

LA TRANSLACION DEL "JUSTUM PRETIUM" A LA ESFERA DE LA EXPROPIACION FORZOSA

POR

JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ

SUMARIO: Nacimiento de la idea de *justum pretium*.—Aplicación al Derecho de la ciudad.—*Justum pretium* y escolástica.—La lucha entre el *ius quaesitum* y el *dominium eminens*.—La victoria del *ius quaesitum* y su apoyo en el Derecho natural.—De la propiedad *sequela mali* a la propiedad derecho inviolable.—*Justa causa* y *justum pretium*.—La interpretación hierológica de Max Weber.—*Justum pretium*, expropiación y Derecho común.—El *mos geometricus* en la construcción del Derecho administrativo.—La expropiación forzosa en el Derecho liberal.—Las grietas en la construcción civilista de la expropiación.—La expropiación como sanción.—Técnicas de valoración y eficiencia administrativa.—La expansión de la idea expropiataria y la responsabilidad de la Administración.—La propiedad como función.

Comunia, id est communicanda tempora necessitatis.

Juan TEUTÓNICO (Glosa *Ius naturale*, Decret. D. 1, c. 3).

La técnica del justo precio en la expropiación forzosa arranca no de una perspectiva puramente administrativa, sino, por el contrario, de una aplicación al campo del poder administrativo de una técnica secularmente civil.

En el Derecho romano, en los escasos supuestos en que se aplicaba la expropiación forzosa, la indemnización del precio de la cosa expropiada solamente se abonaba a título de excepciones y siempre *honoris causa*, es decir, sin que se diera nacimiento a una pretensión exigible por ruego del expropiado, sino, por el contrario, basada en una causa de mera liberalidad por parte de la Administración. No se plantea, sin embargo, problema alguno de técnica general en el Derecho romano, por cuanto la expropiación forzosa era solamente una técnica de tipo excepcional, no regulada con caracteres generales ni aplicada en la realidad como tal.

La técnica *justum pretium* aparece, por el contrario, en el Derecho civil, correspondiendo a la glosa del siglo XIII la aplicación de la técnica civil al campo público.

En el Derecho común surge el justo precio como determinante de la rescisión por lesión *ultra dimidium*. Los dos textos de importancia desigual referentes a la materia se encuentran en el Código de Justiniano en el libro IV, título 44, *De rescindenda venditione*, las dos leyes, 2.^a (1) y 8.^a (2).

Estos dos únicos textos son los que recogen la técnica del *justum pretium*, imponiéndose ante la parvedad de las normas un estudio algo más detenido. El interés principal se centra en la Ley 2.^a. La Ley 8.^a, que aparece fechada en el año 294, es solamente un poco posterior a la Ley 2.^a, encerrando alguna contradicción interna, toda vez que en sus comienzos indica que basta que no se haya realizado el *justum pretium* para que se dé lugar a la rescisión, en tanto que en su final solamente admite esta rescisión cuando la lesión al *justum pretium* sea superior a la mitad del mismo. Esta y otras contradicciones hacen que la mayor parte de los romanistas atribuyan ambas leyes, la 2.^a y la 8.^a, a una interpolación, admitiendo para el Derecho romano clásico exclusivamente, la técnica de la *restitutio in integrum*, basada en la *lex Pleatoria*.

La Ley 2.^a se refiere a la rescisión por lesión de un contrato de compraventa, contemplando solamente la desigualdad de prestaciones.

(1) La Ley 2.^a, atribuida a DIOCLECIANO y MAXIMILIANO, establecía: «Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus, fundum venditum recipias, auctoritate intercedente iudicis, vel si emptor elegerit, quod deest justo pretio recipies. Minus autem pretius esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit» (año 285). C. IV, 44 de rescind, vend. 2, Imp. Diocletianus et Maximianus, AA. Aurelio Lupo.

