

En efecto, la disposición transcrita consagra —no obstante utilizar el término “subrogación”— una delegación, entendida ésta como la modalidad de ‘transferencia’ del ejercicio de una potestad, en virtud de la cual, en los casos previstos en la norma jurídica, se faculta a un sujeto u órgano (delegante) para que, por un acto administrativo no normativo, dictado exclusivamente por razones de oportunidad, confiera a otro sujeto u órgano inferior (delegado) una potestad (su ejercicio), que *materialmente es idéntica a la del delegante*¹¹⁵, y así lo dejó sentado la Corte Federal y de Casación, en su Sala Federal, en sentencia de fecha 16 de noviembre de 1943, en la cual se afirma que:

“La subrogación de tal atribución constitucional en las compañías concesionarias se sobreentiende que es sólo cuando la utilidad pública y el interés particular de dichas empresas coincide; ejerciendo éstas tal facultad ‘delegada’, defienden o logran, así sea indirectamente, la utilidad pública que es el fundamento de la expropiación; pero no puede interpretarse tal subrogación, circunstancial y limitada, como una renuncia total que hace la Nación a derechos y deberes sagrados por constitucionales dejando de lado la utilidad pública que llega en ocasiones a confundirse con el orden público” (el subrayado es nuestro)^{116 117}.

En el caso concreto analizado (artículo 9 de la Ley de Expropiación), nos hallamos frente a una delegación *inter-subjetiva*, que puede darse cuando el delegado es un empresario privado que obtuvo una concesión, y tal delegación puede realizarse por un acto administrativo o por norma jurídica de rango de ley¹¹⁸.

Pero lo más importante es que en virtud de la capacidad jurídica (competencia en sentido amplio) delegada, el sujeto delegado ejerce poderes *materialmente idénticos* a los del sujeto delegante, por lo cual tanto el ejercicio de tales poderes como su control deberían ser tratados —*mutatis mutandis*— de igual manera (en forma “idéntica”) a como son regulados, disciplinados, cuando quien los ejerce es el delegante. En este sentido, somos del criterio que el ejercicio de la potestad por el delegado *debe* recibir el mismo tratamiento (recursos que proceden, órganos y tribunales competentes) que aquel que habría recibido de haber sido el sujeto delegante el expropiador. En definitivas cuentas, pues, el tribunal competente para conocer de la retrocesión de un bien expropiado por un particular (concesionario), debe ser aquel que hubiera sido competente para conocer de la acción propuesta si el expropiador hubiera sido el propio sujeto delegante¹¹⁹.

Tal es el sentido que, a nuestro juicio, debe dársele al artículo 9 de la Ley de Expropiación cuando este habla de “subrogación”, término que por lo demás resulta impropio e impreciso: si bien la Administración puede ejercer la potestad expropiatoria en caso de que el concesionario no la ejerza (lo cual supone que el delegante sigue teniendo la potestad no obstante la delegación)¹²⁰¹²¹, la subrogación implica substituir o poner una persona o cosa en lugar de otra, y nunca “compartir” o “concurrir” en el ejercicio de las potestades.

La disposición comentada “subroga” al concesionario (particular) en las obligaciones y derechos que corresponden a la “Administración” como ente al cual le fue conferida —genéricamente— la potestad expropiatoria y, en consecuencia, tal “subrogación” determina cuál es el tribunal competente: lo será aquel juzgado que hubiese podido conocer la acción de retrocesión intentada si el delegante hubiere sido el expropiador, y el particular-demandado en el proceso de retrocesión se halla legitimado pasivamente en razón de haber ejercido, previamente, una potestad de

Derecho público.

2) Un segundo posible criterio consistiría en afirmar que el tribunal competente es —siempre— el juzgado que sustanció y decidió el juicio de expropiación, tesis ésta sostenida en Argentina.

Este criterio no nos parece sustentable en el ordenamiento jurídico venezolano, ya que el tribunal que conoció del juicio expropiatorio no siempre resulta competente para conocer del proceso de retrocesión¹²². Como tesis es sustentable en países donde el proceso de retrocesión es considerado como continuación del expropiatorio.

Según Marienhoff, en la expropiación forzosa llevada a cabo mediante cesión amistosa o avenimiento, la demanda de retrocesión debe promoverse ante el juez que hubiera resultado competente de haber existido un proceso de expropiación forzosa, en tanto que en aquellos casos en los cuales sí hubo un juicio expropiatorio, la demanda debe intentarse ante el mismo juez que intervino en el proceso de expropiación. El por qué de esta postura lo justifica Marienhoff en dos razones:

—La primera, *ex lege*, resulta indiscutible en Argentina, en atención a los dispuesto por la Ley de Expropiación de la Provincia de Buenos Aires, número 5.708, artículo 46, a tenor del cual el juicio de retrocesión “deberá tramitarse ante el mismo juez que intervino en la expropiación o debió intervenir en ella”.

—La segunda, de fondo, sí es discutible —al menos en el marco del ordenamiento jurídico venezolano—, ya que según Marienhoff el juez que conoció del proceso expropiatorio debe conocer del de retrocesión “por tratarse de dos juicios entre los cuales existe una *obvia conexidad*” (el subrayado es nuestro). En nuestra opinión, este criterio carece de todo fundamento, no obstante la inexistencia de una norma que atribuya —de manera expresa— la competencia judicial en materia retrocesoria, ya que entre un juicio pendiente y otro ya decidido, ya sentenciado, *no* puede haber conexidad porque ésta, como criterio atributivo de competencia, exige —como *condictio sine qua non*— dos juicios pendientes.

3) Un posible tercer criterio atributivo de competencia, mas sólo para aquellos supuestos de retrocesión en los cuales el sujeto expropiante dicta un segundo Decreto de afectación, modificando aquella original, podría ser aquel según el cual las reglas de competencia son las que consagra la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia para los procedimientos de anulación de los actos administrativos de efectos particulares.

En el caso de que el acto hubiese sido dictado por un particular en ejercicio de funciones administrativas (por delegación legislativa o administrativa) correspondería a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, en virtud de la competencia residual del ordinal tercero, artículo 185, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia¹²³.

El criterio ahora analizado, en nuestro parecer *no* resulta aplicable al supuesto en el cual el expropiador procede a la modificación de la afectación original, del bien ya expropiado, a través de un nuevo acto de afectación. En efecto, en el proceso de retrocesión *no* se persigue la declaratoria de nulidad del acto con el cual se modificó la afectación primigenia, así como tampoco se busca “invalidar” un procedimiento expropiatorio ya concluido. La pretensión contenida en la demanda de retrocesión no es más que, con base en la ineficacia sobrevenida a la expropiación forzosa, la devolución del bien expropiado, y para lograr la señalada devolución no se requiere la impugnación ni del procedimiento expropiatorio ni del segundo acto de afectación.

Legitimados activos

Los sujetos legitimados para intentar la acción de retrocesión (legitimados *ad causam*) son el antiguo titular del bien expropiado, así como sus causahabientes, ya lo sean por actos *inter vivos* o *mortis causa*.

Siguiendo textualmente el artículo 32 de la Ley de Expropiación (la autoridad judicial declara la necesidad de adquirir “el todo o parte de la propiedad o algún otro derecho”), ha de concluirse que el sujeto legitimado para demandar la retrocesión del bien expropiado no es sólo el primitivo dueño o propietario del bien que fue objeto de la expropiación forzosa, ya que los legitimados activos son los *antiguos titulares* (noción ésta más amplia que la de propietario) de los bienes expropiados, así como sus causahabientes¹²⁴.

En efecto, ya afirmamos con anterioridad que el derecho de retrocesión es un derecho patrimonial, disponible por su titular, aun cuando se trate (temporalmente hablando) de una mera expectativa de derecho (potestativo) en el momento en que se consuma la expropiación, ya que para dicho momento no se ha aún configurado causal alguna de procedencia del derecho. Tal aseveración permite concluir que los causahabientes del primitivo titular están legitimados para ejercer el derecho a recobrar del bien expropiado.

En cuanto a determinar cuál es el momento a partir del cual el titular del derecho de devolución (antiguo titular) puede enajenarlo a un tercero, no es necesario que el derecho exista ya que, de conformidad con el artículo 1.156 del Código Civil venezolano, “las cosas futuras pueden ser objeto de los contratos, salvo disposiciones especiales en contrario”, debiendo entenderse que el término “cosas” comprende incluso los derechos futuros.

La venta, pues, puede hacerse con anterioridad al nacimiento del derecho, cuya génesis —como se señalara— se concreta cuando se verifica la causal de retrocesión. Así, la venta podría subordinarse a que el derecho llegare a existir (*emptio rei speratae*) o, por el contrario, no subordinar el contrato a que el derecho llegue a existir, supuesto en el cual se estaría vendiendo una simple posibilidad (*emptio spei*).

En sentido coincidente con lo señalado *supra*, Marienhoff, al analizar quiénes son los legitimados activos, señala que “el derecho de retrocesión también le compete al sucesor a título ‘singular’ a quien el ex-titular expropiado le hizo cesión ‘expresa’ de su derecho de retrocesión, presente o futuro”¹²⁵.

En Brasil, a base de textos legales expuestos (artículos 1.150 y 1.157 del Código Civil de Brasil), Seabra Fagundes (citado por Marienhoff) sostiene que el derecho de retrocesión es “personalísimo”, no transmisible, por tanto, a los herederos, ni susceptible de ser objeto de cesión¹²⁶.

IX LEGISLACIÓN APLICABLE

Posiciones de la doctrina comparada: a) Resulta aplicable la ley vigente al momento de la expropiación. b) Se aplica la ley vigente al momento en que se verifica la causal de retrocesión (momento en que nace el derecho)

Para algunos autores, “la viabilidad de la acción de retrocesión debe juzgarse de acuerdo con la ley vigente al tiempo en que quedó trabada la *litis* en la demanda de expropiación”¹²⁷. Nosotros, por nuestra parte, consideramos ajustado el criterio según el cual el derecho de devolución nace o surge en el momento en que se verifica alguno de los supuestos de procedencia del mencionado derecho¹²⁸, en razón de lo cual la retrocesión ha de regirse por el Derecho vigente al momento de su nacimiento (es decir, cuando se verifica el supuesto) y no por el Derecho vigente para el momento en que se realizó la expropiación forzosa. Vale la pena recordar que la acción que persigue la devolución del bien es distinta a la del juicio expropiatorio.

En este sentido, el Tribunal Supremo español, en sentencia del 15 de junio de 1953, señaló¹²⁹:

“Aplicar la Ley de 24 de julio de 1918 a enajenaciones de terrenos acordadas por la Administración después de promulgarse aquella, no obstante haberse expropiado antes aquellos terrenos, es criterio coincidente con la sentencia de la Sala Primera de 29 de enero de 1889 así como en la de 8 de febrero del mismo año”.

En igual sentido, el Tribunal Supremo español estableció, en sentencias del 29 de mayo de 1962 y 27 de marzo de 1968:

“De lo establecido en las Disposiciones Finales 1ª y 3ª y en la Transitoria de la Ley de 16 de diciembre de 1954, solamente se desprende que se regirán por la legislación anterior a la misma los expedientes que se hubieran iniciado antes de su entrada en vigor, y *el del derecho de reversión no es continuación de un expediente de expropiación forzosa*, sino un derecho otorgado, en determinados casos, a los que fueron dueños de fincas expropiadas” (el subrayado es nuestro).

Con anterioridad a la verificación de alguno de los supuestos de retrocesión, el antiguo titular (o sus causahabientes) tan sólo tiene en su patrimonio una expectativa de derecho. El derecho a recobrar el bien expropiado *nace* cuando ocurre uno de los supuestos de hecho que harían procedente una acción que persiga recobrar el bien y, en consecuencia, la ley aplicable ha de ser —sin lugar a dudas— la vigente al momento de surgir el derecho de retrocesión.

X PLAZO PARA EJERCER LA ACCIÓN DE RETROCESIÓN

Derecho comparado. La aplicación en Venezuela del lapso de prescripción consagrado en el artículo 1.977 del Código Civil. Análisis causístico

Ya hemos señalado e insistido en que la falta de identidad entre el fin último dado al bien y aquel que había motivado la expropiación forzosa ocasiona la “imposibilidad” de permanencia (en cuanto a efectos) de la misma, como consecuencia de la desaparición de la *causa expropriandi*, sin la cual la medida expropiatoria se revela inútil, innecesaria. Esa identidad entre el fin inicial y el final “legítima”¹³⁰ la medida adoptada por la “Administración”. Así, pues, la *causa expropriandi* se nos revela como la *condictio iuris* para la permanencia de la expropiación forzosa, como elemento *ad essentia* de la misma, y su carencia (ausencia) determina la lesión al derecho subjetivo cuya titularidad fue restringida con base en razones de interés colectivo (como puede ser la propiedad), lo cual constituye una manera —si bien indirecta— de transgredir la norma que confiere al ente expropiador la potestad expropiatoria, y da lugar a que se disponga, con base en la demanda de devolución, el inmediato restablecimiento del derecho subjetivo vulnerado por la actuación administrativa.

Ahora bien, entendiéndolo que la actuación —entiéndase la perduración de sus efectos— es ilegítima, que tal ilegitimidad ha lesionado un derecho subjetivo, y que tal lesión faculta al administrado para exigir el inmediato restablecimiento del derecho ¹³¹, cabe preguntarse dentro de qué lapso debe ser ejercido el derecho a la retrocesión o devolución.

Ya señalamos que el derecho de devolución surge en virtud de especiales *relaciones* de un particular con la “Administración”, de una situación que es consecuencia del ejercicio de una potestad autoritativa y que, por ende, se halla regido por el Derecho Administrativo, razón por la cual la aplicación de los largos lapsos de prescripción previstos en el Código Civil no resulta, a nuestro entender, cónsona con la *naturaleza* del derecho de retrocesión.

Refuerza el razonamiento anterior el hecho de que, en sistemas de Derecho comparado como el español y el guatemalteco no se establecen largos lapsos de prescripción (como sí ocurre en Argentina e Italia) sino breves lapsos de caducidad. En Argentina, Miguel Marienhoff considera aplicables los lapsos de prescripción previstos en el Código Civil, y ante la falta de normas legales que contemplaran expresamente cuál debía ser el lapso de prescripción de la acción que pretende obtener la devolución del bien expropiado, dicha acción debía considerarse extinguida a los 10 años (y no 20, a pesar de considerársela una acción real), ya que —a juicio del autor— no es posible desconocer que la adquisición de la propiedad del bien por parte del Estado contó con justo título y buena fe ¹³².

Analicemos, a continuación, cuáles podrían ser los posibles criterios a emplear, a los efectos de determinar cuál es el lapso dentro del cual debe ser ejercido el derecho a la “acción de retrocesión” (valga la imprecisión terminológica) del bien precedentemente expropiado. El señalado análisis será efectuado caso por caso, es decir, estudiando —aisladamente— cada una de las causales que determinan el nacimiento del derecho de devolución.

A) Cambio de afectación

Un primer criterio, aplicable sólo en el supuesto de un cambio de afectación (mediante un nuevo decreto expropiatorio), consistiría en considerar que como la “ilegitimidad” se ha materializado con

la emanación del nuevo acto administrativo, el lapso para accionar sería el de 6 meses, previsto en el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia ¹³³, contados a partir de la publicación oficial o notificación al interesado. Ahora bien, sin olvidar que el ejercicio de la “acción de retrocesión” persigue obtener la devolución del bien previamente expropiado, dejando sin efectos —*ex nunc*— la medida expropiatoria que el tiempo reveló innecesaria, mas nunca impugnar la validez del procedimiento de expropiación forzosa, o del acto con el cual se procede a modificar la afectación original, cabría afirmar (y seguramente habrá quien así lo piense) que se toma el lapso de seis meses de la Ley ya que el nuevo acto adquiriría firmeza una vez transcurrido dicho plazo, no obstante su contrariedad con el artículo 69 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio. En otras palabras, la legalidad del nuevo decreto de afectación, su contrariedad con el artículo 69 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, por no adolecer de vicios de nulidad absoluta, estaría fuera de todo debate de accionarse una vez vencidos los seis meses a los cuales hemos hecho alusión, de allí que toda demanda debiera intentarse dentro de dicho lapso.

