

# EL DERECHO A INDEMNIZACION POR LIMITACIONES O VINCULACIONES IMPUESTAS A LA PROPIEDAD PRIVADA \*

POR

FERNANDO GARRIDO FALLA

*SUMARIO:* I. LIMITACIONES Y VINCULACIONES.—II. RESPONSABILIDAD E INDEMNIZACIÓN EN NUESTRO DERECHO ADMINISTRATIVO.—III. LA BASE CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA INDEMNIZACIÓN.—IV. EL CRITERIO DE LA INDEMNIZACIÓN.

## I. LIMITACIONES Y VINCULACIONES

Una parte de la doctrina administrativista tradicional utilizaba la expresión «limitaciones de la propiedad privada» en un sentido genérico que abarcaba incluso instituciones como la expropiación forzosa. Por mi parte me he esforzado reiteradamente en deshacer este equivoco (1). En términos generales, he hablado de un «régimen administrativo de la propiedad privada» que comprende el conjunto de instituciones a través de las cuales se manifiesta la subordinación en que el derecho de propiedad privada se encuentra respecto del interés público; en el bien entendido, claro está de que las aludidas instituciones no son de naturaleza jurídica homogénea, pudiendo ofrecerse la siguiente sistematización: 1) limitaciones policiales de la propiedad privada; 2) prestaciones obligatorias *in natura* de los particulares a la Administración (en cuyo apartado se incluye la expropiación forzosa, así como las requisas, ocupaciones temporales y cualesquiera otras especies de transferencias coactivas de bienes de los particulares a la Administración), y 3) servidumbres administrativas.

En la sistematización resumida no hemos empleado para nada el término «vinculación». Empero, una utilización del mismo se hace en una de nuestras más recientes Leyes sobre régimen administrativo de la propiedad privada; concretamente, el artículo 87 de la vigente Ley sobre el Régimen Jurídico del Suelo, de acuerdo con la modificación introducida por la Ley de 2 de mayo de 1975. El texto refundido aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, dice:

---

\* Este trabajo ha sido especialmente redactado para el *Libro-homenaje a la memoria de Segismundo Royo-Villanova*.

(1) GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, 5.ª ed., 1974, pp. 263 y ss.

«Las ordenaciones que impusieran *vinculaciones* o limitaciones singulares que lleven consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no puedan ser objeto de distribuciones equitativas entre los interesados conferirán derecho a indemnización.»

Se trata de saber si el término vinculación entraña un concepto jurídico distinto y autónomo con respecto a las limitaciones administrativas de la propiedad; o, cuando menos, una especie singular dentro de ellas.

El tema ha sido concretamente tratado en el «V Congreso de la Asociación Italo-Española de Profesores de Derecho Administrativo» que ha tenido lugar en Marbella, los días 7 al 11 de mayo de 1975, con el título siguiente: «La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos». La Ponencia española fue redactada por los profesores GÓMEZ-FERRER y BASSOLS COMA. Su aportación es importante; después de examinar las posturas más significativas de la doctrina italiana, especialmente las de SANDULLI (para quien los *vincoli* constituyen una subespecie de las limitaciones a la propiedad y cuyo contenido específico viene determinado por los fines que pretende salvaguardar en relación a ciertos bienes) (2), y GIANNINI (3) (que distingue entre bienes sometidos a una «circulación controlada» y «bienes de uso controlado», en los que el contenido del control persigue, bien evitar que de una categoría de bienes se haga un uso prohibido o inoportuno o bien asegurar que de dichos bienes se haga precisamente el uso predeterminado por las Leyes o por la propia Administración), configuran la vinculación «como expresión de la situación de sujeción o de deber de la propiedad frente a los planes (administrativos) y sus instrumentos de actuación». Dicho de otra forma: «los vínculos o vinculaciones representan las obligaciones o deberes inherentes al derecho de propiedad impuestos por la Ley que habilita la planificación y que cada plan en concreto actualiza en un momento determinado. La naturaleza jurídica de esta vinculación es la de auténticas cargas reales *ex lege* de origen administrativo que gravan la propiedad con independencia de su titular o mejor dicho al margen de cualquiera que sea su titular... El vínculo, formalmente, es una es-

---

(2) SANDULLI, A. M.: *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, en «Atti del convegno di Studi Giuridice sulla Tutela del Paesaggio», 1973, páginas 81-111.

(3) *I beni pubblici*, 1963.

pecie de estigma o señal que expresa la sujeción de las diversas propiedades a las determinaciones actuales o futuras de los planes».

Empero, las dificultades en cuanto a la aceptación del concepto se pusieron de manifiesto en las diversas intervenciones que tuvieron lugar en el antes referido Congreso Italo-Español a cargo de los asistentes. No es éste el lugar para examinarlas detenidamente (4).

A nuestro juicio es posible avanzar en el análisis jurídico distinguiendo la limitación de la vinculación en función de la idea de afectación concreta de un bien a un fin determinado. En efecto, como consecuencia de esta afectación surgen una serie de limitaciones, pero éstas no se enumeran o establecen taxativamente en forma apriorística, sino que serán las que derivan de la necesidad de asegurar la afectación del bien a su fin específico. Si un plan urbanístico o una ordenanza municipal, por ejemplo, establecen que la altura de las edificaciones en determinado sector urbano no puede exceder de cinco plantas, ésta es una limitación específica que atañe a la propiedad urbana situada en dicho sector. Si, en cambio, un determinado edificio se declara monumento histórico-artístico (5), entonces lo que la Ley pretende es que  *siga siendo tal*, lo que entraña una prohibición abstracta de hacer cualquier cosa concreta que modifique la referida afectación. En el primer caso cabe hablar de limitación y en el segundo de vinculación.

Dicho esto, cabe añadir que los supuestos de vinculación exigen un acto administrativo concreto declaratorio de la afectación del bien al fin que se trata de proteger (6). Este acto administrativo, presenta indudables analogías con el acto de afectación del dominio público artificial; pues como es sabido, frente al dominio público «por su natura-

(4) Vid. la crónica de dicho Congreso por J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ en «Revista de Estudios de la Vida Local», abril-junio, 1975, pp. 279-92.

(5) MARTÍN MATEO, R.: *La propiedad monumental*, en el núm. 49 de esta REVISTA, 1966. Habla de «vínculo monumental» y nos ofrece la siguiente conceptualización: «la propiedad así vinculada viene, pues, sometida a determinadas restricciones de índole negativa, imponiéndose además a los propietarios otras obligaciones de tolerancia e incluso auténticas cargas positivas, cuya naturaleza se corresponde con las que para otros tipos de propiedad vienen determinadas por la función social a que sirve» (p. 85). Los subrayados son nuestros.

(6) Esto ha sido atinadamente advertido por MARTÍN MATEO, R., que califica de «desviación del sistema» la declaración de «conjunto artístico-histórico» que afecta a una pluralidad de edificios *sin necesidad de calificación individual*, comportando «limitaciones en cuanto a las facultades dominicales que sobre ellos se ejerzan, sustancialmente similares a las que obran para los monumentos singularmente declarados como tales. Con ello no sólo se omite el normal trámite de audiencia a los interesados, manifestación obligada de uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento, sino que incluso se prescinde de la mínima garantía de notificación a los propietarios» (*Loc. cit.*, pp. 75-76).

leza» en que la calificación de tal arranca siempre de una declaración legal referida a bienes que son reconocibles por sus características intrínsecas—razón por la cual no es preciso un acto administrativo concreto de afectación—el dominio público «artificial» requiere siempre como condición necesaria un acto de afectación singular al uso público o al servicio público (7).

Cabalmente esta diferenciación entre limitación y vinculación—o sea, la necesidad o no de un acto administrativo concreto de afectación—nos puede dar la clave, como luego veremos, para determinar la procedencia de la indemnización.