(2) Y la Ley 8.^a (año 294): «Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venundedit, dolus ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. Hoc enim solum, quod paulo minoris pretio fundum venundatum significas, ad rescindendam emptionem invalidum est. Quod videlicet si contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam et quod emptor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem hic quod obulerat addente, ad certum consentient *pretium*, profecto perspiceres neque *bonam fidem*, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati neque ullam rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum, contractum vel statim vel post pretii quantitatis disceptationem: nisi *minus dimidia justii pretii* quod fuerat tempore venditionis datum est, electione jam emptori praestitia servanda». C. IV, 44 de rescind., vendit 8, idem AA et CC Aureliae Evodiae. Cfr. P. OSSIPOW, *De la lésion. Etude de droit positif et de droit comparé*. París. Sirey; 1940.

En efecto, hace falta, según la misma, para que se aplique la rescisión, que el vendedor haya recibido menos de la mitad del valor real del bien vendido sin que se tome en consideración, por tanto, otra cosa sino la lesión objetiva en el precio. Admitido y comprobado este hecho, el Juez debe admitir la lesión. Sin embargo, esta aparente objetividad en la causa de la rescisión encubre una doble presunción, que es eminentemente subjetiva. Si solamente jugase en la rescisión el carácter objetivo del precio, se hubiera podido, lógicamente, admitir la rescisión, no solamente a favor del vendedor, sino también a favor de comprador. Si, por el contrario, solamente se atribuye la rescisión al vendedor, indudablemente que ello es por algún motivo implícito. Cabalmente por la singular razón de que es el vendedor quien puede estar coaccionado por una necesidad urgente de venta y puede, por tanto, ser objeto de presiones sobre su voluntad, cosa que no alcanza, paralelamente, al comprador. La rescisión se muestra así, no como una técnica de tipo general, sino, por el contrario, como un caso singular en favor de una de las partes, como evidencia la justificación dada por la Ley a esta medida singular, basándola en razones de humanidad.

El hecho de que la rescisión haya sido rechazada tradicionalmente en el Derecho romano clásico, es un indicio más que fuerza a pensar que la rescisión por lesión en el precio era solamente una medida excepcional para salvaguardar la equivalencia de las prestaciones. Una vez rescindido el contrato, las partes deben devolverse sus prestaciones recíprocas, a menos que el comprador prefiera guardar para sí el fundo comprado mediante abono al vendedor del suplemento del justo precio. Pero esto es una facultad del comprador y no una obligación del mismo. Es, de otro lado, facultativo y subsidiario de tal modo que si el comprador no usa de la facultad de abonar la suplencia del precio, conservando para sí la cosa comprada, la venta deviene automáticamente nula. La Ley 2.^a, dictada, como se evidencia, en exclusivo beneficio del vendedor, no atribuye al comprador sino un papel pasivo en la comprobación de la lesión del justo precio. Una vez acreditada tal lesión, la situación jurídica del comprador pasa a ser activa, atribuyéndosele la facultad de optar entre la devolución o el abono del suplemento de precio.

El *justum pretium* nace, de este modo, con una finalidad de protección y como algo puramente excepcional. En definitiva, obedece a todo el criterio de construcción de las técnicas jurídicas seguidas por el Derecho romano, que, huyendo de las generalizaciones, construía las téc-

nicas *a posteriori* para solucionar casos concretos de flagrante injusticia. La propia justificación que en la norma se adopta como base para el manejo de un *justum pretium* en la compraventa, es la invocación estricta a la humanidad y a la equidad natural.

Consecuencia de todo ello es la de que el *justum pretium* no tiene eficacia positiva de exigencia del equilibrio económico exacto en las prestaciones bilaterales, sino que, por el contrario, se considera una técnica excepcional, cuya eficacia es más bien negativa, cabalmente la de excluir los abusos en perjuicio de los menores de edad.