Esta tesis presenta graves inconvenientes. En efecto, ¿por qué ha de considerarse que el lapso para accionar es aquel de seis meses previsto en el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia cuando lo que se pretende con la proposición de la demanda ante el juez con competencia en lo contencioso-administrativo *no* es la declaración de invalidez o ilegitimidad del segundo decreto de afectación, ni se siguen —en consecuencia— las formalidades previstas para los procedimientos de nulidad de los actos administrativos de efectos particulares? No resulta, pues, en nuestro criterio, aplicable el lapso contemplado en el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, por la sencilla razón de que *no se impugna* la validez o legalidad del segundo Decreto, y porque —además— al juez con competencia en lo contencioso-administrativo sólo se le solicita que constate que la afectación ha variado y —en consecuencia— ordene la devolución del bien expropiado.

Una segunda posibilidad o solución para el supuesto ahora analizado (es decir, cambio de afectación mediante un segundo decreto de expropiación) consistiría en afirmar que el lapso de prescripción es el de diez años contemplado en el artículo 1.977 del Código Civil venezolano ¹³⁴, contados a partir de la publicación oficial del acto o de su notificación al sujeto expropiado. Mas, se preguntará más de uno ¿por qué resulta aplicable el lapso de diez (10) años establecido para las acciones personales cuando el derecho a la devolución, el derecho de retrocesión, como dejamos establecido, *no* es un derecho de crédito? Pues bien, consideramos que la aplicación *analógica* del lapso de diez (10) años se justifica por el hecho de que el “contenido” en una y otra categoría de derechos (es decir, de crédito y potestativos) es equiparable, por consistir en un *ius ad rem*. En efecto, cabe afirmar que el antiguo titular del bien expropiado (o sus causahabientes), sujetos con la legitimación *ad causam* para demandar judicialmente la devolución del bien expropiado, no tienen un *ius in re*, no son titulares de un derecho en —sobredicho bien sino que, por el contrario, sólo tienen un *ius ad rem* (nombre utilizado por los jurisconsultos de la Edad Media), un derecho a la cosa, a obtenerla. En el caso concreto de la retrocesión, un derecho a la cosa cuyo “contenido” cabría descomponer, subdividir, en: a) en un primer momento, es decir, una vez que se ha verificado la causal de procedencia del derecho, mas previo al ejercicio de la acción, un derecho a la “cosa”, entendida como aquel cambio —modificación *lato-sensu*— de la situación jurídica existente; y, b) un segundo derecho a la “cosa” (al cual sí corresponde una obligación de la “Administración”), posterior y consecuencia de la proposición de la demanda judicial, mas entendida esta vez como el bien expropiado. De aquí que, visto el igual contenido de ambas categorías de derechos, el lapso deba ser —en nuestro criterio— aquel de diez (10) años previsto en el artículo 1.977 del Código Civil.

Esta segunda posición nos parece la más correcta, si bien no la ideal, por no estar acorde la longitud del lapso con la naturaleza del derecho de devolución. Dicho lapso, como ya se señaló, se contaría a partir del cambio o modificación de la afectación, que es el supuesto que determina la génesis del derecho de devolución.

Cuando el cambio de afectación no sea consecuencia de un nuevo acto administrativo, es decir, cuando se modifique “de hecho” el destino del bien expropiado, es claro que no se plantea la duda acerca de la aplicabilidad del artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y, en consecuencia, el plazo para ejercer la acción es, sin lugar a dudas, el de diez años previsto en el Código Civil.

B) No realización de la obra

Esta causal de retrocesión requiere, exige, como punto previo y presupuesto indispensable, para poder luego proceder a establecer cuál es el lapso dentro del cual debe el sujeto expropiado ejercer la “acción de retrocesión”, así como el momento a partir del cual comienza a correr dicho plazo, el que quede establecido cuál es el término dentro del cual debe el sujeto expropiante —una vez ya consumada la expropiación forzosa— dar inicio a la realización de la obra.

En Argentina, *ad exemplum*, la fijación del plazo dentro del cual el expropiador debe proceder a realizar la obra o iniciar su construcción resulta de la aplicación analógica —a la retrocesión— del llamado “abandono de la expropiación”, el cual no es más que una sanción a la inactividad del sujeto expropiador. En efecto, el abandono no es más que una presunción de ley frente a un comportamiento o conducta del expropiante, consistente en no dar cumplimiento —dentro de determinados lapsos— a la ley que autorizó o dispuso la expropiación forzosa, dejando que el tiempo transcurra inútilmente sin promover la pertinente acción judicial ¹³⁵.

En Venezuela, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico ha buscado sancionar la inercia total del expropiante, posterior a la emanación del decreto de afectación, a través de la disposición consagrada en el artículo 106 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, sin olvidar el artículo 64 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, es necesario realizar un detenido análisis, a fin de determinar si una solución similar a la planteada por Marienhoff es —*mutatis mutandis*— aplicable o no al Derecho venezolano.

Para el caso de que el sujeto expropiador no proceda a realizar la obra, una primera posibilidad, que aquí resulta necesario analizar, y que constituye la aplicación en nuestro ordenamiento jurídico de la tesis de Miguel Marienhoff (“aplicación analógica del abandono de la expropiación”), consistiría en considerar que la “acción de retrocesión” debe intentarse dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de los tres años a los cuales hace alusión el artículo 106 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, contados a partir de la fecha de entrega material del bien al expropiador. El ya señalado lapso de tres años se tomaría, por aplicación analógica, de la disposición contenida en el artículo 106 *in commento* en concordancia con el artículo 64 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio. Resultaría posible el acudir a la analogía tomando en consideración que dicha disposición (vale decir, el artículo 106 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal) sanciona un comportamiento negativo, un no proceder de la “Administración” (en ejercicio de la potestad expropiatoria), similar a la inactividad constitutiva de esta causal de procedencia del derecho de retrocesión. En los dos supuestos analizados (la no ejecución de la obra, como causal de retrocesión, así como el decaimiento de la afectación) el Legislador venezolano sanciona una inactividad, un no hacer de la “Administración”, razón por la cual los presupuestos de hecho (en el fondo ese *no hacer*) son, por así decirlo, *esencialmente* iguales, procediendo —a nuestro entender— la analogía, entendida como el método mediante el cual una regla de ley o de Derecho se extiende a campos no comprendidos en ella, sin que quepa argumentar —en contrario— la diversidad temporal entre uno y otro supuesto de hecho (es decir, que uno ocurre antes de la consumación definitiva de la expropiación forzosa, mientras que el otro ocurre con posterioridad a dicho momento).

Así, pues, transcurridos que sean tres años, contados a partir de la entrega material del bien al expropiador, sin que el sujeto expropiante haya dado inicio a la realización de la obra, ha de considerarse sin efecto la medida expropiatoria, el ejercicio de la potestad administrativa, que el transcurso del tiempo demostró inútil. Cesan los efectos de la expropiación forzosa, por la desaparición del elemento esencial de la *causa expropriandi*, en razón de no haberse configurado la *identidad* —exigida por la ley— entre el fin de interés colectivo inicial y el destino final dado al bien, procediendo —en consecuencia— la devolución del bien expropiado.

El lapso de seis meses no sería más que una consecuencia de la aplicación analógica del lapso del artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia a una actividad en sentido *lato* (inactividad) ilegítima y contraria a Derecho. Cabe realizar aquí, nuevamente, las críticas que ya formuláramos (al analizar la causal de retrocesión precedente) a la aplicación del lapso contemplado en el artículo 134 *in commento*.

Una segunda postura (en realidad no es más que una variante de la precedentemente explicada) consiste en considerar, tomando en cuenta el plazo consagrado en la señalada disposición de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que la acción para obtener la retrocesión del bien expropiado prescribe a los diez años del vencimiento del plazo que tiene el expropiador para realizar la obra o servicio. El lapso de diez años es aquel consagrado en el artículo 1.977 del Código Civil venezolano.

Ahora bien, de considerarse que no tiene cabida (en el supuesto analizado) la aplicación analógica de la disposición contenida en el artículo 106 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, corresponderá al juez con competencia en lo contencioso-administrativo el establecer, pretoriamente, cuál es el lapso prudencial, razonable, cónsono con la naturaleza de la obra a realizarse, al cual ya hiciéramos alusión al comentar las causales de retrocesión, vencido el cual —sin que se haya dado inicio a la obra— comienza a correr el lapso de prescripción de la acción establecido en el Código Civil.

C) Agotamiento del Plan de Ordenación

En el caso de agotamiento del Plan previsto en el artículo 69 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, la acción para retrotraer el bien expropiado prescribiría a los diez años, por aplicación del artículo 1.977 del Código Civil, contados a partir del momento de agotamiento de la vigencia del plan de ordenación correspondiente.

D) Porciones sobrantes del bien

En el caso de porciones sobrantes del bien, el lapso —también de diez años, de conformidad con el artículo 1.977 del Código Civil— comenzaría a correr a partir de la finalización de la obra.

E) Obra paralizada

En el supuesto de paralización de la obra, la acción prescribiría en el lapso de diez años (artículo 1.977 del Código Civil), contado a partir del momento en que la obra fue efectivamente paralizada.

F) Caso de doble afectación

Esta causal sólo produce la retrocesión del bien expropiado cuando las dos afectaciones, que coexisten sobre dicho bien, se refieren a partes distintas del mismo, y *no* cuando ambas afectaciones están referidas al bien *in integrum*. El lapso de diez años (o el de seis meses, dependiendo de la posición asumida en el literal A), por aplicación analógica del artículo 1.977 del Código Civil, comenzará a correr desde el momento en que se afecte una parte del bien a la

segunda afectación, y sólo procederá la retrocesión de esa parte del bien destinada a aquella afectación distinta de la original.

XI EFECTOS DE LA RETROCESIÓN

Efectos ex-nunc del fallo. Carácter constitutivo de la sentencia de retrocesión. Devolución recíproca de prestaciones. Procedencia de una indemnización cuando no resulta posible la devolución in natura del bien expropiado

La consecuencia de la declaratoria de procedencia de la retrocesión, vale decir los efectos de la sentencia, son sólo pro-futuro, *ex-nunc*. La sentencia no hace más que disponer la devolución del bien expropiado, determinando la cesación de los efectos de la expropiación forzosa que el tiempo reveló innecesaria. El fallo judicial no condena la validez inicial de la expropiación, anulándola, ya que en él el juez constata la falta de identidad entre el fin real dado al bien y aquel que motivó la medida expropiatoria, análisis éste que no versa sobre la validez de la expropiación en un inicio. No tiene, pues, efectos *ex-nunc*, sino que tan sólo ordena que cesen los efectos, hacia el futuro, de la expropiación inútil.

Nos hallamos, pues, frente a una nueva (verdadera) transferencia del bien expropiado, y *no* frente a la resolución de la “transferencia” original del bien (trátese de la propiedad o de algún otro derecho). El juez que conoce del proceso que tiene por objeto la devolución del bien expropiado dispone en el fallo definitivo, con eficacia *ex-nunc*, una mutación en la esfera jurídica de las partes. En otras palabras, el juez dispone una modificación en el mundo del Derecho, la producción de un efecto jurídico que determina un cambio en la situación jurídica que se refiere a la titularidad del bien precedentemente expropiado, razón por la cual la sentencia con la cual se dispone tal modificación debe ser catalogada como constitutiva. Ahora bien, además del cambio de la situación sustancial preexistente al proceso, el fallo también declara —no son éstos más que los fundamentos de la decisión— la concurrencia de los presupuestos, a cuya existencia la ley subordina la producción de un determinado efecto¹³⁶. Queremos insistir en que lo que se busca con la retrocesión es que el juez restituya (devuelva) el bien, lo cual implica que el fallo debe tener por objeto una modificación de la esfera jurídica de las partes.

En el proceso retrocesorio, pues, la transferencia del bien se realiza —*ipso facto*— con el pronunciamiento del fallo judicial, de allí que quepa aseverar, sin lugar a dudas, que la transferencia se produce, por decirlo gráficamente, *sin* el consentimiento del ente expropiador, razón por la cual no resulta aplicable, caso de ser la República el expropiante, la disposición contenida en el artículo 150, ordinal 2º, de la Constitución Nacional, así tampoco aquellas contenidas en los artículos 23 y 24 de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional¹³⁷. En efecto, no resultan aplicables las normas analizadas porque carecería de sentido “autorizar” al Ejecutivo a realizar una enajenación cuando la transmisión del bien ocurre, en definitivas cuentas, *al margen* de la voluntad de éste último. Cabe preguntarse, sin embargo, ¿qué ocurre cuando el bien no es del dominio privado sino del dominio público de la Nación? Cabría afirmar, por argumento en contrario a lo dispuesto por el artículo 541 del Código Civil¹³⁸, que si todo bien destinado al uso público o a la defensa nacional ha de considerarse perteneciente al dominio público de la Nación, todo bien expropiado para un destino de uso público o de defensa nacional ha de ser también considerado como perteneciente al dominio público por su afectación; mas, caso de que desapareciese la *causa expropriandi*, y ello porque no se dio al bien el destino original para el cual

fue expropiado, que no es más que el supuesto de hecho del derecho a la retrocesión, dicho bien pasaría —automáticamente— al dominio privado de la Nación, y nos hallaríamos, en consecuencia, frente al primero de los supuestos analizados en el presente párrafo.

A nuestro juicio, a la retrocesión (entiéndase a su procedimiento) *no* es extensible, no cabe aplicarle por analogía, el criterio, consagrado en nuestra Ley de Expropiación (en los títulos referidos al Proceso Expropiatorio), conforme al cual el fallo definitivo no transfiere la titularidad del bien, tratándose de un fallo *mero-declarativo*^{139 140 141 142} en el cual —esencialmente— sólo hay una declaración de certeza sobre la legitimidad de la medida expropiatoria, resultando necesario, a los efectos de la “transmisión” del bien que —pronunciado el fallo— el ente expropiador pague, previamente, el monto de la justa indemnización. Y no resulta aplicable porque el objeto de la decisión en uno y otro proceso es radicalmente diverso, de lo cual deriva que uno y otro fallo *no* pertenezcan a una única e idéntica categoría, siendo uno catalogable como mero declarativo, en tanto que el segundo ha de considerarse constitutivo.

En el proceso expropiatorio el juez, según lo alegado y probado en autos, se limita a declarar si el procedimiento ha sido o no legítimo, así como si resulta o no necesario el adquirir el todo o parte del dominio o algún otro derecho; en la retrocesión, por el contrario, la decisión del juez —en conformidad con la pretensión procesal de la parte demandante— no sólo crea certeza sobre la existencia de los presupuestos exigidos por la ley para la procedencia de la acción, sino que, además, transfiere la titularidad sobre el bien expropiado, modificando así la esfera jurídica de las partes en el proceso, motivo por el cual ha de considerarse constitutiva. La función del proceso de retrocesión, y esto debe quedar claro, *no* es la de revisar la legalidad de la medida expropiatoria ya verificada, sino la de obtener una resolución judicial que *restituya* al accionante la titularidad sobre el bien expropiado¹⁴³.

Por lo demás, como el derecho a la retrocesión es consecuencia de la ineficacia que sobreviene a la expropiación, *ab-initio* válida y eficaz, mal podría el juez retrotraer los efectos cuando la naturaleza misma de la ineficacia *a posteriori* supone que el ejercicio de la potestad expropiatoria fue en un principio conforme a Derecho, si bien luego, por circunstancias supervenientes, perdió su eficacia al desaparecer el elemento esencial de la causa.

Las consideraciones precedentes autorizan a afirmar que el bien recobrado en virtud de la retrocesión vuelve a manos de su antiguo titular libre de todos aquellos gravámenes existentes al momento de la expropiación (llamémoslos originales). En efecto, si por obra de la expropiación se trasladaron todos los derechos sobre el bien (como son, *ad exemplum*, los créditos hipotecarios) a la justa indemnización pagada por el expropiador, entonces tales derechos no renacen sobre el bien, ya que la sentencia que acuerda la retrocesión no produce efectos hacia el pasado, anulando la expropiación forzosa ya consumada. Sólo cesan, pro-futuro, los efectos de la expropiación forzosa. En otras palabras, del sujeto expropiante al sujeto expropiado es transferido —en sentido propio— *el mismo* derecho de propiedad adquirido (por el expropiador) en virtud del procedimiento expropiatorio, de manera tal que el sujeto expropiado adquiere el bien libre de cargas o gravámenes de cualquier naturaleza¹⁴⁴. El sujeto expropiado, ahora demandante en el proceso de retrocesión, adquiere el derecho sobre la cosa de manera derivada (a diferencia de cuanto acontece en la expropiación forzosa), y cabe catalogarlo —en consecuencia— causahabiente del ente expropiante.