En resumen, parece posible la distinción conceptual entre limitación y vinculación de la propiedad privada. La nota específica y diferenciadora se encuentra en la idea de afectación; la afectación además, sustantiviza el instituto, al convertirse en la idea clave en función de la cual se justifican las concretas limitaciones que pesan sobre la propiedad vinculada. Si, por ejemplo, un plan de ordenación urbana determina—en aplicación de la idea, más o menos discutible, de mantener el equipamiento de una determinada zona urbana—que los edificios *destinados* a escuelas o colegios no podrán destinarse a finalidad distinta, resultaría difícil conocer de antemano cuáles son las «limitaciones negativas» que pesan sobre esta propiedad privada. Los propietarios pueden transmitir su propiedad y realizar en ella cuantas obras permitan con carácter general las ordenanzas municipales y el propio plan urbanístico vigente... lo único que les estaría vedado sería destinar el edificio a un uso distinto del docente.

## II. RESPONSABILIDAD E INDEMNIZACIÓN EN NUESTRO DERECHO ADMINISTRATIVO

A) Reiteradamente he venido manteniendo que la responsabilidad de la Administración y su deber de indemnización en determinados supuestos son instituciones jurídico-administrativas independientes y que tienen cada una de ellas su fundamento propio (8). La teoría de la indemnización es típica del Derecho administrativo y se aplica en aquellos supuestos en que la Administración, actuando *legítimamente*, sacrifica el derecho de un particular (también legítimo, por supuesto): la igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas es in-

(7) GARRIDO FALLA, F.: *Tratado...*, cit., vol. II, pp. 486 y ss.

(8) GARRIDO FALLA, F.: *La teoría de la indemnización en Derecho público*, en «Estudios dedicados al Profesor GASCÓN Y MARÍN», 1952, pp. 429 y ss., y en nuestro *Tratado...*, vol. II, pp. 238 y ss.

compatible con la idea del «sacrificio especial» sin indemnización. Este fundamento, de suyo suficiente, se fortalece en aquellos casos en que el sacrificio del derecho del particular determina una transferencia coactiva de propiedad, uso o disfrute, a favor de la Administración, de bienes que son de propiedad privada; pues, entonces, junto al argumento de la situación odiosa que singularmente se crea al particular despojado, aparece el del enriquecimiento sin causa que la Administración Pública experimenta. En resumen, pues, la justificación jurídica, causa del derecho de indemnización, se encuentra en el provecho a favor de la colectividad que se genera de determinadas actuaciones administrativas que, en cambio, perjudican singularmente a determinados particulares.

Obsérvese, pues, que se trata de una teoría jurídica típicamente aplicable a las relaciones jurídico-administrativas.

La teoría de la responsabilidad tiene, en cambio, su origen, en el Derecho privado. Su fundamento se encuentra en una actividad dolosa, culposa o simplemente negligente de un sujeto que causa un daño a otro. De estos supuestos de responsabilidad *subjetiva* se pasa sucesivamente a la admisión por el ordenamiento jurídico de la llamada responsabilidad *objetiva*: basta—para ser declarado responsable—con que el sujeto haya creado un riesgo que se desprenda objetivamente del ejercicio de una actividad (titularidad de una empresa cuyo funcionamiento pueda causar daño a los operarios o a terceros; uso de vehículos de motor, etc.), cualquiera que sea el grado de vigilancia y cuidado en el ejercicio de la misma.

Es en este estado de la cuestión cuando la teoría de la responsabilidad es recibida por nuestro Derecho administrativo positivo. Pero en esta recepción se dio, además, una curiosa circunstancia: la redacción del párrafo 5.º del artículo 1.903 de nuestro Código Civil, hacía prácticamente imposible la exigencia de responsabilidad patrimonial directa al Estado, por lo que los redactores de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, aprovecharon la ocasión para corregir esta insuficiencia legislativa (9). Esta es la interpretación que hay que

---

(9) Puedo ofrecer en esta materia mi testimonio personal. La Comisión redactora del anteproyecto de Ley de Expropiación Forzosa, que se constituyó en el seno del Instituto de Estudios Políticos—de la que formé parte—, tenía clara conciencia de que una Ley de Expropiación Forzosa no debería regular más que las indemnizaciones debidas a los particulares como consecuencia del ejercicio de la potestad expropiatoria, cualquiera que fuese el concepto de expropiación que la Ley estableciese. Una regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado desbordaba, sin duda alguna, esta limitación conceptual, pues a nadie se le puede ocurrir—salvo que esté aquejado por un ataque de desorden mental—que cuando

dar, pues, al artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, y, más tarde, al artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado que consagra, como es sabido, la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados a los particulares como

se producen daños, por ejemplo, en un vehículo (o a sus usuarios) por el deficiente estado de una carretera, esto constituye ejercicio de la potestad expropiatoria. Empero, con plena conciencia de todo esto, se incluyó en el anteproyecto el artículo 121, que establecía el derecho a indemnización por «toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere (*es decir, bienes y derechos expropiables, por lo que, curiosamente, quedaban fuera de indemnización las lesiones a la integridad física y la propia pérdida de vidas humanas*), siempre que aquéllas sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de la responsabilidad que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo».

Por el contrario, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1958, entiende que la inclusión de los supuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración en la Ley de Expropiación Forzosa, «no puede entenderse como un convencionalismo sistemático, forzado en este caso por motivaciones de oportunismo legislativo..., sino que cabe interpretarla también como una rigurosa toma de posición sobre el grave tema dogmático que plantea la construcción de la institución misma» (*op. cit.*, p. 166). La Ley de Expropiación ha eliminado, al construir su teoría de la responsabilidad, los elementos ilicitud y culpa, para apoyarse en el criterio de la lesión. Lesión sería el perjuicio antijurídico, desplazándose la antijuridicidad de la conducta subjetiva del agente, donde lo situaba la doctrina tradicional, al dato objetivo del patrimonio dañado. «De ese principio—añade el autor—, la calificación de un perjuicio en justo o injusto depende de la existencia o no de causas de justificación (civil) en la actuación personal del sujeto a quien se imputa tal perjuicio. La causa de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado; por ejemplo, la exacción de un impuesto, el cumplimiento de un contrato, una ejecución administrativa o procesal. Fuera de esta hipótesis, todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto (a una Administración en nuestro caso), será una lesión, un perjuicio injusto que, por la propia virtualidad de esta última nota, tenderá a su reparación, generando un deber de resarcimiento, que es en lo que se concreta la responsabilidad civil» (*op. cit.*, p. 177).

La tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA se resume, pues, en lo siguiente: desplazar el punto de vista de la conducta del sujeto responsable (existencia de culpa) al de los efectos que el hecho produce en un patrimonio. Así, la responsabilidad se da siempre por alguien que soporta un hecho que no está jurídicamente obligado a sufrir.

En la bibliografía española más reciente deben recordarse los siguientes trabajos: F. BONET RAMÓN: *Perspectivas de la responsabilidad civil. Estudio de Derecho Comparado* (Madrid, discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1975); SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil* (Madrid, 1970); LEGUINA VILLA: *La responsabilidad civil de la Administración Pública* (Madrid, 1970); NIETO: *Evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa* (en el núm. 38 de esta REVISTA, pp. 67-124); BOQUERA: *La responsabilidad del Estado por la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa* (en «Estudios homenaje a JORDANA DE POZAS», Madrid, 1961, III, 1, pp. 195-236); ROYO-VILLANOVA: *La responsabilidad de la Administración Pública* (en el núm. 19 de esta REVISTA, 1958); GONZÁLEZ BERENGUER: *Función pública y acciones de responsabilidad civil* (en el núm. 39 de esta REVISTA, pp. 187-219); HEREDERO: *La responsabilidad sin culpa* (Barcelona, 1964, pp. 151-154); LEGUINA VILLA: *Función arbitral en materia de prensa y responsabilidad civil de la Administración* (en el núm. 60 de esta REVISTA, pp. 133-174).

consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa. La alusión al «funcionamiento normal de los servicios públicos», como causa de responsabilidad, supone, evidentemente, la consagración de la responsabilidad por riesgo objetivo; pero es evidente que no incluye los supuestos expropiatorios de la propiedad privada (o de alguna de las facultades que constituyen su contenido).