Estas dos leyes excepcionales de la última legislación romana pasan a ser objeto en los glosadores de unos comentarios muy extensos. Los canonistas y los filósofos se ocupan ya del término, que utiliza ya SAN AGUSTÍN en *De Trinitate* (13,3). De pura técnica exorbitante se va desdibujando la idea hasta convertirse en una exigencia normal de la contratación. Los resultados a que llegan los glosadores se resumen así en estos tres extremos: modificación del fundamento de la lesión, a través del *dolus re ipsa*, extensión al comprador y ampliación de la técnica rescisoria por lesión a todos los contratos. Si se examina la legislación medieval, con su aplicación del *justum pretium* en el campo del Derecho común y las prohibiciones de préstamos usurarios se observará que justamente toda la finalidad de esta legislación es la de conservar el equilibrio económico de las prestaciones, el sinalagma de los contratos bilaterales. El *justum pretium*, sin embargo, no se generaliza como exigencia de la técnica conceptual, sino que conserva su propio carácter, de técnica negativa, de exclusión del engaño, aplicándose exclusivamente a quienes, por cualquier circunstancia económica o personal, no son capaces de emitir una declaración de voluntad totalmente libre (3).

De la interpretación excepcional se pasa, bajo el influjo de los glosadores y canonistas medievales, a la consideración del justo precio como algo objetivo, inherente a las cosas. En la doctrina del Derecho natural protestante este pensamiento cristaliza en el origen de la imposición del justo precio *ex natura*: *la contractibus natura aequalitatem imperat, et ita quidem, ut ex inaequalitate jus oriatur minus habenti* (GROCIO).

En el campo del Derecho público, la tesis del *justum pretium* continúa en este período debatida, enfrentándose de este modo dos distintos criterios. Estas doctrinas enfrentadas se aplican, aparte de otras consi-

(3) Cfr. Rudolf KAULLA, *Theory of the just price. A historical and critical Study of the Problem of Economic Value*, Londres, Allen-Unwin, 1940.

deraciones sociológicas, por el dato de que en toda la Edad Media y en los legistas de la Edad Moderna, el *justum pretium*, tal y como se había configurado por el Derecho romano, vivía un mundo aparte aplicado sólo a las relaciones jurídicas entre particulares, y no a los poderes y privilegios del Príncipe. Según una primera línea de pensamiento, el Príncipe no está obligado a indemnizar al titular de dominio cuando arrebatara los bienes a sus súbditos. Otra perspectiva diferente, apoyada con todo el peso de los glosadores eclesiásticos, exige, por el contrario, que el Príncipe dé completa indemnización, según el criterio del precio total, del valor íntegro de las cosas de que se despoja al súbdito. Las doctrinas son, sin embargo, muy confusas. En la mayor parte de los casos, cuando se plantea el problema, se habla exclusivamente de supuestos en los que el Príncipe despoja bienes adquiridos a los súbditos para donarlos a continuación a otro particular—*an possit Princeps rem meam in alium transferre*—, sin que normalmente se suscite la cuestión del destino de los bienes usurpados. Es éste un problema que solamente hacia los finales de la Edad Media, y ya en los albores de la Edad Moderna, se plantea con toda claridad, como consecuencia, justamente, de tres siglos de discusión sobre el problema de la causa justa, según la cual puede el Príncipe apoderarse de los bienes de los particulares. En estos tres siglos, el problema principal es el de la causa justa más bien que el de la indemnización justa, que debe ser subsiguiente y al mismo tiempo condición esencial para que la usurpación se produzca de modo legítimo. Pero es el problema de la causa el que obsesiona durante toda la Edad Media. Sólo existente la causa justa se permitía el ataque del poder a los bienes de los súbditos. La problemática, por razón de los motivos, era general. Así justificaba SANTO TOMÁS el impuesto, sólo cuando se reunieron en él una serie de requisitos, *ex fine, ex auctore y ex forma*. De otro modo, el impuesto no sería justo, sino que quedará convertido en robo (*Utrum rapina possit fieri sine peccato*) (4).