Las principales consecuencias de la retrocesión son que el antiguo titular del bien expropiado está obligado al pago de la justa indemnización, mientras que el expropiante está obligado, por su parte, a la devolución del bien expropiado.

Si bien es cierto que el sujeto expropiante está obligado a devolver el bien, en algunos supuestos

(por ejemplo cuando se destina el bien a otra finalidad de utilidad pública: se construyó una represa y no una autopista) resultará imposible la devolución *in natura*. En tales circunstancias, el primitivo titular no podría recobrar el bien expropiado, lo cual haría inútil, nugatorio, el ejercicio del derecho de retrocesión. Frente a este supuesto, los principios de justicia y equidad nos inducen a pronunciarnos a favor de la substitución (de la devolución) por una justa indemnización, por los daños y perjuicios ocasionados ¹⁴⁵, ya que el interés particular del sujeto expropiado debe ceder frente al general. Estos daños podrían consistir, a modo de ejemplo, en que si el expropiante hubiese deseado hacer, desde un principio, la segunda obra, el decreto de afectación hubiera sido dictado varios años después, y habrían influido en la determinación de la justa indemnización —en consecuencia— una serie de elementos nuevos.

En cuanto a la indemnización que le corresponde devolver al antiguo titular, será necesario tomar en cuenta, mediante nuevo avalúo, conceptos indemnizatorios nuevos, como sería el caso de las mejoras que el bien haya podido experimentar, ya que el criterio de la Corte Suprema de Justicia —en materia de indemnizaciones en los procedimientos de expropiación— debe aquí —*mutatis mutandis*— respetarse: no debe haber “ni enriquecimiento ni empobrecimiento para ninguna de las dos partes” en causa.

En España, el legislador adoptó una solución práctica, considerando que no resulta necesario realizar nuevo avalúo cuando entre el momento de la ocupación del bien y el de la retrocesión no han aún transcurrido dos años. Sin embargo, este criterio no es aplicable cuando sólo se demanda la retrocesión de una parte del bien (por ejemplo, en la demanda de porciones sobrantes), ya que siempre será necesario realizar nuevo avalúo, tomando en consideración, entre otras cosas, la incidencia que tendrá sobre el valor del bien la devolución de sólo una parte del mismo.

XII EL AVALÚO EN LA RETROCESIÓN

Aplicabilidad de los criterios consagrados en el artículo 35 de la Ley de Expropiación. Valor que en el nuevo cálculo a ser realizado por los expertos ha de tener la justa indemnización pagada en el juicio expropiatorio

Ya señalamos que la retrocesión debe seguir los trámites del procedimiento ordinario previsto en el Código de Procedimiento Civil. Pues bien, el juez al sentenciar deberá determinar cuál ha de ser el monto de la justa indemnización que el accionante debe al sujeto expropiante, monto que deberá ser determinado, a falta de acuerdo entre las partes del proceso de retrocesión, siguiendo el procedimiento previsto —*mutatis mutandi*— en la Ley de Expropiación, artículos 33 y siguientes.

En efecto, los principios que inspiran todo el régimen de la justa indemnización (en materia expropiatoria) en el ordenamiento jurídico venezolano son aplicables a la retrocesión^{146 147}, ya que el monto de la indemnización debe cubrir exactamente el daño que se irroga al sujeto expropiante, sin que éste se empobrezca ni enriquezca, en la medida que tal resultado pueda razonablemente alcanzarse. El procedimiento establecido en la Ley de Expropiación para la fijación de la justa indemnización resulta aplicable —no así la norma que regula, en el Código de Procedimiento Civil, la denominada experticia complementaria del fallo— llegado el momento de determinar cuál es la cantidad que por concepto de indemnización debe el antiguo titular del bien expropiado pagar al sujeto expropiante, en razón de que, en lo relativo al modo conforme al cual los expertos efectúan su apreciación, tanto el objeto en consideración como la finalidad de las respectivas estimaciones son similares¹⁴⁸.

El avalúo debe tomar en consideración, además de los elementos que contempla el artículo 35 de la Ley de Expropiación (valores que, temporalmente hablando, se refieren a la fecha de la sentencia que declara y ordena la restitución del bien), el monto de la indemnización que recibió el dueño al ser expropiado que, a nuestro juicio, debe constituir —más bien— el *punto de partida* de los expertos. Así, debe incidir en la decisión de los peritos, y de una manera capital, el monto acordado, por el tribunal que conoció la expropiación forzosa, a modo de justa indemnización, con lo cual no se haría más que “ajustar” la justa indemnización pagada a las circunstancias reales imperantes al momento de la retrocesión. Se trata, pues, de una retasación.

Además de tales elementos, deberán ser tomados en cuenta las mejoras (“directas”) experimentadas por el bien, así como una indemnización por los daños producidos al bien retrocedido¹⁴⁹, sin olvidar lo que pueda deber el antiguo titular en concepto de contribución por mejoras (si son inmuebles), ya que si se demandó la devolución de una parte sobrante de una finca, al lado de la cual corre una autopista (donde antes sólo había una trocha), no pareciera justo que se omitiese un factor tan importante como éste.

En lo que se refiere a cuál es el término dentro del cual las obligaciones de las partes (bien nazcan de una convención o del fallo de retrocesión) deben ser ejecutadas, cumplidas, no existe —a nuestro entender— obstáculo alguno que impida la aplicación de los principios generales, es decir, si se trata de una convención lo fijan las partes, mientras que si ha sido dictado un fallo, tal determinación corresponderá al juez.

Roma, 27 de diciembre de 1987.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GORRONDONA, José Luis: "Las Leyes Orgánicas en la Constitución de 1961", publicado en *Estudios sobre la Constitución (Libro Homenaje a Rafael Caldera)*, Tomo III, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1979.

ÁLVAREZ GENDIN, Sabino: *Expropiación Forzosa. (Su concepto jurídico)*, Editorial Reus S.A., Madrid, 1928.

BREWER-CARÍAS, Allan Randolph: *La Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social*, Universidad Central de Venezuela, Publicaciones del Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Caracas, 1966.

BREWER-CARÍAS, Allan Randolph: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo VI (*Propiedad y Expropiación*), Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Instituto de Derecho Público, Caracas, 1979.

BREWER-CARÍAS, Allan Randolph: *Estudios de Derecho Público II (Labor en el Senado 1983)*, Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1984.

CANASI, José: *La Retrocesión en la Expropiación Pública*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1964.

CANASI, José: *Tratado Teórico Práctico de la Expropiación Pública*, Tomo II, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1967.

CÓDIGO CIVIL DEL BRASIL.

CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

DE LA VALINA Y VELARDE, Luis: *Transferencia de Funciones Administrativas*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1964.

DE MALLOL GUARRO, Federico: *La Indemnización y el Justiprecio en la Expropiación Pública*, Editorial Hispano Europea, Barcelona, 1966.

GAMERO, Alberto Martín: *Expropiaciones Urbanísticas*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1967.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1982.

GIANNINI, Massimo Severo: *Di ritto Amministrativo*, Volume Primo, Giuffrè, Milano, 1970.

GIANNINI, Massimo Severo: *11 P blico Potere*, Il Mulino, Bologna, 1986.

GIL, Oscar Moreno; *Expropiación Forzosa, (Legislación y Jurisprudencia comentadas)*. Editorial Civitas, Madrid, 1983.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Derecho Procesal Hispanoamericano*, Editorial Temis, S.A., Bogotá, 1985.

SIERRA JARAMILLO, Francisco: *Derecho Contencioso-Administrativo*, segunda edición, Editorial Temis, Bogotá, 1980.

KUMMEROW, Gert: *Compendio de Bienes y Derecho Reales, (Derecho Civil II)*, Tercera Edición, Ediciones Magón, Caracas, 1980.

LANDI, Guido: *L'Espropriazione per Pubblica Utilità*, Giuffrè Editore, Milano, 1984.

LANDI, Guido y QUARANTA, Alfonso: *Rassegna di Giurisprudenza sulla Espropriazione per Pubblica Utilità*, Giuffrè Editore, Milano, 1973.

LAUBADERE, Andre: *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Temis, Bogotá, 1984.

LEY DE EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA O INTERÉS SOCIAL.

LEY DE EXPROPIACIÓN FORZOSA española, de fecha 16 de diciembre de 1954, publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) número 351, de fecha 17 de diciembre de 1954.

LEYES Y DECRETOS REGLAMENTARIOS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE VENEZUELA, Tomo IX, Publicación del Ministerio de Relaciones Exteriores, Caracas, 1943.

CRETELLA JUNIOR, J.: *Comentários às Leis da Desapropriação*, 2ª edição, Editor José Bushatsky, São Paulo, 1976.

LEY NÚMERO 529 DE EXPROPIACIONES DE GUATEMALA, *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Central de Venezuela, número 12, Caracas, 1957.

LEY DE EXPROPIACIÓN ITALIANA (Ley número 2.359, del año 1865).

LEY ORGÁNICA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

LEY ORGÁNICA DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO.

LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS.

LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN MUNICIPAL.

LEY SOBRE DERECHO DE AUTOR.

MARIENHOFE, Miguel: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Segunda Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975.

MICHELI, Gian Antonio: *Derecho Procesal Civil*, Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1970,

MOLES CAUBET, Antonio: "El Sistema Contencioso Administrativo Venezolano en el Derecho Comparado", publicado en el libro *Contencioso-Administrativo en Venezuela*, Colección Estudios Jurídicos, número 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981.

NOVISSIMO DIGESTO ITALIANO, Tomo V, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1960.

NUOVO DIGESTO ITALIANO, Tomo IV, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1938.

PERA VERDAGUER, Francisco: *Expropiación Forzosa*, Segunda Edición, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1970.

REGLAMENTO DE LA LEY DE EXPROPIACIÓN FORZOSA española, dictado mediante Decreto del 26 de abril de 1957, publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE) número 106, de fecha 20 de junio de 1957.

REVISTA DE DERECHO PÚBLICO, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

RIVERO, Jean: *Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Público, Caracas, 1984.

RODRÍGUEZ R., Libardo: *Derecho Administrativo* (General y Colombiano), Tercera Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1985.

SAITTA, Nazareno: *La Retrocesione dei Beni Espropriati*, Giuffrè Editore, Milano, 1974.

SANDULLI, Aldo: *Manuale di Diritto Amministrativo*, Jovene Editore, Napoli, 1984.

SAYAGUES LASO, Enrique: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, tercera edición, Montevideo, 1974.

SIERRA JARAMILLO, Francisco: *Derecho Contencioso-Administrativo*, Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1980.

TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Pietro: *Manuale di Diritto Privato*, decimoquinta edición, Giuffrè, Milano, 1985.

VEDEL, Georges: *Derecho Administrativo*, Ediciones Aguilar S.A., Madrid, 1980.

VIGNALE, Mario: *L'espropriazione per pubblica utilità nell'attuale carenza di produzione normativa*, Jovene Editore, Napoli, 1986.

VIRGA, Pietro: *Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 1983.

VIRGA, Pietro: *11 Provvedimento Amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 1972.

ZAMBRANO VELAZCO, José Alberto: *Teoría General de las Obligaciones (Parte General de las Obligaciones —la Estructura—)*, Editorial Arte, Caracas, 1985.

Este libro se terminó de imprimir el 15 de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho en las

Prensas Venezolanas de Editorial Arte, en la ciudad de Caracas.

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Las Expropiaciones Urbanísticas” en *Jurisprudencia de la Corte Suprema* 1 930-74 y *Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo VI (Propiedad y Expropiación), Caracas 1979, pp. 52-55; y *Urbanismo y Propiedad Privada*, Caracas 1980, pp. 413-415.

² Sentencia de 14-3-52, *Gaceta Forense* N° 10, 1952, pp. 125 y 148.

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Urbanismo y Propiedad Privada*, cit., pp. 435-452.

⁴ 1. La denominación *expropiación forzosa*, dada a la institución en este estudio, sigue la terminología utilizada por nuestro Legislador en la disposición contenida en el artículo 1° de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Interés Social (en lo adelante Ley de Expropiación), de fecha 4 de noviembre de 1947, modificada mediante Decreto 184 del 25 de abril de 1958, disposición según la cual “*la expropiación forzosa no podrá llevarse a efecto sino con arreglo a la presente Ley, salvo lo dispuesto en las Leyes de Minas e Hidrocarburos*”.

⁵ 2. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, del 24 de febrero de 1965, publicada en la *Gaceta Oficial* N9 27.676, de la misma fecha, recogida por Alián Randolph Brewer-Carías en *La Ex-propiación por Causa de Utilidad Pública o Social*, Publicaciones del Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, U.C.V., Caracas, 1966, pág. 27, N° 1.

El “Estado” (se nos dispense el uso totalmente atécnico del vocablo), a través de los trámites del procedimiento expropiatorio, adquiere un bien —más preciso aún, un derecho sobre un bien— coactivamente, de manera originaria (es éste el principio general), como si se hubiese tratado, digámoslo gráficamente, de una *res nullius*, y no de manera derivada, razón por la cual no cabría en momento alguno afirmar que el sujeto expropiante pasa a ser, a consecuencia de la expropiación forzosa, causahabiente del antiguo titular del bien, del sujeto expropiado. Al ente expropiador no lo perjudican los vicios, los defectos, de los cuales hubiese podido adolecer el derecho que el sujeto expropiado tenía sobre el bien objeto de la medida expropiatoria. Y caso de ser ciertas las afirmaciones precedentes, cosa que no ponemos en duda, *no* resulta posible aseverar que en la expropiación se produce la *transmisión forzosa* de bien alguno, ya que el proceso (“proceso de restricción”) es más complejo: por un lado se procede a restringir (extinguir) el derecho de un particular y, por otro lado, paralela y simultáneamente, se constituye (crea) *ex-novo* un nuevo (valga la redundancia) derecho sobre el mismo bien, mas no sobre la base del derecho preexistente, aspecto éste último de la operación que determina una adquisición originaria por parte del expropiante, tal y como se desprende de lo dispuesto en los artículos 8 y 40 de la Ley de Expropiación.

⁶ Se trata, en otras palabras, y con todo y que la expresión pueda parecer un tanto prosaica, de un *borrón y cuenta nueva*. Por lo tanto, no resulta ni técnico ni correcto —y esta conclusión es forzosa— el afirmar que la expropiación es un instrumento (un mecanismo) que permite *transferir* coactivamente un bien, con base en una causa de utilidad pública o interés social, de un particular al ente expropiador, salvo que por la expresión “transmisión forzosa” (y entre comillas, pues las reservas con relación al empleo del término existen) se entienda el proceso aquí descrito, y que mejor sería calificar o definir —caso de que ello se considere importante— como “restricción o extinción forzosa” (que por lo demás, es la terminología que emplea nuestro Constituyente en el artículo 99 de la Constitución) y subsiguiente génesis (*ex-novo*) del derecho. Consúltese en relación a lo aquí expuesto a Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, volumen II, Giuffrè Editore, Milán, 1970, página 1.206 y siguientes. Con respecto a la expropiación forzosa entendida como “transferencia coactiva” de un bien, cabe mencionar —sólo a manera de ejemplo— las sentencias de la Corte Federal, de fechas 14 de marzo de 1952 y 31 de mayo de 1955, comentadas por Allan Randolph Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo VI (Propiedad y Expropiación), Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, páginas 298 y 299.

⁷ 3. La Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, en sentencia de fecha 24 de febrero de 1965 (publicada por Allan Randolph Brewer-Carías, en *Jurisprudencia de la Corte*

Suprema de Justicia 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo, Tomo VI —Propiedad y Expropiación—, N° 1.277, pág. 348), estableció que “la expropiación se desenvuelve a través de un procedimiento especial, cuyo objeto esencial es llegar a la transferencia del dominio del bien expropiado “ (el subrayado es nuestro). En este orden de ideas, a lo largo de este estudio —en oportunidades— resultará necesario el argumentar en favor de la retrocesión, tomando como punto de partida la noción de dominio o propiedad, visto que es éste derecho el que constituye el objeto “esencial” del procedimiento expropiatorio, sin que con ello pretendamos negar la procedencia de la expropiación y —por consiguiente— de la retrocesión, sobre bienes, sobre derechos, diversos a la propiedad.

En Venezuela, el derecho de propiedad se halla consagrado en el artículo 99 de la Constitución, según el cual “se garantiza el derecho de propiedad. En virtud de su función social la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o interés general”.