Pero hay más: no se trata solamente de afirmar el diferente fundamento jurídico de los supuestos de indemnización y de responsabilidad; lo que también negamos es que el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico haya venido a unificar el fundamento de *todos* los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración al haber admitido la responsabilidad objetiva por funcionamiento *normal* de los servicios públicos. ¿Es que puede deducirse de aquí—en razón de que lo más contiene lo menos—que a la vista de tal precepto resulta ya indiferente saber si el servicio público causante del daño funcionó bien o mal; si hubo o no culpa o negligencia del funcionario; en fin, si la actuación administrativa fue lícita o ilícita?

Creo que para tomar conciencia del alcance práctico que entraña el aceptar uno u otro planteamiento, nada mejor que examinar los ejemplos concretos que se ofrecen a continuación. El «método de casos» resulta sorprendentemente aleccionador:

— *Ejemplo número 1:* Supongamos que la falta de señalización en una carretera estrecha y deslizante y con baches imprevistos da lugar a un accidente automovilístico; una acción de responsabilidad contra la Administración, estaría aquí perfectamente justificada y, de hecho, la jurisprudencia ya se ha manifestado en este sentido (10). Ahora bien, si la carretera está bien señalizada ¿no resulta correcto pensar que la responsabilidad se traslada a la víctima? La diferencia se encuentra aquí, obviamente, en que el funcionamiento del servicio sea normal o anormal, lo cual, por otra parte, resulta ser un criterio más directo que el de determinar si la víctima tenía o no el deber jurídico de soportar el daño. Por otra parte, resulta también evidente que la anormalidad es un concepto variable y circunstancial: la señalización correcta a que se refiere el ejemplo, puede razonablemente esperarse de la Red Nacional de Carreteras Españolas en 1977; pero

(10) Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1972 y 8 de febrero de 1973. Véase *Comentarios*, de T. R. FERNÁNDEZ, en el núm. 67 de esta REVISTA, pp. 187 y ss., y «Rev. Esp. de Derch. Adm.», núm. 1, 1974, p. 124.

no podía esperarse hace cincuenta años, o actualmente en caminos rurales o de montaña.

En resumen: el funcionamiento *anormal* del servicio se convierte en estos casos en dato definitivamente relevante para que prospere la acción de responsabilidad.

— *Ejemplo número 2:* Un enfermo atendido por la Seguridad Social sufre lesiones graves o muere por culpa o negligencia grave de los médicos (de la Seguridad Social) que lo atienden. Supuesto que la Seguridad Social sea un servicio público, parece que hay aquí base para pedir responsabilidad directa a la Administración (no sólo a los médicos) alegando el argumento del mal funcionamiento del servicio. Ahora bien, ¿tendría el mismo éxito la acción de responsabilidad si el servicio funcionó correctamente y los médicos no incurrieron en culpa ni negligencia? Personalmente, estimo que no, y además consideraría aquí ociosa una investigación para saber si en tal caso el enfermo tenía un «deber jurídico de soportar el daño».

— *Ejemplo número 3:* Una resolución administrativa suspende una publicación periódica por presunta infracción del artículo 2.º de la Ley de Prensa, causando un daño económico a la empresa editora, perfectamente mensurable. Si se trata de solicitar la reparación de tal daño, ¿acaso es indiferente que la jurisdicción contencioso-administrativa anule en su día o confirme la referida resolución administrativa? La contestación negativa me parece indiscutible. Como también lo es la diferencia de este supuesto con otro en el que la suspensión se dictase por consideraciones, por ejemplo, de política exterior y en uso de facultades discrecionales que a tales efectos puedan estar concedidas a la Administración; entonces la *indemnización* procedente tendría su causa en el ejercicio de auténticas facultades expropiatorias, no fiscalizables en vía contencioso-administrativa.

— *Ejemplo número 4:* Un polvorín militar explota; un edificio público se derrumba, hundiendo propiedades privadas colindantes; un avión del Estado se estrella, causando daños en una finca privada... En estos casos hay una *responsabilidad objetiva* del Estado, aunque el funcionamiento de los servicios públicos haya sido normal.

¿Por qué en unos casos hay que determinar si el funcionamiento del servicio ha sido normal o anormal y en otros casos no; o si la actividad administrativa causante del daño fue o no ilegal; o si la intervención del funcionario es o constituye negligencia capaz de deter-



minar *responsabilidad directa* del Estado? A mi juicio, la respuesta es clara: el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico (que por definición, no incluye las indemnizaciones expropiatorias) engloba y yuxtapone, sin reducirlos a fundamento jurídico único, una serie de títulos jurídicos para fundamentar la petición de responsabilidad que se complementan mutuamente. No es cierto, por tanto, que por el puro dato de que el particular que sufre el daño se haya puesto en contacto con la Administración, ésta responda; pero, eso sí, cuando deba responder lo hace siempre *directamente* (incluso en los casos de culpa o falta del funcionario), sin perjuicio de que luego repita sobre sus agentes.

En resumen: la discusión acerca de si las limitaciones y vinculaciones de la propiedad deben dar lugar a indemnización expropiatoria ha de realizarse dentro del marco propio de esta teoría, que es totalmente independiente de la teoría de la responsabilidad.

B) El examen de las más recientes decisiones jurisprudenciales nos afirma en cuanto se acaba de decir y, al mismo tiempo, nos enseña las discutibles consecuencias a que puede conducir un indiscriminado manejo de los fundamentos propios de cada una de estas dos teorías.

a) Recordemos, en primer lugar, la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1971, que, con un criterio innovador que merece ser subrayado y alabado, reconoce el derecho a indemnización por los perjuicios causados a determinados vecinos de una calle cuyos domicilios e industrias resultaron perjudicados por privación de luz y ventilación y dificultad de acceder a los mismos con motivo de las obras públicas ejecutadas en las vías de acceso a una carretera general. La existencia de tales daños se da por supuesta en la Sentencia: al haberse elevado la nueva calle con respecto a la anteriormente existente, surge una vía de comunicación en forma de rampa que deja los accesos de las casas afectadas en una especie de fosa de difícil comunicación y de escasa luz y ventilación. Probada la existencia del daño o perjuicio, lo que aquí nos interesa es conocer el fundamento jurídico que establece el Tribunal Supremo para dar lugar a la indemnización. Y he aquí lo que se dice en el segundo Considerando:

«CDO.: En primer término, y por cuanto se refiere a la naturaleza de los actos recurridos, que éstos ofrecen un indudable aspecto que permite clasificarlos dentro de aquellos actos de la Administración... en los que *la acción administrativa es ejercida legalmente y sin constituirse*

*tampoco dentro del marco de la institución expropiatoria (supuesto que ésta se configura técnicamente como un negocio jurídico dirigido directamente al despojo patrimonial), en la que el efecto de provisión de medios no se produce de una manera anormal, sino normal, tal como describe en el artículo 1.º de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, señalando así sus fines, sino que en el caso de autos se presenta como una posible exigencia de responsabilidad, producida como consecuencia del ejercicio de una función administrativa, desde luego lícita, que determina o causa un daño no directamente procurado, o sea que en tales casos, y a efectos de planteamiento, la institución jurídica de la indemnización administrativa se ofrece al margen de todo funcionamiento irregular y tiene su origen en la acción administrativa ejercida legalmente, fundamentada en la idea común de lesión que causa un perjuicio que no es anti-jurídico por la manera de producirse, sino por el efecto del reflejo objetivo, porque el titular del bien o derecho lesionado no tiene el deber jurídico de soportarlo; aun cuando el agente que lo ocasiona obre dentro del marco de la licitud...»*

Hay que añadir que la lectura de este Considerando es hasta cierto punto desconcertante. Por de pronto se nos dice expresamente que no estamos ante un supuesto de aplicación de la «institución expropiatoria», sino que se presenta como un caso de «posible exigencia de responsabilidad». Lo cual parece darnos a entender que se admite una diferencia jurídica entre el fundamento de la indemnización expropiatoria (que legalmente se resume en la Ley de 16 de diciembre de 1954) y el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración (artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado); sin embargo, se nos dice en seguida que procede aplicar «la institución jurídica de la indemnización administrativa», cuyo fundamento está en que «el titular del bien o derecho lesionado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aun cuando el agente que lo ocasione obre dentro del marco de la licitud». ¿En qué quedamos, estamos ante un supuesto de indemnización o de responsabilidad?