(4) También San Raimundo de PEÑAFORT trató del tema bajo el epígrafe *De raptibus, praedonibus et incendiariis*. Cfr. en general, P. KEIL, *Volkswirtschaftliche Studien*, Heft 17, Berlín, 1927. Este afán de buscar en toda institución jurídica su fondo moral obedecía indudablemente a un ideal religioso de la vida, ideal que produjo en el campo específico del Derecho el auge de los aspectos de causa y buena fe en los negocios jurídicos. Así, paralelamente, va adquiriendo mayor y mayor relevancia la buena fe comercial, la *πίστις* de ARISTÓTELES (*Ethica a Nicomaco*, 9, 1-1164 B), que había recogido sólo para casos especiales el Derecho romano y que generaliza la glosa. Es así, por los Comentarios y glosas de BARTOLO cómo adviene al Derecho mercantil moderno el principio de la buena fe guardada y verdad sabida. Decía BARTOLO: *In curia mercatorum, negotia decidi debent bona aequitate*. El mismo glosador concebía la *aequitas* paralela de la

Es cabalmente a instancias de la doctrina de la Iglesia cuando se plantea el problema estricto de la indemnización debida, problema que encuentra bases distintas para el Derecho privado y el público de todo este período, pero que se ligan en última instancia a una misma idea omnipresente de la equivalencia de prestaciones.

En la tesis estricta del *justum pretium* no se trata de indemnizar totalmente al propietario, según los criterios de la indemnización de Derecho público, sino, por el contrario, de abonar tanto por la cosa expropiada cuanto se hubiera pagado por ella, por vía de compraventa, de haber estado en el mercado libre (5).

La preocupación por el sinalagma de las prestaciones no sólo alcanzó así en esta época al Derecho civil, sino que inficionó la totalidad del Derecho público. No es sólo el problema del *justum pretium* en la expropiación, sino, paralelamente, la anhelante búsqueda del impuesto justo. Baste sólo apuntar que del mismo modo que en el tema de la expropiación el Derecho intermedio centró su preocupación en el problema de cuándo podía expropiar lícitamente el Príncipe, dejando a un lado el problema del cómo y el cuánto; también en materia fiscal la cuestión de la cuantía y del sistema pasó a un primer plano en el siglo XVII. En 1640, el filósofo François DE LA MOTHE LE VAYER, en su *Instrucción de Monsieur le Dauphin*, desarrolla todo un juego retórico para intentar conseguir el concepto del impuesto justo. Dieciséis años más tarde publica SECKENDORFF su *Teutscher Fürstenstant*, exigiendo una «proporción equitativamente justa»—*eine rechtmässige billiche Proportion*—en los impuestos. Del mismo modo que los teóricos del precio justo, también para el impuesto justo se elevaban los razona-

bona fides como una válvula de escape a la rigidez del Derecho formal, como una *subtilitas juris*, con una visión moderna del problema.

Sobre el *justum pretium* en Santo TOMÁS debe consultarse: A. SAPORI, *Il giusto prezzo nella dottrina di San Tomasso e nella pratica del suo tempo*, en el «Archivio Storico Italiano», 1932; D. SCHREIBER, *Die volkswirtschaftlichen Anschauungen der Scholastik seit Thomas von Aquin*, Jena, ed. Fischer, 1913; ORLICH, *L'uso dei beni nella morale di S. Tomasso*, en «La Scuola cattolica», Milán, octubre 1912; A. FANFANI, *Carattere delle regole in materia economica dettato degli scolastici medioevali*, en la «Rivista di filosofia neo-scolastica», mayo-junio 1932; Rudolf KAULLA, *Die Lehre vom gerechten Preis in der Scholastik*, en *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, 1904, pág. 579.

(5) W. WEBER, en NJW, 1950, págs. 402 y 403: «Es ist nicht so sehr die Theorie des Aufopferungsanspruchs, die diese Notwendigkeit trägt, als die einfache Erwägung, dass jenes Äquivalent nichts weiter ist als die öffentliche rechtliche Vergütung, die bei freihändigen Erwerb, als Kaufpreis hätte bezahlen müssen». Cfr. también W. WEBER, *Die Dienst und Leistungspflichten der Deutschen*, 1943, págs. 136 y sigs.; Walther MERK, *Das Eigentum im Wandel der Zeiten*, Beyer, Langensalze, 1934.

mientos al Derecho natural. De ahí arranca VAUBAN sus *maximes fondamentales* y su *dixme royale*.