⁸ 4. Seguimos en este punto la clasificación realizada por nuestro Profesor y Maestro Allan Randolph Brewer-Carías, en *Jurisprudencia de la Corte Suprema...*, Tomo VI, páginas 51 y ss.

⁹ 5. Conforme al artículo 136, ordinal 24, de la Constitución, es de la competencia del Poder Nacional la legislación reglamentaria de las garantías que otorga la Constitución misma, así como la legislación en materia de procedimiento y de expropiación por causa de utilidad pública o social, disposición que ha de ser interpretada a la luz del artículo 139 *eiusdem*, conforme al cual corresponde al Congreso Nacional legislar sobre las materias de la competencia nacional.

¹⁰ 6. La noción *Estado de Derecho* fue introducida, en Alemania, con el surgimiento de la Escuela luspublicista. Con dicha noción se quería hacer referencia a algo en realidad muy simple: en un ordenamiento jurídico estatal las potestades públicas, que incidían —bien sea directa o indirectamente— sobre la esfera jurídica del ciudadano, debían ser siempre asignadas al poder público por una norma de ley, debiendo ser regulado el ejercicio de dichas potestades por otras normas jurídicas, no necesariamente de ley éstas últimas. Con esta manera de concebir las potestades estatales se pretendía introducir una garantía, a favor de los ciudadanos, contra el arbitrio de los poderes públicos: de un lado una reserva de ley para las potestades que incidían sobre el ciudadano; del otro, el derecho del ciudadano a solicitar (a demandar) la tutela jurisdiccional contra el uso de potestades inexistentes, o contra el ejercicio de potestades contrarias a la ley.

Estado de Derecho tenía, pues, en la mente de quienes propusieron la noción, un significado constructivo: se diría que *Estado de Derecho* es principio de “Constitución material” *que domina e influye todos los principios y las normas constitucionales que constituyen* —de una u otra manera— *garantía de libertad de todos aquellos derechos considerados fundamentales, y operante inclusive más allá de los enunciados contenidos en los textos constitucionales*. Tenía, además (por supuesto), un significado polémico contra el Estado Policía, nombre que se daba entonces al Estado del absolutismo. Véase *Il Pubblico Potere*, de Massimo Severo Giannini, Editorial Il Mulino, Bologna, 1976, página 95.

¹¹ 7. De conformidad con el artículo 27 de la Ley de Expropiación, el derecho a la cosa que se exige como requisito —*sine qua non*— para la oposición a la medida expropiatoria es un derecho real sobre el bien objeto de la expropiación forzosa, sin que resulte necesario que se trate del derecho de propiedad. Textualmente reza la norma en comento que “puede hacer oposición no sólo el dueño de la finca, sino cualquier persona que tuviere un derecho real sobre la misma”.

¹² 8. Nótese —por lo demás ya ha sido señalado hasta el cansancio por la doctrina nacional— que la Constitución habla de justa indemnización (noción ésta más exacta, terminológicamente hablando) y no de justo precio o justiprecio, rémora del Derecho Privado, del cual habla nuestra Ley de Expropiación. Ahora bien, al margen de la precisión terminológica reseñada, la distinción “conceptual” entre justa indemnización y justiprecio carece, en el marco del ordenamiento jurídico venezolano, de relieve alguno en el plano práctico, en atención a la existencia del artículo 35 de la Ley de Expropiación, norma ésta que le da un preciso contenido, que fija precisos parámetros de valoración (cosa que no ocurre, *ad exemplum*, en Italia), a la noción de justiprecio (Véase la nota 119 a pie de página). Distinta sería la conclusión a la cual cabría arribar si el debate se plantease

en abstracto, es decir, en ausencia de la disposición contenida en el artículo 35 de la Ley de Expropiación y los parámetros en ella contenidos, ya que la aplicación de una u otra noción (es decir, justiprecio y justa indemnización) sí conduciría a resultados diversos: mientras el *quantum* de la justa indemnización viene determinado con base en criterios restringidos (aquellos contenidos en el artículo 35 de la Ley de Expropiación), estos parámetros pueden o no influir, de manera decisiva —o en lo más mínimo—, en la determinación del precio, por más que se lo catalogue como “justo”.

¹³ 9. Véase la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, de fecha 24 de febrero de 1965, comentada por Allan Randolph Brewer Carías en *La Expropiación por Causa...*, página 27, número 1. Merece ser destacado que el Profesor Allan Randolph Brewer Carías, en su reciente Conferencia dictada en fecha 13 de abril de 1988 en el *Foro sobre Expropiación*, organizado por la Sociedad de Tasadores de Venezuela, amplió el elenco de las garantías existentes dentro del marco del procedimiento expropiatorio, señalando que cabría además identificar: a) una garantía teleológica, que implica que la expropiación sólo puede ser decretada por causa de utilidad pública o interés social; y, b) una garantía de ejecución, ya que decretada la expropiación ésta debe ejecutarse inmediatamente. La última de las garantías señaladas tiende, sin lugar a dudas, a la tutela del particular frente a las “afectaciones eternas” (ver Capítulo III).

¹⁴ 10. Alessio, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, cuarta edición, 1949, volumen II, página 19, citado por J. Cretella Júnior, *Comentários às Leis da Desapropriação*, segunda edición, Bushatsky, São Paulo, 1979, página 407. Para Guido Landi (*L'Espropriazione per Pubblica Utilità*, Editorial Giuffrè, Milano, 1984, página 167), la retrocesión es “la nueva transferencia, del sujeto expropiante al sujeto expropiado, del bien, o de parte del mismo, que no haya sido utilizada para la obra prevista en la declaración de utilidad pública”.

¹⁵ 11. Cretella Júnior, *ob. cit.*, página 409.

¹⁶ 12. Citada por Federico de Mallool Guarro, en *La Indemnización y el Justiprecio en la Expropiación Pública*, Editorial Hispano-Europea, Barcelona, 1966, página 249.

¹⁷ 13. *Ibid.* Es menester el señalar, disintiendo de la terminología empleada por De Mallool Guarro, que el destino del bien expropiado al fin original que determinó el ejercicio de la potestad expropiatoria es un verdadero deber (una “obligación”) del sujeto expropiante, de la Administración, quien se halla obligado a tutelar y actuar en *pro* del interés general. En este orden de ideas, mal podría afirmarse —a nuestro entender— que el destino del bien expropiado es una carga, un imperativo del propio interés del sujeto expropiador.

¹⁸ 14. Establece el artículo 46 de la Ley de Expropiación que “si por la naturaleza de la obra de utilidad pública o social a realizarse, o por otras circunstancias, se decidiere enajenar parte de la finca expropiada o su totalidad, se dará preferencia en igualdad de condiciones al expropiado”.

¹⁹ 15. Establece el encabezamiento del artículo 32 de la Ley de Expropiación que “declarada por la autoridad judicial la necesidad de adquirir el todo o parte de la propiedad o algún otro derecho, según lo alegado y probado en autos, y firme la decisión, se señalará día y hora para que las partes concurren a fin de lograr un avenimiento sobre el precio de la cosa objeto de la expropiación”. Es interesante destacar que en Italia, de conformidad con el artículo 34, R.D. número 422, de fecha 8 de febrero de 1925, pueden ser comprendidos en la medida expropiatoria no sólo los bienes cuya “disponibilidad” es necesaria —de manera inmediata— para la ejecución de la obra: pueden ser incluidos en la medida los bienes que tienden a satisfacer las —previsibles— exigencias futuras. Establece el encabezamiento del mencionado artículo:

“Pueden ser comprendidos en la expropiación no sólo los bienes indispensables para la ejecución de la obra, sino también aquellos contiguos en una zona determinada, cuya ocupación contribuya a integrar las finalidades de la obra y a satisfacer sus previsibles exigencias futuras”.

²⁰ 16. Véase Allan Randolph Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema...*, página 25 y siguientes. A manera ilustrativa, cabe señalar que la figura de la Reversión se halla consagrada, de manera clara, en el artículo 76 de la Ley de Construcción, Explotación y Mantenimiento de Obras Viales en Régimen de Concesión, publicada en la *Gaceta Oficial* número 3.247 Extraordinario, de fecha 26 de agosto de 1983, según el cual:

“Vencido el término de la concesión, los bienes de la concesionaria afectados a la prestación del

servicio pasarán a propiedad de la República sin indemnización y libre de gravámenes y cargas. La concesionaria estará obligada a vender a la República los bienes que no sean parte de la concesión y que ésta requiera, por el precio que se establezca de mutuo acuerdo o por expertos".

²¹ 17. Las Leyes y Decretos en materia de Expropiación por Causa de Utilidad Pública, a los cuales se hace referencia en este Capítulo de nuestro estudio, pueden ser consultados en la obra *Leyes y Decretos Reglamentarios de los Estados Unidos de Venezuela*, Tomo IX, Ministerio de Relaciones Interiores, Caracas, 1943, página 286 y ss.

Cabe señalar que entre las primeras leyes conocidas que preceptuaron sobre el derecho de retrocesión están las de Francia de los años 1833 y 1841.

²² 18. Podría señalarse —a modo de ejemplo— lo que constituye a nuestro entender una impropiedad terminológica: cuando el Decreto señala que "el dueño puede retrotraerla", se olvida la Ley que el traslado de dominio ya se había verificado, razón por la cual el dueño es el ente expropiador, pudiéndose a lo sumo hablar de "antiguo propietario" o "ex-titular" de la cosa precedentemente expropiada.

²³ 19. Es de destacar que tanto en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública del año 1936, como en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social del año 1942, los derechos de preferencia y de retrocesión venían disciplinados en una misma norma o disposición, no obstante las grandes diferencias que separan uno y otro instituto jurídico.

²⁴ 20. El Decreto 219 apareció publicado en la *Gaceta Oficial* número 171 Extraordinario, de fecha 21 de marzo de 1946. Véanse los Archivos microfilmados en la Biblioteca Nacional, Departamento de Textos Oficiales, Caracas.

²⁵ 21. En este sentido véase Allan Randolph Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74*, página 55.

²⁶ 22. Esta posición fue sostenida por Carlos Escarrá, Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, en una exposición verbal sostenida en la Cátedra de Expropiación, durante el año lectivo 1983-84.

²⁷ 23. Esta sentencia de la Corte Suprema se halla comentada por Allan Randolph Brewer-Carías, en *Jurisprudencia de la Corte Suprema...*, página 348.

²⁸ 24. Véase sentencia del Tribunal Supremo español, de fecha 26 de junio de 1957, citada por Francisco Pera Verdaguer, *Expropiación Forzosa*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, Segunda Edición, 1970, página 363.

²⁹ 25. La vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal apareció publicada en la *Gaceta Oficial* número 4.054 Extraordinario, de fecha 10 de octubre de 1988. La Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, por su parte, apareció publicada en la *Gaceta Oficial* número 3.288 Extraordinario, de fecha 11 de agosto de 1983.

³⁰ 25a. El artículo 85 de la hoy en día derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal del año 1984 establecía:

"Cuando con la promulgación de un Plano de Desarrollo Urbano Local se afecten terrenos de propiedad privada para usos recreacionales o deportivos, asistenciales, educacionales o para cualquier uso público, se indicará el plazo dentro del cual el Municipio deberá adquirir esos terrenos. Este plazo, en ningún caso, podrá exceder de cuatro (4) años, vencido el cual sin que el Municipio haya adquirido esos bienes se considerará sin efecto dicha afectación. Esta disposición no es aplicable cuando la afectación resulte de un plano de parcelamiento o de urbanismo".

Como resulta fácil observar, en la recién promulgada Ley Orgánica de Régimen Municipal la nueva redacción de la disposición que consagra el *decaimiento de la afectación* incluyó la frase "que implique la extinción del derecho de propiedad", con lo cual se uniformó la terminología empleada en esta Ley con aquella utilizada en el artículo 64 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio. Es más, la nueva Ley establece ahora la obligación —a cargo de la Administración— de

indemnizar a los propietarios por los daños y perjuicios, debidamente demostrados, que las limitaciones al uso de las propiedades, producto de la afectación, haya podido determinar, así como la obligación —una vez “agotada” la afectación— de regular para las propiedades un uso compatible con el Plan de Desarrollo.

Aparte de las variaciones ya mencionadas, conviene aquí resaltar otras dos modificaciones de trascendencia: en primer lugar, que el plazo límite para ejecutar la expropiación ya no es de cuatro (4) sino de tres (3) años, por la remisión que la nueva Ley Orgánica de Régimen Municipal hace al artículo 64 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio.

³¹ El aludido artículo 64 dispone que son los Planes de Ordenación del Territorio los que deben fijar un lapso para la ejecución de la expropiación, y que cuando dicho lapso supere los tres (3) años resultará necesario el establecer un régimen transitorio de uso efectivo de la propiedad afectada. En otras palabras, el *principio* es que las expropiaciones cuyo lapso de ejecución sea igual o inferior a tres años no exigen el establecimiento de un “régimen transitorio de uso efectivo”, mientras que éste si será necesario —por la *excepcionalidad* del caso, por lo excepcional de la afectación— cuando el lapso supere los tres años. ¿Qué ocurre, cabe preguntarse, cuando el Plan de Ordenación no establece lapso alguno? En nuestro parecer, la ausencia de lapso formal mente establecido conlleva el que resulte improcedente establecer un régimen transitorio de uso efectivo de la propiedad, el cual (por mandato de la Ley) sólo debe establecerse “cuando el lapso sea superior a tres años”, y —en consecuencia— a que deba considerarse establecido, implícitamente, el lapso de tres años, ya que éste es el único lapso que no conlleva el establecimiento de un régimen transitorio de uso. Así, el lapso de tres años es, por así decirlo, el *principio* establecido en el artículo 64 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, de allí que afirmemos que la nueva Ley Orgánica de Régimen Municipal considera sin efectos la afectación una vez transcurridos tres años sin que se ejecute la expropiación.

Por otra parte, es esta la segunda modificación a la cual queremos referirnos, también se modificó la norma, en el sentido de que ahora la *afectación* es el producto de la publicación de un “Plano de Desarrollo Local”, mas el plazo de ejecución de la expropiación debe ser establecido en “el Decreto”, mientras que la Ley Orgánica de Régimen Municipal precedente disponía que era el Plano el que establecía la afectación y fijaba el plazo para adquirir los terrenos (este mismo criterio es el empleado en el artículo 64 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio). Debemos confesar que el artículo 106 de la vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal es una norma confusa, de difícil inteligencia. En efecto, ¿qué innovación —si es que hay alguna— fue la que quiso incorporar nuestro *tarambana* Legislador al hablar, de manera del todo inconexa, primero de Plan de Desarrollo Urbano Local, y posteriormente de Decreto? ¿Se trata acaso de dos actos distintos? ¿De ser así, cuál es el rol que desempeña el Decreto? ¿Es acaso el Decreto el acto mediante el cual se publica el Plano? ¿Cuál es la razón que llevó al *atronado* Legislador venezolano a optar por esta novedosa solución? ¿Y si son dos actos diversos, cuál es el plazo máximo que puede transcurrir entre la emanación del Plano y la del Decreto, ya que la Ley sólo establece que el Decreto es el que debe fijar un plazo para la ejecución de la expropiación?. Las únicas soluciones no reñidas ni con la lógica ni con el sentido común son: a) que el Plan y el Decreto, mediante el cual se aprueba aquél, son un mismo y único acto (un “*acto complejo*”), y que la Ley —por lo tanto— emplea ambos términos de manera equivalente; y, b) que el Plan es el acto mediante el cual se establece la afectación, mientras que es a un Decreto —*cuya emisión debe forzosamente ser simultánea*— al que corresponde fijar el plazo para ejecutar la expropiación. De no ser así, se desvirtuaría el espíritu de la disposición, ya que la Administración podría esperar —*sine die*— para proceder a dictar el Decreto, ya que el lapso para el “decaimiento” sólo regiría una vez emanado este último acto administrativo. Sólo las dos posiciones señaladas se adaptan al espíritu de la Ley y a las circunstancias (el por qué) que determinaron la génesis de la figura del “decaimiento de la afectación”, entendido como un remedio a las afectaciones eternas, a ese afectar un bien sin proceder —inmediatamente, o al menos dentro de un lapso razonable— a expropiar.