Claro es que se nos puede decir que, a pesar de su aparente intento de diferenciar responsabilidad e indemnización, lo que la Sentencia hace en definitiva, es aceptar la tesis del fundamento común de ambas instituciones. La objeción, entonces, tendría que dirigirse contra la tesis en cuestión, y nada mejor que la ocasión que nos proporciona esta Sentencia para reiterar aquí nuestros anteriores puntos de vista. En efecto: si efectivamente el derecho al resarcimiento surge—como quiere la tesis mencionada—cuando el particular no tiene el deber jurídico de soportar el daño, entonces lo que hay que preguntarse es cuándo el particular tiene—y cuándo no tiene—ese deber jurídico. Pero, claro está, esto es cabalmente lo que no nos resuelve la teoría aludida; por el contrario, y se mire por donde se mire, la contestación a esta pregunta reconduce al análisis de la actividad causante del daño.

He aquí, pues, cómo de nuevo nos encontramos en la necesidad de utilizar una concepción subjetivista, a través de la cual se obtienen los siguientes resultados:

1.º Los supuestos de *indemnización* incluyen toda suerte de expropiaciones (en el amplio sentido que reconoce el artículo 1.º de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954) y transferencias coactivas de derechos e intereses de los particulares, así como los daños causados en interés público en tales bienes, derechos e intereses, como consecuencia del ejercicio de una *actividad lícita* de la Administración. Es decir, en estos casos la Administración actúa en ejercicio de unas potestades administrativas, cuyo objeto es cabalmente realizar el sacrificio en cuestión. Un particular, por ejemplo, no habría estado legitimado para hacer lo que la Administración ha realizado; y precisamente porque se ha hecho en interés público se reconoce el derecho a indemnización a favor del perjudicado. Hay que insistir, pues, en que la *causa jurídica* de la indemnización se encuentra en el beneficio que para el interés público se deriva de la acción causante del daño.

2.º Los supuestos de *responsabilidad* incluyen el análisis de los daños causados con culpa, negligencia o como consecuencia del *riesgo objetivo* que ocasiona la realización de determinadas actividades o servicios, incluido el «funcionamiento normal de los servicios públicos» (artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado). Desde luego, la inclusión del riesgo objetivo no significa, ni mucho menos, la confusión de estos supuestos con los que constituyen la teoría de la indemnización, pues en este caso no se beneficia el in-

terés público con la actividad causante del daño; la finalidad perseguida con la actuación administrativa no tiene por objeto producir el daño, sino que éste es una consecuencia inesperada, incluso no querida, de dicha actuación.

La aplicación de estas reglas a la ya comentada Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1971 puede aclarar alguna de las cuestiones que nos hemos planteado. Por de pronto, obsérvese en qué consiste en el caso referido el daño causado a los recurrentes: la elevación de la rasante de una vía pública dificulta gravemente el acceso a determinadas viviendas y locales comerciales, al mismo tiempo que las priva total o parcialmente de luz y ventilación.

Pues bien, la simple consideración del supuesto de hecho nos obliga a formularnos algunos interrogantes: en primer lugar, ¿qué habría sucedido si la calzada cuya rasante fue elevada fuese de propiedad particular?, ¿hubiese podido el colindante privar de luces y accesos a la finca perjudicada?

Pienso que la respuesta a estas preguntas afecta al meollo de la cuestión planteada; pues, en efecto, si la Administración colindante puede hacer algo que no le está permitido al particular colindante, es que está utilizando la prerrogativa administrativa (es decir, está expropiando y, por ende, debe indemnizar). Por otra parte, ¿qué hubiese ocurrido si la Administración se hubiese limitado a cambiar el trazado de la vía pública o a prohibir, por ejemplo, el estacionamiento en la misma con las consiguientes molestias y perjuicios para las viviendas y locales de negocios? Desde luego, ni en este caso ni en el contemplado por la Sentencia comentada puede afirmarse con propiedad que exista un «deber de soportar el daño» por parte del particular o afectado; sin embargo, también parece razonable postular que la solución no puede ser la misma en ambos casos. El simple cambio de trazado de una vía pública (o la privación del tráfico rodado o del aparcamiento en la misma, como actualmente sucede en algunas calles de Madrid) no es suficiente para fundar una reclamación de indemnización como, por lo demás, ha declarado reiteradamente nuestro Consejo de Estado al afirmar que «la situación de contigüidad de un inmueble con un camino público no constituye un verdadero derecho..., de modo que una alteración o privación de éste, como consecuencia de un cambio de afectación o de una alteración de emplazamiento, fenómenos tan eventuales, no puede dar por sí mismo derecho a indemnización...; sin embargo, si una obra pública hubiese producido debilitación del in-

mueble o humedades permanentes en el mismo o *cualquier otro género de efectivos daños materiales*, éstos sí serían, en efecto, indemnizables» (11).

b) La Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1974 reconoce la responsabilidad de la Administración como consecuencia de la demolición, ordenada y ejecutada por el Ministerio del Aire, de un hotel situado en las proximidades de la pista de un aeropuerto.

Lo curioso de esta Sentencia es que, planteado el recurso fundamentalmente sobre la procedencia o no de una indemnización expropiatoria, la Sala aplica en cambio los preceptos relativos a la responsabilidad de la Administración por funcionamiento anormal del servicio público, consistente en la negligencia en el cumplimiento de los deberes de policía, inspección y ejecución en materia de navegación aérea (12). En efecto, la tesis de la parte recurrente—según se desprende del Considerando primero de la Sentencia—se resume así: la construcción se realizó de acuerdo con la legislación vigente, por lo que carece de base legal la orden de demolición; así es que si efectivamente perjudicaba a la navegación aérea, esto sólo podía remediarse mediante la expropiación forzosa de lo edificado; puesto que, sin embargo, la demolición ya se había consumado «el medio sustitutivo del quebrantamiento jurídico cometido es la indemnización, a fijar en la ejecución de Sentencias». Por su parte, la Administración demandada se defiende, alegando que el recurrente olvidó la exigencia de autorización previa del Ministerio del Aire para esta clase de construcciones, así como el resto de la legislación sobre la materia, de donde se deduce la exclusión de la necesidad de expropiación y la posibilidad de demolición sin indemnización (segundo Considerando). Sorprende por eso que, apartándose de este planteamiento que podía haber conducido, sin

(11) Dictamen de 2 de mayo de 1963, expediente núm. 29.909. T. R. FERNÁNDEZ, en *Expropiación y responsabilidad: nuevos criterios jurisprudenciales*, en el número 64 de esta REVISTA, 1972, pp. 147 y ss.), entiende que la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1971 supone una corrección fundamental de la doctrina contenida en este Dictamen del Consejo de Estado y de otros posteriores que insisten en la misma tendencia, como los de 6 de julio de 1961 (expediente número 27.412), 14 de julio de 1964 (expediente núm. 32.500), 24 de abril de 1964 (expediente núm. 32.539), etc. De lo que hemos dicho en el texto se desprende que no participamos de esta opinión: los daños que declara indemnizables el Tribunal Supremo pueden perfectamente considerarse incluidos en la alusión a las «humedades permanentes o cualquier otro género de efectivos daños materiales», a que se refiere el Dictamen del Consejo de Estado.