El por qué es justamente la Iglesia quien defiende y consolida más tarde la doctrina del *justum pretium* expropiatorio es una cuestión que ha ocupado a los historiadores. Una triple interpretación ha surgido a este respecto. Según una primera, la Iglesia intenta defender los bienes eclesiásticos de la posibilidad de que el Emperador se apodere de los mismos, sustituyendo la autoridad de éste, en concepto de dominio eminente, por la autoridad del Pontífice sobre estos bienes de la Iglesia. Una segunda interpretación, defendida por MAX WEBER (6), adopta un

(6) MAX WEBER, *Energetische Kulturtheorien*, en «Archiv für Sozialpolitik», tomo 29, 1909, recogido en *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 1951, Tübingen, J. C. B. Mohr, pág. 421. R. H. TAWNEY, *La religión en el orto del capitalismo*, «Rev. D. Privado», Madrid, 1936, trae las palabras de Martín S. LEDU: «Tout le petit monde antique était fortement imbu des idées chrétiennes sur le juste salaire et le juste prix. Sans doute il y avait comme aujourd'hui des cupidités et des convoitises, mais une régle puissante s'imposait à tous et d'une manière générale exigeait pour chacun le pain quotidien promis par l'Evangile». Vid. Ugo NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina intermedia*, Milán, Giuffrè, 1952. Las oscilaciones del *justum pretium*, no ligado a la relación bilateral del *rescriptum contra jus*, sino como técnica de control del mercado, obedecieron, en efecto, a una idea religiosa del mundo, idea que alcanzaba no sólo al carácter funcional del poder, sino a la misma actividad económica particular. Así, como ha puesto de relieve Aloys DEMPFF, se habla de una relación de *ministerium* y *fides* y sólo en los albores del Estado moderno, la relación se traduce en *jurisdictio* y *servitus*, o *dominatio-subjectus*. Este control económico se producía *etiam villore pretio*, por la necesidad de que el comerciante no buscara el *lucrum*, sino sólo el *stipendium*, partiendo de la idea de GRACIANO *summa periculosa es: venditionis et emptiois negotiatio*. Esta concepción del Estado como titular de una función, protectora de un lado y de otro eliminadora de tentaciones, sufre desgaste en los siglos XVI y XVII, en que el aspecto religioso pasa a ser progresivamente incorporado al Estado (el Derecho divino de los Reyes, de que nos habla FICCIUS, y la *sacralidad del ordo civilis*, que nos muestra LECARDE), y en el puritanismo de origen calvinista, en el propio individuo. Así, por la expansión de la razón puritana, colocando en el *self-interest* el centro de la moral, va cobrando auge la idea de liberalización de la actividad económica. De este modo, el liberalismo no supuso en su comienzo una idea puramente económica, sino que implicó un desplazamiento del centro de imputación moral. Así sólo pueden entenderse libros como el de Richard STEELE, *La vocación del mercader*. Ello, unido al auge de la burguesía como poder sustentado por corrientes doctrinales del puritanismo (GROCIO, ALTHUSIUS, LOCKE), que partían de la naturaleza y de la armonía natural, produjo la crisis total del poder del Estado en materia de control económico, en especial en lo afectante al precio legítimo de las cosas. El poder del Estado no es moralizador, sino, como decía CALVINO, «ad instituendam civilem dumtaxat externamque morum iustitiam»: «le royaume de Christ et l'ordonnance civil sont choses fort distinctes l'une de l'autre». De este modo, a la actitud del Poder frente al precio justo, pueden darse distintas interpretaciones históricas, partiendo de perspectivas diferentes: del ideal total religioso al puritanismo del *self-interest* y de la *armonía natural*; del feudalismo, preservador de los fundos, en cuanto implicaban poder («status is determined by tenure», H. CAM), al auge de la burguesía como poder (SOMBART), y finalmente, una interpretación, no política ni religiosa, sino exclusivamente económica, del artesanado al mercado mundial (SEE, DOBB).