³² Por otra parte, es esta la segunda modificación a la cual queremos referirnos, también se modificó la norma, en el sentido de que ahora la *afectación* es el producto de la publicación de un

“Plano de Desarrollo Local”, mas el plazo de ejecución de la expropiación debe ser establecido en “el Decreto”, mientras que la Ley Orgánica de Régimen Municipal precedente disponía que era el Plano el que establecía la afectación y fijaba el plazo para adquirir los terrenos (este mismo criterio es el empleado en el artículo 64 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio). Debemos confesar que el artículo 106 de la vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal es una norma confusa, de difícil inteligencia. En efecto, ¿qué innovación —si es que hay alguna— fue la que quiso incorporar nuestro *tarambana* Legislador al hablar, de manera del todo inconexa, primero de Plan de Desarrollo Urbano Local, y posteriormente de Decreto? ¿Se trata acaso de dos actos distintos? ¿De ser así, cuál es el rol que desempeña el Decreto? ¿Es acaso el Decreto el acto mediante el cual se publica el Plano? ¿Cuál es la razón que llevó al *atronado* Legislador venezolano a optar por esta novedosa solución? ¿Y si son dos actos diversos, cuál es el plazo máximo que puede transcurrir entre la emanación del Plano y la del Decreto, ya que la Ley sólo establece que el Decreto es el que debe fijar un plazo para la ejecución de la expropiación?.

³³ Las únicas soluciones no reñidas ni con la lógica ni con el sentido común son: a) que el Plan y el Decreto, mediante el cual se aprueba aquél, son un mismo y único acto (un “*acto complejo*”), y que la Ley —por lo tanto— emplea ambos términos de manera equivalente; y, b) que el Plan es el acto mediante el cual se establece la afectación, mientras que es a un Decreto —*cuya emisión debe forzosamente ser simultánea*— al que corresponde fijar el plazo para ejecutar la expropiación. De no ser así, se desvirtuaría el espíritu de la disposición, ya que la Administración podría esperar —*sine die*— para proceder a dictar el Decreto, ya que el lapso para el “decaimiento” sólo regiría una vez emanado este último acto administrativo. Sólo las dos posiciones señaladas se adaptan al espíritu de la Ley y a las circunstancias (el por qué) que determinaron la génesis de la figura del “decaimiento de la afectación”, entendido como un remedio a las afectaciones eternas, a ese afectar un bien sin proceder —inmediatamente, o al menos dentro de un lapso razonable— a expropiar.

³⁴ 26. Allan Randolph Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema...*, páginas 78 y ss.

³⁵ 27. Allan Randolph Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema.....*, página 85.

³⁶ 28. Allan Randolph Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema...*, página 92.

³⁷ 29. El artículo primero de la Ley sobre Derecho de Autor, publicada en la *Gaceta Oficial* número 823 Extraordinario, de fecha 3 de enero del año 1963, consagra la posibilidad de expropiar “los derechos de los autores sobre todas las obras de ingenio, de carácter creador, ya sean de índole literaria, científica o artística, cualesquiera sea su género, forma de expresión, mérito o destino”, por causa de utilidad pública o de interés general. Conviene destacar que el artículo 34, ordinal 12, de la recientemente promulgada Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, publicada en la *Gaceta Oficial* número 33.868, de fecha 16 de diciembre de 1987, ha establecido, como uno de los elementos integrantes de los planes de desarrollo urbano local “la identificación de los terrenos de propiedad privada que resultarán afectados por la ejecución del plan, *indicando el plazo para la expropiación y la disponibilidad de recursos para implantar el servicio o realizar la obra*” (el subrayado es nuestro). La nueva exigencia legal, referida a la “disponibilidad de recursos”, no constituye más que una aplicación concreta del principio de racionalidad que debe inspirar la actuación de todos los “Poderes” (se nos excuse el empleo atécnico del vocablo) del Estado.

³⁸ 30. El artículo 69 aquí transcrito, así como todo el Capítulo de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio intitulado “Del Régimen Urbanístico de la Propiedad Privada”, fue incorporado a la Ley a raíz de un *Proyecto de Informe* presentado por Alián R. Brewer-Carías, en junio de 1983, a la consideración de la Comisión Especial del Senado, por él presidida, para el estudio del Proyecto de Ley para la Ordenación del Territorio (Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Público*, Tomo II, Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1948, páginas 85 y ss.).

³⁹ 31. José Luis Aguilar Gorrondona, “Las Leyes Orgánicas en la Constitución de 1961”, en *Estudios sobre la Constitución* (Libro Homenaje a Rafael Caldera), Tomo III, U.C.V., Caracas, 1979, página 1973.

⁴⁰ 32. *Ibid.*

⁴¹ 33. En este sentido, cabe recordar la elaboración jurisprudencial venezolana que condujo a la admisión de recursos de amparo distintos al *habeas corpus*, no obstante que el artículo 49 de la

Constitución somete el ejercicio de este recurso excepcional a la sanción de una ley que lo desarrolle. Con mayor razón aún deberá considerarse admisible el derecho de retrocesión. El derecho constitucional de amparo ha sido desarrollado por el Legislador venezolano muy recientemente, mediante la promulgación (posterior a la redacción final de este trabajo) de la *Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, publicada en la *Gaceta Oficial* número 33.891, de fecha 22 de enero de 1988.

⁴² 33. En este sentido, cabe recordar la elaboración jurisprudencial venezolana que condujo a la admisión de recursos de amparo distintos al *habeas corpus*, no obstante que el artículo 49 de la Constitución somete el ejercicio de este recurso excepcional a la sanción de una ley que lo desarrolle. Con mayor razón aún deberá considerarse admisible el derecho de retrocesión. El derecho constitucional de amparo ha sido desarrollado por el Legislador venezolano muy recientemente, mediante la promulgación (posterior a la redacción final de este trabajo) de la *Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, publicada en la *Gaceta Oficial* número 33.891, de fecha 22 de enero de 1988.

⁴³ 34. José Canasi, *La Retrocesión en la Expropiación Pública*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1964, página 47.

⁴⁴ 35. Véase Federico De Mallol Guarro, *La Indemnización y el Justiprecio en la Expropiación...*, página 249, así como Francisco Pera Verdaguer, *Expropiación Forzosa...*, página 363. En idéntico sentido cabe también citar el fallo de la Casación italiana —I Sección—, de fecha 2 de febrero del año 1963 (en *Rassegna di Giurisprudenza sulla Espropriazione per Pubblica Utilità*, Guido Landi y Alfonso Quaranta, Giuffrè Editore, Milano, 1973, página 223), según el cual:

“Fondamento della retrocessione è il mancato ricevimento da parte degli immobili espropriati, della destinazione preveduta, cioè il venir meno dello scopo di pubblica utilità, in vista del quale l'espropriazione fu disposta. La retrocessione troya la sua causa nella circostanza che l'espropriazione non ha avuto nè può avere la destinazione in vista della quale era stata disposta; se la spogliazione è subordinata al presupposto che l'immobile debba avere una determinata destinazione, venendo a mancare questo presupposto, u proprietario espropriato ha diritto di ottenere la retrocessione”.

⁴⁵ 36. Este fallo es comentado por Francisco Pera Verdaguer, *Expropiación...*, páginas 361 y ss. Este criterio fue ratificado en sentencia del 30 de mayo de 1962, citado por Alberto Martín Gamero, *Expropiaciones Urbanísticas*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1967, página 194. Véase, igualmente, sentencia del 16 de noviembre del año 1978, comentada por Oscar Moreno Gil, en *Expropiación Forzosa (Legislación y Jurisprudencia)*, Editorial Civitas, Madrid, 1983, página 592, fallo número 1.857.

⁴⁶ 37. Nazareno Saitta, *La Retrocessione dei Beni Espropriati* (Studi), Giuffrè Editore, Milano, 1974, página 140.

⁴⁷ 38. Alberto Martín Gamero, *ob. Cit.*, página 194.

⁴⁸ 39. *Ibid.* 48

⁴⁹ 40. Conviene precisar que la doctrina italiana afirma, cuando analiza el punto relativo a la naturaleza jurídica de la retrocesión, que se trata de un "derecho potestativo", con lo cual califica *el derecho a la devolución* del bien, mientras que nosotros —al hablar de naturaleza jurídica— buscamos responder cuál es la naturaleza (valga la redundancia) *del evento, del fenómeno* cuya verificación da —como consecuencia— génesis al derecho a la retrocesión. De enfoques distintos. Y probablemente es a ésta diversidad de perspectivas que se debe el que la doctrina italiana no se haya preocupado de indagar, con la preocupación que se evidencia en otros países, cuál es la común naturaleza de los hechos que constituyen los presupuestos para el nacimiento del derecho de devolución, dando soluciones diferentes, dependiendo de la causal analizada. *Gratia arguendi*, conforme al ordenamiento jurídico italiano, el derecho de retrocesión, consagrado en el artículo 63 de la Ley número 2.359 del año 1865 (es decir, sólo en aquellos supuestos de no ejecución de la obra), no es más que una consecuencia —y ésta es su naturaleza— de la “decadencia de la declaración de utilidad pública”.

⁵⁰ La afirmación precedente, es bueno aclararlo, no tiene cabida en el Derecho venezolano. Esta conclusión, para su cabal comprensión, merece que nos detengamos a realizar algunas

consideraciones sobre el procedimiento expropiatorio italiano. Establece el artículo 63 *in commento*:

“Realizada la expropiación, si la obra no ha sido ejecutada y han transcurrido los plazos a los efectos concedidos o prorrogados, los expropiados podrán demandar que sea pronunciada, por parte de la autoridad judicial competente, la decadencia de la declaración de utilidad pública obtenida, y que les sean restituidos los bienes expropiados, mediante el pago del precio que será determinado de la manera indicada por el artículo 60 de la presente ley”.

En el marco del Derecho italiano (dentro del procedimiento expropiatorio) la declaración de utilidad pública es el acto, emanado del órgano público competente, con el cual viene precisado y declarado que una determinada obra, o una cierta iniciativa, es de interés público, haciendo legítima, de esta manera, la “transferencia coactiva” del derecho de propiedad, u otro derecho sobre un bien.

⁵¹ En la mayor parte de los casos la declaración es el objeto de un acto *administrativo*, aun cuando la Ley número 5.188, de fecha 18 de diciembre de 1879, hace un elenco de los casos en los cuales la declaración ha de revestir la forma de ley. La declaración de utilidad pública no persigue, no tiene por objeto, identificar los sujetos pasivos de la futura expropiación forzosa, así como tampoco individualizar los bienes a ser expropiados. La eficacia de esta declaración consistiría —según la doctrina y jurisprudencia italianas— en el “affievolimento” (debilitación) del derecho de propiedad o, en todo caso, de los derechos objeto de la medida expropiatoria.

Según Landi, esta declaración de utilidad pública es un acto con naturaleza autorizaroria en lo que se refiere a la autoridad titular de la potestad expropiatoria; en tanto es concesoria para el futuro expropiante, en cuanto confiere a la obra proyectada la calificación de “utilidad pública”.

Un principio válido en Italia para todo procedimiento expropiatorio es que la comentada declaración de utilidad pública tiene eficacia limitada en el tiempo, tal y como lo establecen los artículos 13 y 14 de la Ley número 2.359 del 25 de junio de 1865.

⁵² La ineficacia de la declaración, pues, se verifica cuando concurren los presupuestos establecidos en la ley.

Ahora bien, en un segundo momento, si bien entre la declaración de utilidad pública y este momento han —ciertamente— ocurrido operaciones preparatorias, como serían la formación o elaboración del plan (particularizado) de ejecución, individualizando cada uno de los bienes o terrenos cuya expropiación se estima necesaria, así como los actos relativos a la indemnización provisoria, se emite el *decreto de expropiación* (acto administrativo), conclusión del procedimiento expropiatorio, cuyo efecto principal —fundamental— es el de *determinar la “transferencia coactiva” del bien*, del expropiado al expropiante. El decreto es, pues, una declaración de voluntad que *modifica* la esfera jurídica de los sujetos destinatarios del mismo, razón por la cual pertenece a la categoría de los “actos traslativos de derechos”. El decreto, su sola emanación y posterior publicación (no siendo necesaria la notificación a los sujetos expropiados para que se produzcan sus efectos), “transfiere” —*transmite*— la titularidad del bien objeto del procedimiento expropiatorio.

⁵³ Así, la figura de la decadencia de la declaración de utilidad pública, como naturaleza del derecho de retrocesión, responde al Derecho positivo italiano en el cual la propiedad viene “transmitida” en *sede administrativa*, con base en el decreto expropiatorio, circunstancia ésta que impide su aplicación en el marco del ordenamiento jurídico venezolano.

⁵⁴ 41. Alberto Martín Gamero, *ob. cit.*, página 193.

⁵⁵ 42. Georges Vedel, *Derecho Administrativo*, Ediciones Aguilar S.A., Madrid, 1980, páginas 506 y ss.

⁵⁶ 43. Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, segunda edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, página 367.

⁵⁷ 44. Según el artículo 20 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, “los vicios de los actos administrativos que no llegaren a producir la nulidad de conformidad con el artículo anterior, los harán anulables”. Los casos en los cuales los actos son absolutamente nulos son (artículo 19 *eiusdem*): cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal; cuando resuelvan un caso precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado

derechos particulares, salvo autorización expresa de la Ley; cuando su contenido sea de imposible o de ilegal ejecución; y, finalmente, cuando hubieren sido dictados por autoridades manifiestamente incompetentes, o con prescindencia total y absoluta del procedimiento legal establecido.

⁵⁸ 45. En este mismo orden de ideas, resulta evidentemente clara la consonancia existente entre lo sustentado en este trabajo y las ideas de Enrique Sayagues Laso (*Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, tercera edición, Montevideo, 1974, páginas 398 y 399). Según el autor uruguayo una situación distinta se configuraría si después de consumada la expropiación, se evidenciara que *al tiempo de decretarla* la administración ya tenía el propósito de destinar el bien a un fin distinto del declarado. En ese caso la expropiación reposaría en un motivo inexacto o adolecería de *desviación de poder*, y por tales circunstancias estaría viciada insanablemente, pues se habría infringido el texto constitucional que autoriza la expropiación sólo en los casos calificados de necesidad o utilidad pública por la ley. En base a ese fundamento, cabría una acción ordinaria de simulación o nulidad del procedimiento expropiatorio” (el subrayado es nuestro). Francisco Jaramillo Sierra, *Derecho Contencioso Administrativo*, segunda edición, Editorial Temis, Bogotá, 1980, páginas 60 y 61.

⁵⁹ 46. Las ocupaciones temporal y previa se hallan consagradas, respectivamente, en los artículos 47 y 51 de la Ley de Expropiación, según los cuales:

“Artículo 47— Toda obra declarada de utilidad pública lleva consigo el derecho a la ocupación *temporal* de las propiedades ajenas por parte del que las ejecute, sólo en los casos siguientes:

1º Con objeto de hacer estudios o practicar operaciones facultativas de corta duración que tengan por objeto recoger datos para la formación del proyecto o para el replanteo de la obra.

2º Para el establecimiento de estaciones y caminos provisionales, talleres, almacenes o depósitos de materiales también provisionales, y cualquier otra más que requiera la obra para su construcción o reparación.

La ocupación durará tan sólo el tiempo absolutamente indispensable, no debiendo en ningún caso concederse por un término mayor de seis meses.

Puede, sin embargo prorrogarse por igual término, y por una sola vez, por causa debidamente justificada” (el subrayado es nuestro).

⁶⁰ “Artículo 51— Cuando la obra sea de las especificadas en el artículo 11 de la presente Ley y la autoridad a quien compete su ejecución la repunte de urgente realización, podrá hacer valorar el inmueble por la Comisión de Avalúos a que se refiere el artículo 16 en su último aparte, a los fines de su ocupación *previa*. Esta será acordada por el Tribunal a quien corresponda conocer del juicio de expropiación, después de introducida la demanda respectiva y siempre que el expropiante consigne con la solicitud la cantidad en que hubiere sido justipreciado el inmueble. Si el propietario se conformare con el avalúo realizado y no hubiere otra oposición justificada, el juicio se dará por concluido” (el subrayado es nuestro).

⁶¹ 47. En lo relativo a la *Vía de Hecho* consúltense Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Civitas. Madrid, 1982, página 686 y siguientes; Libardo Rodríguez R., *Derecho Administrativo (General y Colombiano)*, Editorial Temis, tercera edición, Bogotá, 1985, páginas 172 y siguientes; André de Laubadère, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Temis, Bogotá, 1984, páginas 59 y siguientes; Georges Vedel, *ob. cit.*, páginas 82 y siguientes, Jean Riveró, *Derecho Administrativo*, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, U.C.V., Caracas, 1984, páginas 192 y siguientes; y, Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Volume Primo, Milano, 1970, páginas 650 y siguientes.