(12) Véase el *Comentario* de S. ORTOLA NAVARRO, en «Rev. Esp. de Derch. Adm.», núm. 2, 1974, pp. 319 y ss.

duda alguna, a la misma solución estimatoria del recurso, la Sentencia haya preferido invocar la responsabilidad de la Administración por funcionamiento anormal de los servicios públicos, justificando la condena a abonar daños y perjuicios en la laxitud y lentitud de la conducta administrativa, «pues impidiendo o suspendiendo en fase más temprana la construcción, a la que faltaba un piso al paralizarse, no hubiera dado lugar a la situación producida..., de todo lo cual se siguieron daños que debieron ser evitados no ya en cuanto al interés público de la seguridad y del pleno uso del aeropuerto, sino respecto de los intereses privados, a lo que su vicio de origen no les imponía —por falta del obligado celo administrativo— sufrir los perjuicios derivados de la prosecución de las obras, no ocultables sino perceptibles con su consecuencia del gasto efectuado entre la omisión de las precisiones sobre las servidumbres y obstáculos y la orden de demolición; medio ejecutivo legal, pero que comportaba la imposibilidad de retirar ciertos materiales y efectos, evitables de haber aplicado otros de entre los que admite el artículo 104 de la Ley de Procedimiento Administrativo..., todo lo cual encaja en el supuesto del artículo 40 de la Ley de 26 de julio de 1957, por concurrir la lesión derivada del funcionamiento anormal del servicio público...».

El hecho de que la Sentencia haya recurrido para fijar la indemnización al artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y no a la Ley de Expropiación Forzosa —que era el fundamento jurídico alegado por los recurrentes y discutido por el defensor de la Administración— es, a mi juicio, sintomático, ya que demuestra dos cosas: en primer lugar, que los fundamentos jurídicos de la indemnización (supuestos de expropiación forzosa) y de la responsabilidad no son intercambiables; en segundo lugar, que para condenar a la Administración no basta con decir que el particular ha sufrido daños que «no tenía el deber de soportar», sino que hay que entrar en el análisis de la actividad del sujeto causante del daño.

c) La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1974 resuelve la reclamación de indemnización formulada contra el Estado español por una serie de ciudadanos y empresas españolas residentes en la Guinea Ecuatorial a los que impuso una fuerte multa el presidente de aquella República «por haber colaborado con la prensa y Televisión Española en las difamaciones e insultos proferridos al jefe del Estado guineano, hasta el extremo de denominarlo terrorista». El fundamento de la reclamación consistía en entender

que los daños sufridos en su patrimonio por los afectados por las multas habían sido consecuencia del funcionamiento de Televisión Española, servicio público del Ministerio de Información y Turismo. La Sentencia, marcando un auténtico hito en la doctrina sobre responsabilidad de la Administración —hasta el punto de que algunos prestigiosos comentaristas han podido calificarla de sorprendente (13)—, estima el recurso y, por consecuencia, condena a la Administración a abonar las reparaciones solicitadas.

Se comprenden los obstáculos de todo tipo que ha tenido que salvar la Sentencia para llegar a esta solución condenatoria; por de pronto, una aparentemente insalvable, a saber: la inexistencia de un claro nexo causal entre la actividad realizada por Televisión Española y al daño sufrido por los reclamantes (que, en definitiva, sólo tiene su origen en una arbitraria e incontrolable actitud del presidente de la República guineana). Ahora bien, con todo, los imprecisos horizontes que para el tema de la responsabilidad abre la Sentencia que se comenta, se encuentran, sin duda alguna, en el mutuo refuerzo que se prestan, de una parte, la teoría de la responsabilidad objetiva, y de

---

(13) A. NIETO: *La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado*, en «Rev. Esp. de Derch. Adm.», núm. 4, 1975, pp. 90 y ss., afirma: «La responsabilidad objetiva necesita de un contrabalance técnico que ponga límite a su ambiciosa formulación inicial... Sólo de esta manera dejará de ser el instituto de la responsabilidad administrativa un juego de azar o una adivinanza. Es importante también encontrar un punto de equilibrio sin oscilar pendularmente, como hasta ahora viene haciendo la jurisprudencia en su casuística, entre desestimaciones que pueden parecer excesivamente rigurosas y estimaciones que también pueden parecer excesivamente generosas.»

La Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1975 resuelve un curioso caso de responsabilidad de la Administración local. Un enfermo mental internado en un hospital perteneciente a la Diputación Provincial de Granada se arrojó por una de las ventanas del edificio cayendo sobre una pareja de novios que casualmente paseaba por la acera, causando la muerte de él y lesiones a ella. Denegada la petición de indemnización en vía administrativa por la Diputación Provincial, fue reconocida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Granada y confirmada por el Tribunal Supremo de la doctrina que sienta en su Sentencia, interesa subrayar: 1) Que el servicio público «funcionó de modo defectuoso, puesto que dio lugar a que el enfermo se arrojase por la ventana en su intento de suicidio ... resultando patrimonialmente atribuible a la Corporación, que no puede exonerarse del mismo invocando, como ha hecho, su imputación a la acción de terceros, puesto que el perturbado ... no constituía un agente extraño al funcionamiento del centro, sino un usuario interno que como tal se integraba en su organización y disciplina»; 2) Que «sería igualmente responsable objetivamente la Corporación aunque los servicios hubiesen funcionado perfectamente, ya que el enfermo procedía del edificio donde el servicio se prestó en relación con el cual señala el artículo 1910 del Código Civil que el ocupante responde de los daños causados por lo que se arroje o caiga de un inmueble, sin que aquí proceda hacer distinción entre objetos o personas» (Vid. el comentario a esta Sentencia de SÁNCHEZ MORÓN en «Revista Española de Derecho Administrativo» núm. 7, 1975, pp. 646 y ss.).

otra, la teoría que apoya indiscriminadamente los supuestos de responsabilidad e indemnización en el argumento negativo de la inexistencia del deber de soportar el daño por parte del perjudicado. Personalmente pienso que si Televisión Española hubiese sido una empresa privada (o si las multas impuestas a los españoles residentes en Guinea se hubiesen basado únicamente en noticias difundidas por la prensa nacional) la petición de indemnización no hubiese encontrado entonces fundamento jurídico alguno. ¿Acaso la naturaleza pública o paraestatal de Televisión Española es suficiente para alterar la suerte de la reclamación? El argumento merece, sin embargo, ser considerado; pero, en todo caso, esto nos reconduce inevitablemente al análisis de la actividad del sujeto causante del daño.

C) Los ejemplos jurisprudenciales que acabamos de examinar —posiblemente los más notorios que ofrece la actividad jurisdiccional de los últimos años— confirman el punto de vista que insistentemente venimos manteniendo, a saber: que los fundamentos jurídicos de los supuestos de indemnización y de responsabilidad no son intercambiables y que, por consiguiente, a la hora de mantener ante un Tribunal una reclamación en la materia resultaría necesario e indispensable justificar la causa jurídica de lo que se pide, que no podrá ser la indiscriminada alegación de que el perjudicado no estaba obligado a soportar el daño. Habrá que ir más allá —y creo que se trata de un consejo obvio para cualquier jurista que conozca su oficio y se vea en el trance de mantener una acción similar ante una jurisdicción— y demostrar, bien el enriquecimiento patrimonial, o la ventaja directa conseguida para el interés público (supuesto de indemnización), o la forma cómo el funcionamiento normal o anormal del servicio ha determinado el daño sufrido.