junto de partida mucho más general: en toda hierocracia hay un intento de implantar sus propios criterios en todo el campo de la vida civil y es lógico que el criterio de justicia material en las prestaciones bilaterales, tanto referente a la usura como en lo que atañe al criterio mucho más general del *justum pretium*, se hiciera imponer en los tiempos en que tras la lucha de las dos Espadas había prevalecido la potestad eclesiástica. De hecho, en los decretalistas—se liga la defensa del justo precio a las palabras de SAN PABLO a los Tesalonicenses: *Ne quis circumveniat in negotio fratrem suum*. Un tercer y último criterio atribuye la implantación del *justum pretium* a la primera defensa de las ciudades ante el Príncipe. La burguesía, aliada del Príncipe en contra de los poderes intermedios, se volvió contra aquél cuando éstos han perdido ya todo su vigor. PIRENNE hace una descripción de la lucha de las ciudades burguesas por la conservación de los criterios del *justum pretium*. Se da en este aspecto un curioso fenómeno, tanto el *justum pretium* expropiatorio como el *pretium legitimum* en las tasas de precios, son conceptos que revisten en esta época un carácter parejamente polémico, pese a que entre sí encierran contradicción. Esta contradicción es, no obstante, puramente conceptual. El justo precio se ligaba a la conservación y estabilidad de las situaciones jurídicas fundiarias, a las que se vinculaba una efectiva vigencia y peso social. El mismo nombre Fürst, el Príncipe puede igual provenir de *ferst* (*primus*) que de *foreste*, el señor de la tierra, de la selva. El concepto del justo precio, lo mismo que originariamente el concepto de interés—*Zins, censum*—, se ligó al censo fundiario, de tal modo que a las cosas muebles no alcanzaba matiz de poder, sino estricto valor económico.

En el estado de policía se enfrenta por primera vez la intervención del Príncipe como señor del Estado, y más tarde la de la Administración absoluta del Estado, con el viejo orden gremial que tiene en sus manos la propiedad. El Príncipe y los gremios buscan en esta discusión posiciones antitéticas para la justificación del poder y para la justificación de la resistencia; son las mismas que dominan toda la teoría jurídica constitucional del Estado absoluto. La esfera individual del ciudadano adquiere la fórmula del *dominium quaesitum*; la justificación del poder del Príncipe del *dominium eminens* se mantiene en el mismo terreno, y con ello se somete al plano de discusión de su contrincante, según el cual cualquier expropiación se convierte, en última instancia, en derecho de urgencia; de este modo, toda la construcción

del *dominium eminens*, *dominium universale*, *dominium maius*, pasa a ser sólo el intento de limitar la facultad del Príncipe *dominus quoad jurisdictionem et gubernationem*, impidiendo tomara vuelos el intento de los curialistas y legistas, de configurar la *ablatio domini*, la expropiación como la *repetitio ab ingrato*, que quería BOXHORN, o de concebir el poder del Príncipe como *dominium ratione proprietatis* al estilo de MARTINO.

En realidad, el poder del Príncipe se había impuesto, por el momento, con una justificación de puro poder. Destrozó en Francia, pieza por pieza, las posiciones defensivas del frente gremial, después de despojar políticamente a la nobleza al precio de respetarle únicamente la propiedad privada.

Pero por contrapartida, indica WIEAKER, la resistencia ideológica del tercer Estado aumenta su fuerza. Por de pronto, consigue solamente una justificación de Derecho natural para la indemnización del justo precio. Esta justificación se liga a convicciones conocidas del Derecho natural, según las cuales la clave del edificio social consiste en el reconocimiento de la propiedad individual ilimitada como círculo de acción de la persona jurídica, autónoma y libre. Esta técnica se impuso en un principio por un camino indirecto que explica el sentido de la fórmula *jus quaesitum*. Por derecho natural se puede llegar al reconocimiento de esferas de Derecho, ajenas al Estado, del individuo autónomo, es decir, que la vinculación frente a otros individuos sólo puede alcanzarse por medio de una autolimitación voluntaria. La autosujeción del individuo por un pacto expreso (*pactio*) es, por tanto, el artificio y la clave con la cual se construyen tesis y criterios jurídicos.