⁶² 48. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *ob. cit.*, páginas 688 y 689.

⁶³ 49. En este orden de ideas, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en su artículo 78, dispone que “ningún órgano de la administración podrá realizar actos materiales que menoscaben o perturben el ejercicio de los derechos de los particulares, sin que previamente haya, sido dictada la decisión que sirva de fundamento a tales actos”.

⁶⁴ 50. J. Cretella Júnior, *ob. cit.*, página 412.

⁶⁵ 51. Según el artículo 9 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, “los actos

administrativos de carácter particular deberán ser motivados, excepto los de simple trámite, o salvo disposición expresa de la Ley. A tal efecto, deberán hacer ‘referencia a los hechos y a los fundamentos legales del acto’.

⁶⁶ 52. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *ob. cit.*, páginas 212 y 213.

⁶⁷ 53. El principio de la “invalidez o nulidad superveniente” ha sido reconocido, a modo de ejemplo, en el artículo 163 del Texto del Proyecto de Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, publicado en el *Diario Oficial* de fecha 24 de enero de 1970, San José de Costa Rica, páginas 331 a 347 (tomado del *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración 1968-1969*, Volumen I, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, U.C.V., Caracas, 1971, página 531), según el cual:

“La nulidad del acto podrá sobrevenir por la desaparición de una de las condiciones exigidas por el ordenamiento para su adopción, cuando la permanencia de dicha condición sea necesaria para la existencia de la relación jurídica creada, en razón de la naturaleza de la misma o por disposición de la ley” (el subrayado es nuestro).

Debemos precisar, sin embargo, que la figura de la “invalidez superveniente” *no* es aceptada de manera pacífica por la doctrina extranjera.

⁶⁸ Pietro Virga (*Il Provvedimento Amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 1972, páginas 382 y siguientes) enseña que “para los actos administrativos con eficacia continuada (como autorizaciones, concesiones, . . .), surge el problema de establecer si los eventos sucesivos a su emanación puedan influir sobre su validez y, en consecuencia, se pueda hablar de una invalidez sucesiva debida a un cambio legislativo o a la desaparición de los presupuestos o de las exigencias de interés público, que existían al momento en el cual se dictó el acto”. El mismo Virga señala como defensores de la tesis, entre otros, a Ranelletti, Miele, Sandulli, Mortati, Perers y Sconamiglio; contrarios a la teoría de la invalidez sobrevenida son Benvenuti, Zanobini, Lessona, Giannini y Silvestri. La tesis, siempre según Virga, debe ser desechada “en base a la decisiva consideración que, por regla general, la validez de un acto debe valorarse en consideración a la situación de hecho y de derecho existente en el momento en el cual el acto es emanado, y que éste último no puede adquirir invalidez por efecto de eventos verificados sucesivamente a su emanación”.

⁶⁹ Las hipótesis en las cuales se verifica, según parte de la doctrina, la denominada invalidez sucesiva son:

- a) Modificación de la legislación;
- b) Desaparición de los presupuestos, en forma sucesiva a la emanación del acto;
- c) Modificación (mutación) de las exigencias de interés público;
- d) Vencimiento de los efectos del acto administrativo, por la verificación de un término final o de una condición resolutoria; y,
- e) Declaración de inconstitucionalidad de la norma, en base a la cual el acto fue dictado.

En el caso concreto bajo análisis, cabría contraargumentar (postura con la cual no estamos de acuerdo) que si bien es cierto que, como principio general, la validez de un acto se evalúa de conformidad con las circunstancias de hecho y de Derecho existentes al momento de la emanación del acto, y que a los efectos de la validez del acto es sólo jurídicamente relevante el que los elementos integrantes del mismo existan al momento de su emanación (pudiendo desaparecer con posterioridad), en la Expropiación Forzosa se establece una excepción al principio general.

⁷⁰ En este orden de ideas, cabría continuar argumentando que como se expropia para realizar una transformación jurídica o material del bien, es decir, como se ex-propia —entiéndase, se ejercita la potestad pública— para la consecución de un determinado “fin” (entendido como *destino del bien*), el expropiar implica (exige) por parte del sujeto expropiador una actividad posterior (e incluso anterior) a la consumación de la medida expropiatoria; esta actividad, este comportamiento, debe identificarse con aquel motivo de utilidad pública que determinó el ejercicio de la potestad, para así justificar —legitimar— ejercicio en cuestión. El ejercicio de la potestad, concretado en el decreto, debe legitimarse con la destinación del bien al fin concreto y, por consiguiente, si bien válido *ab-initio* (como parte o momento del ejercicio de la potestad) puede tornarse inválido en forma sucesiva (como todo el ejercicio) si el fin (el destino) no es respetado. Así, pues, sería necesario

considerar —de manera prolongada en el tiempo— la legitimidad del ejercicio de la potestad expropiatoria, a los efectos de asegurar que se respete el fin concreto.

⁷¹ Cabe citar, en consonancia con la postura sostenida por el Profesor Eduardo García de Enterría, un fallo del 7 de febrero del año 1979 (en Oscar Moreno Gil, *Expropiación Forzosa...*, página 590, sentencia número 1.855), según el cual “la retrocesión como corolario de una expropiación inicialmente válida, se torna inválida —en forma superveniente—, por la desaparición de la causa justificante”.

⁷² 54. Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 1970, Tomo II, página 1.081. Aldo M. Sandulli señala, en bellísima sentencia jurídica, que “l’atto amministrativo, così come ogni altro atto giuridico, è un accadimento che si esaurisce, in quanto tale, nel momento stesso in cui si comple, e precisamente nel momento in cui l’atto si perfeziona: dopo non v’è più l’atto (il quale fu), ma soltanto (se ed in quanto essi perdurino) gli effetti dell’atto (le situazioni soggettive e oggettive create dall’atto). In ordine alla validità dell’atto occorre dunque aver riguardo unicarnerre alle norme vigenti e alla situazione di fatto esistente al momento del suo venire in essere”. Véase *Manuale di Diritto Amministrativo*, Aldo M. Sandulli, Tomo I, XIV Edizione, Jovene Editore, Napoli, 1984, página 669.

⁷³ 55. Alberto Martín Gamero, *Expropiaciones Urbanísticas*, página 193.

⁷⁴ 56. Véase la Ley número 529 de Expropiaciones de Guatemala en la *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Central de Venezuela, número 12, Caracas, 1957, páginas 185 y siguientes. En Guatemala, por mandato de los artículos 2 y 3 de la Ley, corresponde al Congreso de la República la declaración de utilidad pública o interés social, declaración que “se hará, con referencia precisa, a los bienes afectados”.

⁷⁵ 57. Miguel Marienhoff, *ob. cit.*, páginas 373 a 375.

⁷⁶

⁷⁷ 59. Mario Vignale, *L’Espropriazione per pubblica utilità nell’attuale carenza di produzione normativa*, Jovene Editore, Napoli, 1986, página 251.

⁷⁸ 60. Miguel Marienhoff, *ob. cit.*, página 377 y siguientes.

⁷⁹ 61. Véase Enrique Santiago Petrachi, “De la Retrocesión”, *Revista Lecciones y Ensayos*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1962, citado por Miguel Marienhoff, *ob. cit.*, página 380. Merece destacarse que una posición similar a la sostenida por Petrachi fue recogida —a nivel legislativo— por la Ley Española sobre Expropiación forzosa (artículo 55, transcrito íntegramente en la nota a pie de página número 79), según la cual el plazo para ejercer el derecho a la retrocesión se cuenta a partir de la fecha en que la “Administración hubiera notificado la inexecución, terminación o desaparición de la obra o servicio público...” (el subrayado es nuestro).

⁸⁰ 62. Citado por Cretella Júnior, *ob. cit.*, página 426. Idéntica posición si bien en el caso *sub-iudice* referida a la retrocesión de la parte sobrante del bien expropiado, fue sostenida en fallo de fecha 12 de mayo del año 1955 por el Consejo de Justicia Administrativa de la Región de Sicilia, Italia (en Landi y Quaranta, *Rassegna di Giurisprudenza ...*, página 210), según el cual:

“El derecho a la retrocesión de la porción sobrante está condicionado a la disponibilidad del todo o parte del bien expropiado tras la ejecución de la obra, y no surge en la hipótesis en la cual el bien, a pesar de haber sido afectado a la destinación prevista, pueda en un momento futuro no servir más, tomándose así disponible”.

⁸¹ 63. Allan Randolph Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema.....*, páginas 78 y siguientes.

⁸² 64. Landi y Quaranta, *Rassegna di Giurisprudenza...*, página 223; Mario Vignale, *L’Espropriazione...*, página 251.

⁸³ 65. La tesis contraria a la señalada *supra* fue afirmada en un fallo de fecha 17 de octubre del año 1979 (en Oscar Moreno Gil, *La Expropiación...*, página 589, sentencia número 1.850), en el cual el Tribunal se pronunció diciendo que “sólo cabe la retrocesión en los tres supuestos a los cuales se refiere el artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa española”.

⁸⁴ 66. Establece el artículo 3, aparte único, de la Ley de Expropiación, que “antes de procederse a

la expropiación se gestionará un arreglo amigable con los propietarios; pero en todo caso el avalúo se ajustará a las normas previstas en este Decreto”. El Arreglo Amigable, al cual hace alusión la norma transcrita, persigue evitar la iniciación del procedimiento judicial, y presupone la existencia de un decreto en el cual se señala la obra de utilidad pública o de interés social a realizarse, así como los bienes o derechos necesarios para tal fin.

⁸⁵ 67. Véase la sentencia citada en Allan Randolph Brewer-Carías, *La Ex-propiación por Causa...*, página 27, número 1.

⁸⁶ 68. Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala PolíticoAdministrativa, de fecha 24 de febrero de 1965, comentada por Allan Randolph Brewer-Carías, *La Expropiación por Causa...*, página 27, número 1.

⁸⁷ 69. En esencia, igual criterio es sostenido en sentencia de fecha 21 de septiembre de 1967, pronunciada por el Tribunal de Milán (Landi y Quaranta, en *Rasiegna di Giurisprudenza...*, página 225), según la cual:

“Tras el decaimiento de la declaración de utilidad pública del expropiante, a causa de la omitida ejecución de la obra para la cual dicha declaración había sido obtenida, el sujeto expropiado puede solicitar la retrocesión incluso parcial del bien expropiado, con tal que sean respetadas las unidades catastrales”.

⁸⁸ 70. Guido Landi, *L'Espropriazione per...*, página 167.

⁸⁹ 71. Enrique Lagrange, “Contribución al estudio de los modos de fijación de la indemnización en materia expropiatoria”, *Revista de Derecho Público*, número 23, julio-setiembre de 1985, Editorial Jurídica Venezolana, página 5. La Corte Federal y de Casación, en Sala Federal, en sentencia de fecha 14 de marzo de 1952 (citada por Allan Randolph Brewer-Carías, en *Jurisprudencia de la Corte...*, Tomo VI, número 1.240, página 298) afirmó que “no puede decirse que en materia de expropiación cuando hay arreglo amigable, se trata de una venta perfectamente voluntaria, de un consentimiento totalmente libre; la expropiación se verifica por las buenas o por las malas; de manera que prácticamente es una venta obligada, a la cual hay que llegar aun cuando el propietario no quiera; lo único que se logra con el arreglo amigable es evitar parcialmente el proceso eligiendo de común acuerdo uno o tres peritos que avalúen la propiedad”.

⁹⁰ 72. Miguel Marienhoff, *ob. cit.*, página 368. Cabe citar, además, una sentencia de la Sala de Zaragoza, ratificada por el Tribunal Supremo Español, de fecha 6 de febrero de 1980 (en Oscar Moreno Gil, *La Expropiación ...*, página 584, fallo número 1.846), en la cual se declaró procedente la retrocesión del bien expropiado en un supuesto en el cual la propiedad fue “transferida” mediante arreglo amigable (Acta de Adquisición Amistosa).

⁹¹ 73. Véase García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *ob. cit.*, página 295; y Miguel Marienhoff, *ob. cit.*, página 380.

⁹² 74. Miguel Marienhoff, *ob. cit.*, página 381.

⁹³ 75. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *ob. cit.*, página 295. En este sentido, el artículo 69 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa española, dictada mediante Decreto del 26 de abril de 1957, publicada en BOE número 160, de fecha 20 de junio de 1957, establece:

“1. Cuando se dé alguna de las causas legitimadoras de la reversión, procederá ésta, *aun* cuando los bienes o derechos hayan pasado a poder de terceros adquirentes por la presunción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio del derecho de repetición de los mismos contra quien proceda por los daños y perjuicios ocasionados.

2. En todo caso, los terceros adquirentes tendrán derecho a ser oídos en el expediente de reversión, para aportar los datos y alegaciones que consideren oportunos en contra de la misma”.

⁹⁴ Por su parte, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria española establece:

“El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la

inexactitud del Registro.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o transferente”.

⁹⁵ 76. Gert Kummerow, *Compendio de Bienes y Derechos Reales* (Derecho Civil II), Tercera Edición, Ediciones Magón. Caracas, 1980, páginas 112y 113.

⁹⁶ 77. Kummerow, *ob cit.*, página 100.

⁹⁷ 78. Establece el artículo 37 de la Ley número 529 de Expropiación de Guatemala:

“Artículo 37.— El expropiado o su representante legítimo, puede iniciar expediente de reversión en los casos siguientes:

I.— Cuando el expropiante dé al bien un destino distinto al establecido al efectuar la expropiación, salvo que el cambio de destino sea dispuesto por la Ley y la sustitución tenga por causa el interés colectivo.

II.— En caso de no ejecutarse la obra que hubiere exigido la expropiación, el que la sufrió podrá pedir la reversión del bien, reintegrando el valor que hubiere percibido, más las mejoras que se hubieren realizado o restando el demérito en su caso.

Las mejoras o deméritos serán apreciados por expertos.

El plazo para ejercitar el derecho de reversión en el primer caso, se fija en un año a contar desde que se le diere al bien un destino distinto y en el segundo, desde que el expropiante entró en posesión del bien”.

⁹⁸ 79. Establece la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Expropiación Forzosa española, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 351, de fecha 17 de diciembre de 1954, lo siguiente:

“54. En el caso de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, así como si hubiera alguna parte sobrante de los bienes expropiados, o desapareciese la afectación, el primitivo dueño o sus causahabientes podrán recobrar la totalidad o la parte sobrante de lo expropiado, abonando a la Administración su justo precio. Se estimará como tal, sin perjuicio de lo que en el siguiente párrafo se dispone, el valor que tenga la finca en el momento en que se solicite su recuperación, fijado con arreglo a las normas contenidas en el capítulo III del título II de esta Ley.

Cuando entre la ocupación administrativa y la reversión prevista en este artículo no hayan transcurrido más de dos años, se entenderá que el precio debe ser el inicial, salvo que en el objeto expropiado se hubieren realizado mejoras o producido daños que afecten dicha valoración”.

⁹⁹ “55. El plazo para que el dueño primitivo o sus causahabientes puedan ejercer el derecho de reversión reconocido en el artículo anterior será el de un mes, a contar desde la fecha en que la Administración hubiera *notificado* la inejecución, terminación o desaparición de la obra o servicio público, o desde que el particular comparezca en el expediente dándose por notificado” (el subrayado es nuestro).

¹⁰⁰ 80. J. Cretella Júnior, *ob. cit.*, páginas 418 y 419.

¹⁰¹ 81. Consúltense sobre el punto analizado a Andrea Torrente y Pietro Schlesinger, *Manuale di Diritto Privato*, decimosegunda edición, Giuffrè Editore, Milano, 1985, página 70; y, José Alberto Zambrano Velazco, *Teoría General de la Obligación* (Parte General de las Obligaciones), Editorial Arre, Caracas, 1985, páginas 97 y 98. Pugliatti (*Gli Istituti di Diritto Civile*, volumen I, Milano, 1943, página 233), definía los derechos potestativos como aquellos “diritti predisposti come mezzo (giuridico) per realizzare determinate situazioni nell’interesse del titolare di essi”. La calificación del derecho a la retrocesión como derecho potestativo fue sostenida por la Corte de Casación italiana en sendos fallos de fecha 7 de julio de 1956 (II Sezione), y 21 de julio del año 1962 (I Sezione). Véase Landi y Quaranta, *Rassegna di Giurisprudenza...*, páginas 222 y 212, respectivamente.