Resulta ocioso añadir que la forma cómo la actividad administrativa sea realizada constituye un criterio definitivo para determinar el posible derecho de repetición de la Administración Pública condenada a abonar indemnización, contra sus autoridades, funcionarios o agentes. Sabido es que, de acuerdo con el artículo 42 de la Ley de Régimen Jurídico, «sin perjuicio de que el Estado indemnice a los terceros lesionados..., podrá la Administración exigir de sus autoridades, funcionarios o agentes la responsabilidad en que hubieran incurrido por culpa o negligencia grave». Naturalmente, esta facultad de repetir sólo tiene sentido cuando la lesión causada al particular «sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la



adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa» (artículo 40 de la Ley); sin que, por ende tenga sentido hablar de ello en los supuestos expropiatorios cubiertos por la Ley de 16 de diciembre de 1954.

### III. LA BASE CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA INDEMNIZACIÓN

A) El artículo 32, párrafo 2.º, del Fuero de los Españoles establece el principio constitucional de que «nadie podrá ser expropiado sino por causa de utilidad pública o interés social, previa la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las Leyes».

En su desarrollo se ha dictado la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, en cuyo artículo 1.º se delimita un concepto de expropiación forzosa que incluye «cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio».

Como puede fácilmente observarse, el concepto desborda ampliamente el esquema tradicional de nuestra legislación decimonónica, que exigía siempre la transferencia coactiva de un bien mueble o inmueble de un patrimonio privado al administrativo. Esta idea de transferencia viene a sustituirse ahora—aunque, naturalmente, sin que la hipótesis de la transferencia se excluya— por la de carga o limitación impuesta en el ejercicio de las facultades dominicales. Por lo que se refiere a las notas comunes que caracterizan los diferentes supuestos expropiatorios, son ahora las siguientes, a saber:

- 1) Que la actuación administrativa se realice «por causa de utilidad pública o interés social», y
- 2) Que la privación de la propiedad privada o de los derechos o intereses patrimoniales legítimos sea *singular*.

La primera nota señalada constituye la justificación del ejercicio de la potestad expropiatoria y, consiguientemente, la causa jurídica de la indemnización. Queda claro, después de cuanto se ha dicho en el apartado anterior, que aquí está la diferencia fundamental entre los supuestos expropiatorios y los que determinan la responsabilidad pa-

trimonial del Estado. En cuanto a la nota de la «singularidad», constituye el criterio determinante de la indemnización; es decir, el criterio que diferencia las limitaciones o cargas que la propiedad debe sufrir en cuanto tal (por consiguiente, sin derecho a indemnización) de aquellos otros que, por ser singulares, deben ser indemnizables.

B) Nuestro Derecho positivo ofrece abundantes ejemplos de aplicación del principio constitucional de que toda expropiación —entendida en el sentido amplio que se desprende del artículo 1.º de la Ley de Expropiación Forzosa— comporta indemnización. Cabría preguntarse sobre la necesidad de tales pronunciamientos legislativos, siendo así que la aplicación de la Ley de Expropiación Forzosa es de aplicación general; empero, téngase en cuenta que las normas a que vamos a referirnos a continuación tienen valor de leyes formales, por consiguiente, con virtualidad suficiente para derogar a la propia Ley de Expropiación Forzosa. Queda aparte, claro está, el tema de su constitucionalidad —supuesto que estableciesen auténticas expropiaciones no indemnizables—, pero es conocida la dificultad que este tipo de fiscalización tiene en nuestro Derecho positivo.

a) La Ley de Carreteras (n.º 51/74), de 19 de diciembre, dedica el capítulo primero del título tercero a las «limitaciones de la propiedad». La propiedad privada, en efecto, colindante con las carreteras, ha de soportar una «zona de servidumbre» y una «zona de afección». Además se establece a ambos lados de las carreteras la «línea de edificación», a partir de la cual «quedan prohibidas las obras de construcción, reconstrucción o ampliación de cualquier tipo de edificación, a excepción de las que resultaren imprescindibles para conservación y mantenimiento de las existentes, que deberán ser debidamente autorizadas». Esta línea se situará a una distancia del borde exterior de la calzada, según la importancia de la carretera (art. 37,1).

Pues bien, el derecho a indemnización se reconoce en la siguiente forma:

- Por lo que se refiere a la zona de servidumbre: «en todo caso serán indemnizados la ocupación de la zona de servidumbre y los daños y perjuicios que se causen por su utilización (artículo 34,3).
- Por lo que se refiere a la prohibición de construir: en las autopistas y autovías de nueva construcción será indemnizable la prohibición de construir, excepto si los propietarios afectados

por la línea de edificación pudieren concentrar en terreno de su propiedad conlindante con ésta y al otro lado de dicha línea el volumen de edificación autorizado... por la Ley del Suelo» (artículo 37,3) (14).

b) La Ley 8/1975, de 12 de marzo, sobre zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional establece las llamadas «zonas de seguridad». En las «zonas próximas de seguridad no podrán realizarse sin autorización del Ministro correspondiente, obras, trabajos, instalaciones o actividades de clase alguna», si bien podrán autorizarse «los aprovechamientos agrícolas o forestales, así como las excavaciones o movimientos de tierras y construcción de cercos y setos, casetas o pabellones de carácter temporal, e instalaciones de líneas telegráficas, telefónicas y de transporte de energía eléctrica, siempre que inequívocamente no obstaculicen las finalidades militares de la propia zona» (art. 9.º). En la «zona lejana de seguridad» podrán realizarse determinadas edificaciones o instalaciones previa autorización del Ministro correspondiente (art. 11) (15).

Pues bien, la procedencia de la indemnización se garantiza con tal amplitud que merece la pena reproducir el texto íntegro del artículo 28 de esta Ley:

---

(14) Sorprende, sin embargo, que el reconocimiento de indemnización se contraiga solamente a las autopistas y autovías «de nueva construcción»; ¿acaso las limitaciones que la Ley establece *ex novo* en la línea de edificación de carreteras ya construidas no comporta indemnización? Si los redactores de la Ley entendieran que la indemnización no era procedente porque no estaba reconocida en la anterior legislación sobre la materia (art. 5.º del Decreto-ley de 22 de junio de 1966), hay que advertir que ésta es una opinión equivocada, pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 25 de mayo de 1973 y 27 de junio de 1974) ha declarado en estos casos expresamente el derecho a indemnización. El examen de otros preceptos legales reafirma la impresión de que el reconocimiento del derecho a indemnización sea simplemente la consecuencia del humor o del estado de ánimo de los redactores de la norma. Así, el Decreto 584/1972, de 24 de febrero, sobre servidumbres aeronáuticas, reconoce, en su artículo 26, el derecho a indemnización por la eliminación de construcciones *ya existentes* que sean obstáculo para la navegación aérea, mediante procedimiento de expropiación forzosa; en cambio, parece desconocer el derecho a indemnización por las limitaciones (el Decreto habla de «servidumbres») futuras, según se desprende del artículo 31 y del procedimiento de concesión de licencias allí establecido.

(15) Es curioso lo que en este mismo artículo 11 se añade: «la autorización sólo podrá denegarse cuando dichas edificaciones, instalaciones o plantaciones, impliquen perjuicio para el empleo óptimo de los medios integrados en la instalación militar de que se trate, o queden expuestos a sufrir por dicho empleo daños susceptibles de indemnización». Parece que éste es un sistema de recortar el principio de indemnización, que más adelante reconoce la Ley, como se señala en el texto.

«Los *perjuicios* que se originen a los particulares como consecuencia de las *servidumbres* o *limitaciones* derivadas de la presente Ley serán indemnizables conforme a lo previsto en la Ley de Expropiación Forzosa y de la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. En todo caso el particular afectado podrá hacer uso de las facultades que confiere el artículo 23 de la vigente Ley de Expropiación Forzosa.»