La más antigua tendencia del Derecho natural protestante, representada por GROCIO, no toma, teóricamente, como punto de partida la propiedad individual, pero inserta, sin embargo, en la inmutable vigencia del Derecho natural, a la propiedad que se hace descansar sobre un reparto de bienes, inicial y contractual. A la ficción contractual se une la idea de que la invariabilidad del Derecho natural, necesaria como característica del Derecho divino, prohíbe ulteriores injerencias en la propiedad una vez adquirida (por *pactio*). GROCIO indica a este respecto *dominio a voluntate humana introducto, nefas esse id arripere inviti, quod dominus est jus naturale* (7).

(7) GROCIO, *De jure belli ac pacis*, Grun. Lipsiae, 1758; libro I, cap. I, párr. 10, 4. Vid. SOLARI, *Il jus circa sacra nell'età di Ugone*, en *Studi storici di Filosofia del Diritto*, Torino, 1949. La incompatibilidad lógica entre el *jus quaesitum* y el *jus eminens*

La importancia de esta justificación de la propiedad, que consigue penetrar en la mente estatal, resulta evidente observando cómo el Estado absoluto justifica por su parte la expropiación por el principio del bien público prevalente, criterio que se entiende también de un modo jurídico. El reconocimiento en principio de un derecho natural a la conservación de la propiedad desvía cualquier intervención del Príncipe a la esfera menor del derecho positivo de excepción. OCKAM había insistido en que el señorío del Príncipe era sólo *dominium quodammodo*, por consecuencia de lo cual sólo *de necessitate* y por acuerdo, podía injerirse en la propiedad particular. Incluso donde la intervención no se puede calificar como una «injusticia legal», lleva ya en todo caso en su seno la consecuencia de indemnización como implícita al acto de necesidad por imperio del derecho natural. La coexistencia entre *jus quaesitum* y *jus eminens* es imposible simultáneamente y con los mismos caracteres de normalidad en el terreno del derecho natural; por ello, en cuanto el *quaesitum* se convierte en el derecho natural, la expropiación retrocede a la débil posición de un derecho excepcional, de un estado de necesidad. Como lógicamente el ofendido en sus derechos naturales, por expropiación, adquiere un derecho de indemnización por derecho natural, la palabra «indemnización por expropiación» resulta un síntoma de victoria del derecho natural primario a favor de la propiedad libre.

Con ello la teoría de la expropiación, en contraste con lo robusto de la práctica del estado de policía, fué empujada hacia el terreno del estado de necesidad pública, incierto y expuesto a las grandes tensiones políticas existentes entre el Príncipe y el súbdito. En la relación entre el Príncipe y el súbdito en la Edad Moderna, esta antinomia acostumbra vestirse con el ropaje de la *raison d'Etat*, bajo la inicial fórmula de la *clausula salutaris*, intento de encajar una antinomia, incompatible con la ética individualista y la teoría del derecho, en una fórmula políticamente sugestiva. Este intento, a la larga, no podía tener éxito; porque encima del derecho de poder del Príncipe y del derecho original del súbdito, apoyado ya en el derecho natural, no puede decidir

se evidencia viendo cómo en épocas de intensificado fortalecimiento del primero se quiso incluso abolir la técnica excepcional de la expropiación. En las Cortes españolas de 3 de abril de 1869 llegó a decir un representante: «La expropiación por causa de utilidad pública nos parece respecto de la propiedad lo que la censura por utilidad social a la imprenta». Con el tema de esta incompatibilidad no roza, sin embargo, el planteamiento medieval de la expropiación como forma del *rescriptum contra jus*, que alude a otra perspectiva distinta.

jurídicamente ninguna instancia común. En la teoría de la expropiación la fórmula de acuerdo es la *necessitas publica*.

La construcción de la expropiación como acto excepcional de necesidad se impuso con LEYSER: *Propter necessitatem, multa permittuntur qualiter prohibita sunt*.