Las características de los derechos potestativos (como poderes jurídicos) son, según la doctrina prevalente (seguimos aquí la exposición hecha por Giuseppe Messina, en el “Nuovo Digesto Italiano”, Tomo IV, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1938, páginas 872 y siguientes), los siguientes:

“A) Los derechos potestativos son considerados mayoritariamente como derechos subjetivos junto a los derechos reales y a los derechos de crédito (pertenecientes ambos a la categoría de los

llamados *derechos de señoría*). También en los derechos potestativos se encuentra el reconocimiento, por parte del ordenamiento jurídico, de una potestad de voluntad del titular. La diferencia con los otros derechos subjetivos está constituida por el diferente contenido, ya que los derechos potestativos no otorgan ninguna *señoría* inmediata sobre objeto o ente alguno del mundo exterior, sino que ofrecen -únicamente- la posibilidad de crear, modificar o extinguir, con una manifestación unilateral de voluntad, dicha *señoría*".

"B) Mientras en los derechos de señoría sobre las personas o sobre las cosas puede individualizarse un deber, entendido como la obligación de un determinado comportamiento de una o más personas, en los derechos potestativos no se encuentra más que la simple *sujeción* de otras personas, un vínculo al cual éstas no pueden sustraerse. Los deberes correspondientes a los derechos de señoría son susceptibles de ser lesionados, ya en los derechos absolutos el objeto puede ser sustraído al titular, y en los relativos al deudor pueden incumplir su obligación. En los derechos potestativos, por el contrario, la lesión no parece ni siquiera concebible, ya que el ejercicio de los mismos es totalmente independiente de la voluntad de quien debe soportarlos, tolerarlos" (el subrayado es nuestro).

¹⁰² "A) Los derechos potestativos son considerados mayoritariamente como derechos subjetivos junto a los derechos reales y a los derechos de crédito (pertenecientes ambos a la categoría de los llamados *derechos de señoría*). También en los derechos potestativos se encuentra el reconocimiento, por parte del ordenamiento jurídico, de una potestad de voluntad del titular. La diferencia con los otros derechos subjetivos está constituida por el diferente contenido, ya que los derechos potestativos no otorgan ninguna *señoría* inmediata sobre objeto o ente alguno del mundo exterior, sino que ofrecen —únicamente— la posibilidad de crear, modificar o extinguir, con una manifestación unilateral de voluntad, dicha *señoría*".

¹⁰³ "B) Mientras en los derechos de señoría sobre las personas o sobre las cosas puede individualizarse un deber, entendido como la obligación de un determinado comportamiento de una o más personas, en los derechos potestativos no se encuentra más que la simple *sujeción* de otras personas, un vínculo al cual éstas no pueden sustraerse. Los deberes correspondientes a los derechos de señoría son susceptibles de ser lesionados, ya que en los derechos absolutos el objeto puede ser sustraído al titular, y en los relativos el deudor puede incumplir su obligación. En los derechos potestativos, por el contrario, la lesión no parece ni siquiera concebible, ya que el ejercicio de los mismos es totalmente independiente de la voluntad de quien debe soportarlos, tolerarlos" (el subrayado es nuestro).

¹⁰⁴ 82. "A la relación derecho potestativo-sujeción al acto de ejercicio del derecho potestativo sustituye, y éste es su efecto característico, la nueva relación derecho subjetivo-obligación". Nazareno Saitta, *La Retrocessione...*, página 89.

¹⁰⁵ 83. Antonio Moles Cauber, "El Sistema Contencioso-Administrativo Venezolano en el Derecho Comparado", publicado en el libro *Contencioso Administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, páginas 16 y siguientes.

¹⁰⁶ 84. Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*, Editorial Temis, Bogotá, 1985, páginas, 409 y 410.

¹⁰⁷ 85. La sentencia dictada en los juicios de Expropiación es *siempre*, según la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia venezolana, meramente declarativa, ya que hasta que no se cumpla con el requisito del pago de la indemnización previa no hay expropiación en sentido material, no hay "transferencia" del bien. Véase en este sentido sentencia de la Corte Federal y de Casación, en Sala Federal, del 9 de mayo de 1949, en Allan Randolph Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema...*, página 440. Consúltese —además— lo señalado en la nota a pie de página número 113.

¹⁰⁸ 86. La Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República apareció publicada en la *Gaceta Oficial* número 27.921, de fecha 22 de diciembre de 1965. El artículo 36 de la referida Ley establece

"Los funcionarios judiciales no darán curso a ninguna acción que se intente contra la República, sin que se acredite el cumplimiento de las formalidades del procedimiento administrativo previo a que se refieren los artículos anteriores....".

Por su parte, el artículo 84 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia establece que no se admitirá ninguna demanda o solicitud que se intente ante la Corte: “5° Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción es admisible; o no se haya cumplido el procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República”.

¹⁰⁹ 87. Según el artículo 103 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia:

“Las causas en que sea parte la República se sustanciarán y decidirán con arreglo a las normas del procedimiento ordinario, salvo lo establecido en esta Ley”.

Por su parte, el artículo 88 *eiusdem* preceptúa:

“Las reglas del Código de Procedimiento Civil regirán como normas supletorias en los procedimientos que cursen ante la Corte”.

¹¹⁰ 88. Tanto la doctrina como la jurisprudencia italiana consideran, de manera pacífica, que el fallo con el cual se decide el proceso de retrocesión es constitutivo. En efecto, la Casación italiana (1 Sezione), en una sentencia de fecha 25 de enero de 1968 (en Landi y Quaranta, *Rassegna...*, página 224), asentó que “la retrocesión, en verdad, va pronunciada por el juez con sentencia de carácter constitutivo que determina una nueva transferencia coactiva del inmueble a favor del expropiado con eficacia *ex-nunc*”. Igual criterio fue sostenido en un fallo de la misma Corte de Casación italiana (I Sezione), de fecha 24 de junio de 1947 (en Landi y Quaranta, *Rassegna...*, página 222), según el cual “la sentencia que pronuncia la retrocesión de los bienes al expropiado no resuelve la transferencia consecuencia de la emanación del decreto de afectación, sino que produce una nueva transferencia coactiva del inmueble al expropiado con eficacia *exnunc*”.

¹¹¹ 89. Establece el artículo 38 de la Ley de Expropiación guatemalteca:

“El expediente de reversión se iniciará ante el Ministerio respectivo, en donde se substanciará y finalizará con sólo el dictamen de expertos dentro de un plazo de 30 días”.

El Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa española, por su parte, establece en el artículo 67:

“1. Los expropiados o sus causahabientes podrán solicitar del Gobernador Civil la declaración de procedencia de la reversión, siempre que estimen que concurre cualquiera de las situaciones previstas en los artículos anteriores.

2. El plazo de un mes a que se refiere el artículo 55 de la Ley empezará a contarse:

a) Desde el día siguiente al de la notificación del acto que diere lugar a la reversión, según el artículo 63.

b) Desde que el expropiado compareciera en el expediente y se diera por notificado de las declaraciones, disposiciones o actos administrativos que implicaren la inejecución de la obra o no establecimiento del servicio, que motivaron la expropiación.

c) Una vez transcurran los plazos previstos en el artículo 64, párrafo 2.

¹¹² 3. El Gobernador Civil resolverá, previo informe de la Administración interesada, y previas las comprobaciones que estime oportunas, contra cuya resolución cabrá recursos de alzada ante el Ministro competente por razón de la materia, contra cuyo acuerdo será admisible recurso contencioso-administrativo.

4. Si la Administración no notificare la decisión de la petición o del recurso de alzada a que se refieren los párrafos anteriores en el plazo de tres meses, podrán entenderse denegados en la forma y con los requisitos previstos en el artículo 38 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa”.

¹¹³ 90. Alberto Martín Gamero, *Expropiaciones Urbanísticas*, página 196.

¹¹⁴ 91. Esta disposición ha venido siendo consagrada, con muy pequeñas modificaciones, en nuestras leyes de expropiación, comenzando con la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública, de fecha 2 de agosto de 1909, artículo 9º, a tenor del cual:

“Los concesionarios o contratantes de obras públicas quedan subrogados en todas las obligaciones y derechos que correspondan a la Administración Pública por la presente Ley”.

Esta norma mantuvo idéntica redacción y numeración en las leyes de 1912, 1918, 1923, 1926 y 1936. Luego, en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, de fecha 25 de

junio de 1942, el artículo 8º disponía:

“Los concesionarios o contratantes de obras y servicios públicos quedan subrogados en todas las obligaciones y derechos que correspondan a la Administración Pública por la presente Ley”.

¹¹⁵ 92. Juan Luis De La Valina y Velarde, *Transferencia de Funciones Administrativas*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1964, página 102. Conviene aquí precisar que la mayoría de la doctrina admite que la delegación *no* es una transferencia de competencias en sentido propio, ya que la competencia es sólo una medida, y como tal no puede ser transferida. Lo que sí puede ser transferido es el ejercicio de una potestad (Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, páginas 304 a 306). El sujeto delegado no ejercita, en momento alguno, un poder originario, sino un poder derivado, en los límites que el sujeto delegante reputa más oportunos. En los supuestos de delegación inter-subjetiva quedan reservados al delegante los poderes de directiva y control, y el acto de delegación —esto es muy importante tenerlo presente— no priva al delegante del poder de tomar decisiones sobre la materia delegada, pues, no obstante la delegación, conserva siempre la propia competencia sobre la materia delegada. Véase también Pietro Virga, *Diritto Amministrativo*, Tomo I, Giuffrè, Milano, páginas 70 y 71.

¹¹⁶ 93. Este fallo aparece publicado en la Memoria de la Corte Federal y de Casación, año 1944, página 332, y aparece comentado por Allan Randolph Brewer-Carías, en *Jurisprudencia de la Corte Suprema...*, página 326, número 1.259. Refuerza el criterio de la delegación aquí sustentado el fallo de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de fecha 18 de febrero de 1986 (*Revista de Derecho Público* número 25, año 1986, caso SACVEN, páginas 102 y siguientes), en el cual la jurisprudencia nacional reconoce la posibilidad de que personas de Derecho privado en las cuales el Estado no tiene injerencia alguna —ni en cuanto a su creación ni en cuanto a su conducción— dicten verdaderos actos administrativos como destinatarios de una habilitación legal “por la cual pasa a participar en forma directa de las potestades públicas, o sea del *imperium* propio del Estado o de los Órganos que lo expresan”.

¹¹⁷ En el supuesto analizado en la sentencia, al establecerse que la sociedad dictó el acto impugnado con fundamento en una delegación de poderes públicos, el Tribunal consideró la sociedad como una autoridad a los efectos de controlar su actuación en sede contencioso-administrativa. Ahora bien, es necesario hacer énfasis en la circunstancia de que con la acción de retrocesión no se impugna el decreto de afectación, así como tampoco se impugna la sentencia dictada en el proceso expropiatorio (caso de que haya habido un procedimiento judicial) o el acuerdo al cual se arribó en el marco del Arreglo Amigable. La finalidad de la acción (de retrocesión) es obtener la devolución del bien expropiado, y para ello el Tribunal *declara* el acaecimiento de una de las causales de procedencia del derecho de devolución y, por consiguiente, mas sólo por vía de consecuencia, la ineficacia superveniente de la expropiación forzosa, por la desaparición de la *causa expropriandi*.

¹¹⁸ 94. Juan Luis De La Valina y Velarde, *ob. cit.*, página 146. Por lo demás, según Pietro Virga (*Diritto Amministrativo*, Tomo I, página 355), la mera concesión de sólo construcción de una determinada obra pública atribuye al sujeto concesionario, por parte del Estado, todo un conjunto de potestades que van más allá de la verdadera y propia construcción de la obra de interés colectivo, comprendiendo otras obligaciones, incluidas las eventuales medidas expropiatorias que resulten necesarias.

¹¹⁹ 95. Esta conclusión se desprende de la regulación española en la cual, cuando la actuación del delegado no causa estado, por suceder tal con la actuación normal del delegante, procede el recurso jerárquico que debe ser resuelto por el superior jerárquico del delegante. Véase Juan Luis De La Valina y Velarde, *ob. cit.*, página 127. En contra de este criterio se encuentra el propio Valina y Velarde.

¹²⁰ 96. Así ha sido establecido en numerosos fallos, entre otros en el de la Corte Federal y de Casación, Sala Federal, en fecha 16 de noviembre de 1943, publicada en la Memoria de la Corte del año 1944, página 332, citada por Allan Randolph Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema...*, página 304, número 1.244, según la cual:

“Cuando la Ley de Hidrocarburos da a los concesionarios el derecho de expropiar al propietario del suelo, en manera alguna ha querido el legislador desposeer al Estado de esa tutela, mediante un traspaso de derechos en el sentido de perderlos el Estado mismo. No pudo haber sido la mente del legislador al otorgar ese derecho de expropiación enajenar esa tutela inalienable del interés público, sino facilitar su ejercicio por las ventajas de orden público que hay en que sea el concesionario quien se entienda primero amigablemente con el propietario y que, a falta de avenimiento, siga el juicio de expropiación.

¹²¹ Pero, frente a ese derecho no exclusivo de los concesionarios, porque tal exclusividad carecería de equivalente y por tanto de fundamento, se alza el interés y el derecho del Estado de afrontarse él mismo, por medio de sus representantes legales, al ejercicio del derecho de expropiación, cada vez que el concesionario, por cualquier motivo, no hubiere querido o podido actuar, poniendo con esta omisión en peligro de ser destruidas o desmejoradas sus propias explotaciones mineras”.

¹²² 97. A modo de ejemplo cabe señalar que el Tribunal competente para conocer de los juicios de expropiación que intente la República es la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo (artículo 185, ordinal 5º, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), mientras que sería competente la Corte Suprema de Justicia para conocer de aquellos juicios de retrocesión intentados contra la República, cuando la cuantía exceda los cinco millones de bolívares.

¹²³ 98. A tenor del artículo 185, ordinal tercero, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo es competente para conocer: “3º De las acciones o recursos de nulidad que puedan intentarse por razones de ilegalidad contra los actos administrativos emanados de autoridades diferentes de las señaladas en los ordinales 9º, 10, 11 y 12 del artículo 42 de esta Ley, si su conocimiento no estuviere atribuido a otro Tribunal”. Por otra parte, el criterio territorial tampoco es suficiente, ya que un concesionario que expropió unos terrenos en jurisdicción del Estado Lara podría ser demandado por retrocesión ante el Tribunal Superior con competencia en lo contencioso-administrativo de la Región Centro-Occidental, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo o la Corte Suprema de Justicia, competentes todos ellos por el territorio.

¹²⁴ 99. En España, Federico de Mallol Guarro (*ob. cit.*, página 252) señala que “por disposición expresa de la Ley están legitimados para ejercitar el derecho de reversión: el primitivo dueño y sus causahabientes (artículo 54, párr. 19). Incurrir también aquí la Ley en una imprecisión técnica, al aludir al dueño y no al expropiado, puesto que el art. 65 del Reglamento faculta para pedir la reversión a los titulares de los bienes o derechos expropiados o a sus causahabientes, lo que abarca, al menos en principio, un sujeto mucho más amplio que el que se encierra en la noción de titular dominical”. La *Corte di Appello* de Florencia estableció, en fallo de fecha 1º de agosto de 1956 (en Landi y Quaranta, *Rassegna...*, página 210), que “la domanda di retrocessione del bene può essere fatta dall’espropriato o dai suoi aventi causa che si trovino nelle condizioni previste dalla norma, ma anche in genere dai suoi eredi”.

¹²⁵ 100. Miguel Marienhoff, *ob. cit.*, página 391. Además, según sentencia de fecha 27 de noviembre de 1978 (en Oscar Moreno Gil, página 591, fallo número 1.856), “el derecho de retrocesión sí es transmisible por negocios *inter vivos*”.

¹²⁶ 101. *Ibid.* Los artículos 1.150 y 1.157 del Código Civil del Brasil (consagrados en el Libro III, Título V, Capítulo I, Sección Segunda —“De las cláusulas especiales en la compra venta”—) establecen, respectivamente:

“1.150.— A união, o Estado, ou o Município, oferecerá ao ex-próprietário o imóvel desapropriado, pelo preço por que foi, caso não tenha o destino, para que se desapropriou”.

“1.157.— O direito de preferência não se pode ceder nem passa a herdeiros”.