«Las obligaciones, servidumbres y limitaciones de todo orden que, como consecuencia de la propia Ley, resulten para las obras y servicios públicos *serán objeto de la adecuada compensación* en los términos que establezca el Consejo de Ministros.»

Obsérvese que el principio se establece con tal amplitud que incluso permite —a nuestro juicio— formular la reclamación de indemnización en los supuestos de denegación de licencia para construcción en la zona lejana de seguridad, de acuerdo con las facultades que a la Administración concede el artículo 11 de la propia Ley.

c) La Ley 15/1975, de 2 de mayo, sobre espacios naturales protegidos, establece un régimen de protección para estas zonas que implica —aparte de los supuestos de expropiación forzosa— la imposición de limitaciones y servidumbres sobre la propiedad privada.

El principio que se establece en relación con los parques naturales es el que se contiene en el artículo 13 de la Ley:

«d) Cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos *será objeto de indemnización*, de acuerdo con lo establecido al respecto por la vigente legislación de expropiación forzosa.»

Tal como está redactado, resulta claro que el precepto cubre no sólo la hipótesis de la adecuada indemnización cuando una finca particular es expropiada para constituir el conjunto del parque natural, sino la de la indemnización por el perjuicio que a la propiedad particular se irroga por la prohibición de construir o por la disminución del volumen edificable, que sea consecuencia directa de la constitución de un parque nacional colindante con propiedades privadas.

En todo caso, hay que subrayar que la expropiación forzosa se concibe en la Ley como una opción para los propietarios privados afectados, según se desprende del artículo 14:

«1. La declaración de los espacios naturales protegidos llevará aneja la de utilidad pública a efectos de expropiación de los bienes y derechos afectados. Esta facultad sólo podrá ejercerse en el caso de que los propietarios u otros titulares de aquellos bienes y derechos no convengan con la Administración otra forma de indemnización o compensación de los daños y perjuicios derivados de la reclamación especial que sea de aplicación.»

En fin, la Ley contiene una disposición adicional que prescribe que «la protección de los espacios que constituyen el marco o entorno de un bien, monumento o conjunto histórico-artístico o de valor arqueológico, continuará acomodándose a los preceptos de la Ley de 13 de mayo de 1933».

Sorprende esta remisión, ya que el régimen de protección de espacios naturales nada tiene que ver, por definición, con el régimen de limitaciones que pesa sobre «los espacios que constituyen el marco o entorno de un bien, monumento o conjunto histórico-artístico o de valor arqueológico». La única explicación posible está en que se haya querido excluir a estos espacios de la aplicación del principio indemnizatorio, por entender que las limitaciones de la Ley de 1933 no comportaban indemnización. Pero esto nos reconduce a la discusión del criterio indemnizatorio, a lo cual después nos referiremos.

d) La Ley 19/1975, de 2 de mayo, sobre Reforma de la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana incide también directamente en el problema que nos preocupa.

En su redacción anterior, de 12 de mayo de 1956, la Ley del Suelo establecía, en su artículo 69, que en los terrenos de suelo rústico «la facultad de edificar se ejercerá en proporción de un metro cúbico, como máximo, por cada 5 m<sup>2</sup> de superficie». A continuación, la Ley añadía, en su artículo 70, que «la ordenación del uso de los terrenos y construcciones enunciada en los artículos precedentes no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística». Ahora bien, si la ordenación

urbanística redujese el volumen mínimo edificable antes aludido (1 m<sup>3</sup> por cada 5 m<sup>2</sup>), «conferirá derecho a indemnización mediante expropiación o imposición de servidumbre» (16).

Pues bien, la Reforma de la Ley del Suelo de 1975 introduce en esta materia modificaciones importantes. A efectos de indemnización, el precepto clave es el artículo 87, que se transcribe a continuación (según la redacción del Texto Refundido):

«1. La ordenación del uso de los terrenos y construcciones enunciados en los artículos precedentes *no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística*. Los afectados tendrán, no obstante, derecho a la distribución equitativa de los beneficios y cargas del planeamiento en los términos previstos en la presente Ley.

2. La *modificación o revisión* de la ordenación de los terrenos y construcciones establecida por los Planes Parciales, por los Planes Especiales y por los Programas de Actuación Urbanística, *sólo podrá dar lugar a indemnización si se produce antes de transcurrir los plazos previstos para la ejecución de los respectivos planes o proyectos, o transcurridos éstos, si la ejecución no se hubiere llevado a efecto por causas imputables a la Administración.*

3. *Las ordenaciones que impusieran vinculaciones o limitaciones singulares que lleven consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no puedan ser objeto de distribución equitativa entre los interesados conferirán derecho a indemnización.»*

Obsérvese que la negación del derecho a indemnización que se contiene en el párrafo 1 del citado artículo 87 se explica—al igual que lo hacía la Ley anterior, aunque ya resulta sospechoso que un

---

(16) No se comprende exactamente por qué la Ley liga el concepto de indemnización a los supuestos de expropiación o de imposición de servidumbre. Lo que determina el derecho a indemnización es pura y simplemente la limitación de edificar, impuesta singularmente por ordenaciones urbanísticas concretas y a determinadas propiedades privadas, por debajo del límite general establecido en la Ley del Suelo.

precepto legal tenga que justificar, en su parte dispositiva, la solución que establece— «por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística». Por su parte, la ponencia que informó el Proyecto de Ley en las Cortes fue también bastante explícita en relación con el tema. Así, al informar sobre las enmiendas presentadas al artículo 69 (con motivo de la reforma de 1975), afirma: «Se estima que en este tipo de suelo (no urbanizable) no procede fijar un derecho abstracto y universal a la edificación; el derecho a edificar sólo cobrará sentido cuando se apruebe el correspondiente derecho de actuación.» Y más adelante, al informar el artículo 70 (87 del Texto Refundido), antes transcrito, añade: «La ponencia entiende, a la vista de estos principios, que los supuestos de indemnización sólo pueden plantearse en aquellos casos en que las limitaciones presenten aspectos tan singulares que no permitan su equitativa distribución entre los propietarios y afectados.»

Sin embargo la negación de la indemnización basada en el argumento «del contenido normal de la propiedad, según su calificación urbanística», es, cuando menos, de dudosa aceptación. Por de pronto, en efecto, la calificación urbanística del suelo la realiza el Plan (artículo 69 bis), no la Ley. La definición del «suelo no urbanizable» es consecuencia del Plan en un doble sentido: 1) en cuanto el Plan no incluya al suelo como urbanizable, y 2) en cuanto se trate de «los espacios que el Plan determine para otorgarles una especial protección, a los efectos de esta Ley, en razón de su excepcional valor agrícola, forestal o ganadero, de las posibilidades de explotación de sus recursos naturales, de sus valores paisajísticos, histórico-culturales o para la defensa de la fauna, la flora o el equilibrio ecológico» (artículo 65, b), de la Ley de 1975).

Esto significa que la declaración de «protegible» —con toda la ironía que esta denominación encierra desde el punto de vista de los propietarios afectados— no es indemnizable, según la Ley del Suelo; solución que se contradice, como ya se vio, con la que para supuestos absolutamente análogos se contiene en la Ley 15/1975, de espacios naturales protegidos. Pero hay más: es también contradictoria con las propias soluciones de la Ley del Suelo. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87,3, las vinculaciones o limitaciones singulares de aprovechamiento urbanístico del suelo que no puedan ser objeto de distribuciones equitativas entre los interesados «conferirán

derecho a indemnización». Sin embargo, estas mismas limitaciones están excluidas de indemnización de acuerdo con lo establecido en el párrafo 1 del propio artículo 87. ¿Cómo debe resolverse esta contradicción? A nuestro juicio, la que tiene un apoyo constitucional es la primera; pero esto merece ser más detenidamente examinado (17).

#### IV. EL CRITERIO DE LA INDEMNIZACIÓN

Los casos anteriormente examinados nos demuestran que sobre una misma base constitucional las soluciones legislativas pueden ser contradictorias. Concretamente, las Leyes 51/1974, de Carreteras, y 8/1975, sobre limitaciones por razón de defensa nacional, recogen el principio de indemnización con una amplitud acorde con los textos constitucionales, mientras que la Ley del Tesoro Artístico de 1973 y la Ley del Suelo sugieren notables desviaciones con respecto a tales textos. Esto nos puede hacer pensar en que el criterio de la indemnización se encuentre cabalmente en la idea, de indudable tradición jurisprudencial (18), de que la causa del daño debe encontrarse en

---

(17) Por lo demás, como ha observado M. BASSOLS COMA (en *La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos*, Ponencia presentada al V Congreso de la Asociación Italo-española de Profesores de Derecho Administrativo, 1975), el artículo 70 se limita a sentar el principio, pero deja en pie grandes incógnitas: ¿Cómo se evalúa esta indemnización? ¿A quién corresponde satisfacerla, a la propia Administración o al resto de los propietarios afectados por la urbanización?

La jurisprudencia del Tribunal Supremo había consagrado con anterioridad a la reforma de la Ley del Suelo de 1975 (Sentencias de 19 de mayo de 1967, 6 de abril de 1968, 22 de mayo de 1971, 16 de diciembre de 1972, 19 de febrero y 26 de septiembre de 1973, 5 de abril de 1974, entre otras) que, con motivo de expropiación forzosa, ha de tenerse en cuenta el valor de un terreno como solar, aunque un Plan de ordenación urbana posterior venga a calificarlo como «zona verde». La Sentencia de 18 de diciembre de 1974 dice expresamente que «... la condición de solar existente antes de la aprobación de un Plan no puede degradarse, en trance de valoración, cuando se trate de una transmisión coactiva».

(18) La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Quinta) de 27 de junio de 1974, al reconocer el derecho a indemnización como consecuencia de las prohibiciones de construir a determinada distancia de las autopistas, contenidas en el artículo 5.º del Decreto-ley de 22 de julio de 1966, declara que «no es una limitación dentro del contenido normal del derecho de propiedad, puesto que no nace directamente de la Ley ni de las condiciones de aprovechamiento de los terrenos atendiendo su situación y uso permitido, sino de la construcción de una obra pública, por lo que, tanto la privación total de la propiedad de los terrenos necesarios a tal fin como las restricciones impuestas a los terrenos colindantes, tienen un mismo fundamento y constituyen una privación singular de derechos e intereses patrimoniales legítimos perfectamente indemnizables».

Alguna reciente sentencia da pie para que pueda hablarse de responsabilidad de la Administración por daños producidos por su *pasividad* al no ejercitar sus poderes de policía para la defensa contra la contaminación de las aguas, o no establecer un servicio obligatorio como el de alcantarillado (Sent. Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1975).



la efectiva realización de una obra pública, o instalación de un servicio público concreto, es decir, en la existencia de una *actuación material* que singularice el daño. Otro tipo de limitaciones derivadas de regulaciones genéricas sobre determinados tipos de bienes exoneran del deber de indemnización, por tratarse de modos naturales de ser de la propiedad.

Empero, la propia legislación examinada nos enseña que hay casos en los que el reconocimiento de la indemnización no deriva necesariamente de la realización de una obra pública. La Ley 15/1975, sobre espacios naturales protegidos, reconoce —como ya se vio— la indemnización a favor de los propietarios cuyas facultades, en cuanto tales, resultasen limitadas en orden a la protección de un parque nacional. En cierto sentido, cabría hablar aquí de un caso de vinculación de la propiedad privada, rigurosamente análogo a otros que contempla la vigente Ley del Suelo *sin indemnización*.

Así es que —con independencia de la discusión sobre la constitucionalidad de esta última— queda en pie la necesidad de encontrar un criterio determinante de aquellos casos en que se produce un daño singular indemnizable, a pesar de que la limitación está establecida para una categoría general de bienes en abstracto.

Examinemos aquí también algunos ejemplos en concreto. Supongamos que una norma de carácter general prohíbe la corta de árboles en todos los fundos forestales del país; sería un supuesto en el que difícilmente podría encontrarse base para la petición de indemnización. Análoga solución se impondría a la vista de una norma legal que prohibiese para el futuro la construcción de edificios de más de tres plantas de altura. Ahora bien, ¿cabría la misma solución para el caso de que se declare zona verde (con prohibición de edificar una zona anteriormente edificable y, por tanto, con determinado precio en el mercado) situada en el área de expansión natural de una gran ciudad; o si se descubren yacimientos arqueológicos con motivo de unas obras de urbanización y se suspenden tales obras; o si, en fin, se declara monumento nacional y se sustrae al comercio jurídico un edificio situado en una zona urbana en que el precio del suelo alcance alta cotización? Decir que en este caso estamos también ante un «modo de ser de la propiedad» resulta ciertamente discutible, pues la diferencia que se advierte entre los ejemplos primeramente examinados y estos últimos se encuentra en que aquí la limitación no surge directamente de la Ley, sino que hace falta un

acto administrativo concreto de afectación; por ejemplo, el que declara que el yacimiento descubierto tiene valor arqueológico o que el edificio en cuestión tiene valor monumental y debe ser conservado. Aquí no basta con decir que, como compensación a la vinculación impuesta, se exonera al propietario del pago de contribuciones (que es lo que hace la Ley de 1933). Lo que el ordenamiento constitucional vigente exige es que se dé opción al propietario a ser expropiado con la correspondiente indemnización.

En relación con las limitaciones urbanísticas, la negación de indemnización se pretende basar en el argumento de que las limitaciones y vinculaciones dimanar de los planes urbanísticos, los cuales, a su vez, están habilitados por la Ley para establecerlas. A mi juicio, el argumento es falaz, porque de lo que se trata aquí no es de averiguar si los planes urbanísticos tienen o no virtualidad para imponer limitaciones a la propiedad, sino si los propietarios tienen o no derecho a indemnización, lo cual es cosa muy distinta (especialmente cuando la teoría de la indemnización se entiende como una consecuencia de actuaciones administrativas legítimas).

¿Acaso una ordenación urbanística no puede—sin posibilidad de distribución equitativa de los resultados—hacer ricos a unos propietarios y arruinar a otros? Obviamente, sí; y lo grave es que este resultado se produce no por consecuencia del tratamiento normativo general de una íntegra categoría de bienes, reconocible por sus características físicas u objetivas («modos de ser natural de la propiedad»), sino por razón de una discriminación fáctica de las propiedades en lo que consiste cabalmente, según GARCÍA DE ENTERRÍA, la técnica planificadora, pues el Plan urbanístico singulariza y concreta para cada parcela de terreno planeado un tipo concreto de utilización, determinando una limitación. No hay duda, a nuestro juicio, de que las hipotéticas lesiones que produzca el plan son *singulares* a los efectos de la teoría de la indemnización (19).

En definitiva, tanto en el caso de la planificación urbanística como en el anteriormente examinado ejemplo de los actos administrativos

---

(19) Se comprende por eso que muchas soluciones legislativas en materia urbanística hayan chocado con preceptos constitucionales. Son conocidas las Sentencias del Tribunal Constitucional italiano de 20 de enero de 1968 y 29 de mayo de 1968; esta última dio lugar a que se promulgase la Ley de 29 de mayo de 1968, dando una nueva redacción a determinados preceptos urbanísticos que habían sido declarados inconstitucionales por la Sentencia aludida.

#### EL DERECHO A INDENIZACION

sobre declaración de monumentos, nos encontramos con un acto de afectación o limitación concreto que singulariza el daño a soportar por el propietario del bien y que, por ende, reclama indemnización. Cosa distinta es que la planificación posibilite una compensación del daño producido a través de un sistema del reparto de beneficios que los propios planes urbanísticos generan.