La doctrina brasileña entiende que la retrocesión es un derecho personal de “preferencia legal”. Una figura de preferencia en la cual se *obliga* (es un mecanismo “automático”) al ente expropiante

a hacer del conocimiento del sujeto expropiado la no utilización del bien, la no conformidad entre el fin original y el destino final dado al mismo y —en consecuencia— a ofrecerlo en venta apenas se configure la causal legal de procedencia del derecho. Habría, pues, una verdadera *obligación* a cargo del sujeto expropiador. No consideramos aplicable, en el ordenamiento jurídico venezolano, la postura asumida por la doctrina brasileña (véase, en propósito, el Capítulo VIII, número 19, letra c).

¹²⁷ 102. Véase José Canasi, *Tratado Teórico Práctico de la Expropiación Pública*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 1967, páginas 729 y 730. El autor cita varios fallos y, según una de las sentencias comentadas, “la procedencia de la retrocesión debe juzgarse conforme a la Ley que regía al tiempo de trabar la relación procesal”, sin que se explique de cuál relación procesal se trata: si es el juicio expropiatorio o el juicio de retrocesión.

¹²⁸ 103. Según sentencia de fecha 21 de diciembre de 1979 (Oscar Moreno Gil, *Expropiación Forzosa...*, página 611, número 1.878), “aunque el derecho de retrocesión tenga sus orígenes en el derecho dominical expropiado, surge *ex-novo*, pues no nace con el acuerdo de expropiación ni con la consumación de ésta, sino con la efectiva desafectación de los bienes expropiados”.

¹²⁹ 104. Francisco Pera Verdaguer, *Expropiación Forzosa*, página 377 y 378. En igual sentido véase a Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *ob. cit.*, página 296.

¹³⁰ 105. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *ob. cit.*, página 212.

¹³¹ 106. Antonio Moles Caubet, *Contencioso-Administrativo en Venezuela*, en *El Sistema Contencioso-Administrativo Venezolano en el Derecho Comparado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, página 16.

¹³² 107. Miguel Marienhoff, *ob. cit.*, página 399. En Italia, según Mario Vignale (*L'Espropriazione per pubblica...*, página 252), el derecho a la retrocesión está sujeto a la prescripción decenal.

¹³³ Establece el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia:

“Las acciones o recursos de nulidad contra los actos generales del Poder Público podrán intentarse en cualquier tiempo, pero los dirigidos a anular actos particulares de la Administración, caducarán en el término de seis meses contados a partir de su publicación en el respectivo órgano oficial, o de su notificación al interesado, si fuere procedente y aquella no se efectuare. Sin embargo, aun en el segundo de los casos señalados, la ilegalidad del acto podrá oponerse siempre por vía de excepción.

El interesado podrá intentar el recurso previsto en el artículo 121 de esta Ley, dentro del término de seis meses establecidos en esta disposición, contra el acto recurrido en vía administrativa, cuando la Administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el término de noventa días consecutivos a contar de la fecha de interposición del mismo.

Cuando el acto impugnado sea de efectos temporales, el recurso de nulidad caducará a los treinta días”.

¹³⁴ 109. El encabezamiento del artículo 1.977 del Código Civil venezolano establece que “todas las acciones reales se prescriben por veinte años y las personales por diez, sin que pueda oponerse a la prescripción la falta de título ni de buena fe, y salvo disposición contraria de la Ley”.

¹³⁵ 110. El “abandono” se halla consagrado en la Ley de expropiación número 13.264 de Argentina, artículo 29 (véase en lo relativo a este punto a Miguel Marienhoff, *ob. cit.*, páginas 347 y 348), según el cual:

“Se reputará abandonada la expropiación —salvo disposición expresa de Ley especial— si el sujeto expropiante no promueve el juicio dentro:

a) De los dos años de sancionada la Ley que la autorice, cuando se trate de llevarla a cabo sobre bienes individualmente determinados.

b) De cinco años, cuando se trate de bienes comprendidos dentro de una zona determinada.

c) De diez años cuando se trate de bienes comprendidos en una enumeración genérica, cuya adquisición por el sujeto expropiante pueda postergarse hasta que el propietario modifique —o intente modificar— las condiciones físicas del bien.

No regirá la disposición precedente en los casos en que las leyes orgánicas de las municipalidades

autoricen a éstas a expropiar la porción de los inmuebles afectados a rectificaciones o ensanches de calles y ochavas, en virtud de las ordenanzas respectivas”.

¹³⁶ 111. Gian Antonio Micheli, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1970, páginas 70 y siguientes; Salvatore Satta, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1971, páginas 256 y siguientes. Cabe citar como sostenedores de la tesis aquí expuesta a Guido Landi, *L'Espropriazione per Pubblica Utilità*, página 169, así como el fallo, de fecha 7 de julio de 1956, de la Sección II de la Casación Italiana (en Landi y Quaranta, *Rassegna...*, página 222), entre otros.

¹³⁷ 112. Establece el artículo 150, ordinal segundo, de la Constitución Nacional que “son atribuciones del Senado:

2.— Autorizar al Ejecutivo Nacional para enajenar bienes inmuebles del dominio privado de la Nación, con las excepciones que establezca la ley”.

El artículo 23 de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional, por su parte, establece que “los bienes inmuebles pertenecientes a la Nación no pueden ser enajenados sin previa y expresa autorización del Congreso Nacional, dada con conocimiento en causa”, mientras que el artículo 24 *eiusdem* dispone que “el Ejecutivo Nacional puede enajenar los bienes muebles de la Nación que, a su juicio, no sean necesarios para el servicio público, previa la opinión favorable de la Contraloría”.

En Venezuela, como se desprende de la disposición transcrita, los bienes de la Nación (y también aquellos pertenecientes a los Estados y Municipalidades) son del dominio público o del dominio privado. En este sentido, el Código Civil dispone, en su artículo 539, que “son del dominio público: los caminos, los lagos, los ríos, las murallas, puentes de las plazas de guerra y demás bienes semejantes”, con lo cual se determina —de manera negativa— cuáles son los bienes del dominio privado de dichos sujetos. Ahora bien, si bien es cierto que los bienes del dominio privado pueden ser enajenados, los bienes del dominio público, por el contrario, son inalienables (artículo 543 del Código Civil).

¹³⁸ 113. Según la disposición contenida en el artículo 541 del Código Civil, “los terrenos de las fortificaciones o de las murallas de las plazas de guerra que no tengan ya ese destino, y todos los bienes que dejen de estar destinados al uso público y a la defensa nacional, pasan del dominio público al dominio privado”.

¹³⁹ 114. La tesis señalada *supra*, es decir, la postura conforme a la cual la sentencia que pone fin al proceso expropiatorio es un fallo mero-declarativo, es la posición que tradicionalmente han sostenido tanto la doctrina como la jurisprudencia venezolana, sin que —actualmente— exista asidero legal alguno. Cabe citar, a manera de ejemplo, el fallo dictado por la Corte Federal y de Casación (Sala Federal) en fecha 9 de mayo de 1949, según el cual “la sentencia dictada en el juicio expropiatorio no es más que declarativa llegando sólo a materializarse la expropiación al ser cumplida la condición esencial de *indemnización previa* exigida por el precepto constitucional que rige la materia. Es esta la tesis que resulta acogida por nuestra Ley de Expropiación.. “ (en *Jurisprudencia de la Corte Suprema...*, Allan R. Brewer-Carías, Tomo VI, página 440, número 1.351). El precepto constitucional al cual se alude en la sentencia transcrita es el artículo 32 de la Constitución del año 1945; mas, y esto es importante destacarlo, a partir del año 1947 (año en el cual se promulga una nueva Constitución, así como nuestra actual Ley de Expropiación) desaparece, del ordenamiento jurídico, la fórmula de la “indemnización previa”.

¹⁴⁰ Así, pues, ni la actual (y ya para entonces vigente) Ley de Expropiación, ni la actual Constitución, establecen, en ninguna de sus disposiciones, que la indemnización expropiatoria deba —forzosamente— preceder (ser *previa*) a la consumación de la expropiación forzosa. Esta era la tendencia (la orientación) legislativa en Venezuela, tendencia a la cual se puso fin con la apresurada y nada meditada reforma del Código Civil en 1982. Una reforma que reprodujo integralmente el artículo 547 del Código Civil del año 1942, una norma no acorde con un ordenamiento jurídico moderno, y que significó, por ende, un paso atrás. El señalado artículo 547 del Código Civil establece que “nadie puede ser obligado a ceder su propiedad, ni a permitir que otros hagan uso de ella, sino por causa de utilidad pública o social, mediante juicio contradictorio e indemnización previa”. En otras palabras, el nuevo Código vuelve a exigir, expresamente, cosa que

nuestra Constitución y Ley de Expropiación habían ya dejado de hacer hacia casi más de tres décadas, que la indemnización sea previa. Se resucitó una norma, circunscrita al solo derecho de propiedad, de manera tal que la indemnización *debe* ser previa cuando lo que se expropia es la propiedad porque la Ley así expresamente lo establece, mas —nos preguntamos incrédulos— ¿qué cosa ocurre cuando el bien expropiado es, *ad exemplum*, el derecho de autor o el derecho real de servidumbre?.

¹⁴¹ El afirmar que el pago de la justa indemnización es lo que determina la restricción del derecho objeto de la medida expropiatoria, acarrea graves e importantes repercusiones en el plano procesal. En efecto, de no requerirse que el pago de la indemnización sea previo a (ocurra antes de) la restricción del derecho, es el fallo —y ya no el pago— el que realiza la modificación en las esferas patrimoniales de las partes en el proceso. Estaríamos en presencia de lo que constituye la regla general en materia de procesos: tanto el fallo definitivo, como la acción interpuesta y el tipo de proceso, en cuyo marco se encuadran los dos primeros; pertenecen a una misma categoría, siendo todos tres o constitutivos, o mero-declarativos o de condena. En otros términos, *gratia arguendi*, tendríamos una sentencia constitutiva, cuyo efecto fundamental consiste en modificar las esferas patrimoniales de las partes, a la cual corresponde una acción constitutiva, todo lo cual determina que el proceso expropiatorio deba ser catalogado —también— como constitutivo. Hay, pues, identidad entre la acción propuesta, el fallo dictado y el tipo de proceso, ya que todos tres son susceptibles de ser catalogados como constitutivos (por oposición a “mero-declarativos” y de “condena”). Este es el principio general (Salvatore Satta, *Diritto Processuale Civile*, Cedam, Padova, décima edición, 1987, página 136; Mario Nigro, *Giustizia Amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1983, página 282).

¹⁴² Ahora bien, cuando lo que se expropia es el derecho de propiedad, a tenor de lo dispuesto por el artículo 547 del Código Civil, se quebranta —por disposición expresa de la Ley— el principio general señalado *supra*, ya que siendo el fallo mero-declarativo, por no “transferir” el derecho objeto de la medida expropiatoria, y debiendo corresponder a este tipo de sentencia una acción a su vez mero-declarativa, nos encontramos con que el proceso expropiatorio es constitutivo, en atención a que produce una modificación (un cambio) en el mundo del Derecho.

¿Qué cosa ocurre, cabe preguntarse, cuando el bien expropiado no es la propiedad? La pregunta, hemos de confesarlo, no es de fácil solución. Lo cierto es que el Código Civil exige el requisito de indemnización previa sólo para aquellos casos en los cuales se procede a expropiar la propiedad y que esta disposición constituye una *excepción* a la regla, al principio general del Derecho procesal, conforme al cual a una acción mero-declarativa corresponden un fallo y un proceso también mero-declarativos. En este orden de ideas, y por más absurdo que ello pudiera resultar, parece forzoso el concluir que cuando lo que se expropia es un bien distinto a la propiedad, el fallo que pone fin al proceso expropiatorio restringe (“transmite”) el derecho, sin que sea necesario que ocurra —previamente— el pago de la justa indemnización. El fallo, es por lo tanto, constitutivo, ya que ni la Constitución ni la Ley de Expropiación exigen, como requisito para la transmisión, que el pago de la indemnización sea previo a la “transmisión” del bien. Increíble pero cierto: el fallo dictado en el proceso expropiatorio será o mero-declarativo o constitutivo, dependiendo del bien objeto de la medida expropiatoria. ¿Cuál es la razón de esta distinción? Sinceramente la desconocemos.

¹⁴³ 115. Según Nazareno Saitta (Saitta, *La Retrocessione ...*, página 203), sí —entonces— el pago del precio de retrocesión no es condición para la adquisición del derecho de propiedad sobre los bienes por parte del expropiado, el momento en el cual se traslada la propiedad coincide con aquel en el cual la sentencia de retrocesión adquiere el valor y la fuerza de la cosa juzgada, que es —en consecuencia— el único y verdadero título del traspaso”.

¹⁴⁴ 116. Nazareno Saitta, *La Retrocessione ...*, página 139. Véanse las ideas expuestas al inicio del presente trabajo, en la nota a pie de página número 2.

¹⁴⁵ 117. “Como esta alteración del fin expropiatorio es ilegal, la situación no enerva el derecho de reversión, sólo que normalmente puede hacerlo imposible *in natura*, o inútil, por tener que ir seguida la reversión de una segunda expropiación regular. En este caso el precepto ordena sustituir la reversión por una indemnización de daños y perjuicios, cuyo plazo de ejercicio y prescripción” será el que corresponda a la retrocesión. Eduardo García de Enterría y Tomás

Ramón Fernández, *ob. cit.*, página 296.

¹⁴⁶ 118. Contrario a la tesis aquí expuesta se manifiesta Nazareno Sairta (*La Retrocessione...*, página 196), según el cual:

“Y en cuanto al precio, éste representa el valor del derecho transferido, es decir, la medida de dicho valor; cumple —en sustancia— la misma función de medida de valores económicos que caracteriza el precio de una compra-venta y, en general, de todos los contratos en los cuales existe una contraprestación en dinero. En este orden de ideas, se desprende que en la determinación del precio de la retrocesión no pueden influir los criterios restrictivos que existen, por el contrario, en la fijación de la indemnización de la expropiación”. En momento alguno podríamos adherir a la tesis sustentada por Nazareno Saitta, ya que en la retrocesión —a nuestro entender— sí deben operar (nuevamente), y en la medida que ello resulte posible, los criterios, los parámetros, contenidos en el artículo 35 de la Ley de Expropiación, que previamente fueran utilizados para calcular la justa indemnización de la expropiación forzosa. Debe recordarse que el antiguo titular del bien expropiado persigue, al ejercer el derecho a la acción de retrocesión, se le devuelva el bien cuya expropiación se demostró inútil con el transcurso del tiempo, lo cual —en definitivas cuentas— no es más que el restablecimiento de aquella situación jurídica preexistente a la expropiación forzosa, que supone, como es fácil intuirlo, el restablecimiento del equilibrio patrimonial que existía, entre el ente expropiante y el sujeto expropiado, antes de que se concretase la potestad expropiatoria.

¹⁴⁷ Y dicho equilibrio sólo puede lograrse si el monto de la justa indemnización de la expropiación y aquel de la retrocesión se calculan en base a los mismos parámetros objetivos. ¡Al menos es lo lógico y razonable!. Por lo demás, resultaría absurdo que el sujeto expropiador recibiera un precio como contraprestación a la devolución del bien expropiado (no respetándose —así— la disposición contenida en el artículo 35 de la Ley de Expropiación), como si se tratase de un contrato de compra-venta cualquiera, en el cual a las partes las anima el deseo de lucrarse, de obtener un provecho económico. ¡Un negocio, ni más ni menos!. En definitiva, pues, mal podría sostenerse que la “Administración”, con base en una expropiación fallida, que no satisfizo interés general alguno, podría ahora “negociar”, buscar lucrarse con aquello que recibirá en contraprestación por la devolución del bien.

¹⁴⁸ 119. Sentencia de la Corte Federal y de Casación, en Sala Federal, de fecha 12 de julio de 1943, comentada por Allan Randolph Brewer-Carías, en *Jurtrprudencia de la Corte...*, Tomo VI, páginas 446 y 447, número 1.358. En Italia, los criterios para la determinación de la justa indemnización se hallan establecidos en las disposiciones contenidas en los artículos 39 y 40 de la Ley número 2.359 del año 1865, según los cuales:

Artículo 39.— “En los casos de ocupación total, la indemnización debida al expropiado consistirá en el justo precio que a juicio de los peritos habría tenido el inmueble en un libre contrato de compra venta”.

Artículo 40.— “En los casos de ocupación parcial, la indemnización consistirá en la diferencia entre el justo precio que habría tenido el inmueble antes de la ocupación y aquel que podría tener la parte restante de éste luego de la ocupación”.

¹⁴⁹ 120. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *ob. cit.*, páginas 298 y 299.