Con todo ello, la técnica de expropiación ya no se entiende como una secuela de la superpropiedad del Príncipe, sino como consecuencia de la soberanía general (*jus eminens*, en lugar de *dominium eminens*), justificada en un estado de necesidad del poder, que hacía surgir una competencia ampliada, una jurisdicción *extra ordinem*.

Descansa en la naturaleza de toda la problemática de la última parte de la Edad Media, el dato de que, con la imagen de la aportación para el bien público, se conceda una indemnización, considerada justa, en el mismo estado de policía. La justificación de esta indemnización, que estriba en la máxima de derecho natural, según la que, por justicia, se exige una recompensa proporcional a una aportación especial, se hace remontar hasta la «justicia distributiva» de ARISTÓTELES, a cuyo tenor uno de los atributos esenciales de lo justo consiste en dar a cada uno lo suyo. La construcción teórica de la indemnización como reparación del daño vive y muere con la teoría de la «injusticia legal», y por este motivo, más tarde sigue todas sus fluctuaciones y alternativas. Desde luego, siempre existe de un modo potencial, cuando, por ejemplo, GROCIO justifica con su típica antinomia del derecho natural la intervención del *dominium eminens*, pero deduciendo la indemnización de una actuación contra el verdadero derecho del ciudadano. Esto es lógico, porque, en el fondo, no se puede justificar en el sistema valorativo individualista el traslado de una aportación especial a la sociedad, como tampoco la legalidad de la intervención. No queda más que el camino de deducir, del estado de necesidad el título de intervención, implicando, según la analogía del Derecho privado, un derecho positivo de recompensa. Así, la indemnización expropiatoria es llamada por GABRIELLI *condigna recompensatio*. Pero no se paró mientes en la idea de que si la sociedad tiene que ayudar al desposeído a soportar su sacrificio especial, ello solamente es lógico y justo si el desposeído está unido con los restantes miembros de la sociedad, si no para una comunidad viva, por lo menos para una comunidad de finalidades y tareas, de tal manera que la obligación de recompensa del Fisco representa solamente la expresión de un deber equitativo de la *civitas*, en la distribución de las cargas comunes.

Sin embargo, en la tesis del sacrificio especial suena una idea sana en PUFFENDORF, idea que luego ha pasado a ser principio constitucional y criterio de jurisprudencia: *Naturalis est aequitas, ut ad communem rem conservandam... nec unus supra cetera graviter oneretur; iis qui... sua publico impenderunt et perdiderunt, a tota civitate ea restitui et pensari, manifestissima aequitate nititur*. Así se construye el principio, que luego ha sido aceptado universalmente, como criterio de Derecho administrativo, tributario y, en general, como criterio de justicia, de la igualdad de cargas de todos los súbditos. Frente a este principio, introducido por PUFFENDORF, un legista, LAUSIO, había dicho en su *De lege regia*: «quod est commune et publicum bonum non videtur esse privatum damnum». Sin embargo, la tesis del Derecho natural prontamente se consolida y pasa a tomar carta de naturaleza. HEINECCIUS, en sus *Elementa juris naturae et gentium*, dice más tarde: «Cum communis rei publicae aut communibus erogationibus ferenda esse reliquis non sit onerandus, adeoque ei cui re sua communis publica satisfieri debeat» (*Opera*, I, libro 2, cap. 8, párrafo 132).

Menos clara resulta la consecuencia extraída por los teóricos clásicos de la expropiación de aquel tiempo; el derecho de indemnización se deduce sólo de la falta de proporción de la aportación especial (8).

* * *

En las Partidas, sin embargo, no se había dado este criterio del *justum pretium* como una idea rígida, que debiera aplicarse en todo caso. Es en esta misma legislación donde se encuentra una serie de restricciones del *justum pretium* y una perfecta delimitación entre lo que debía entenderse por justo precio y por precio legítimo. Los comentaristas a la legislación de las Partidas establecen en nuestra Patria, siguiendo el criterio que más tarde había de hacerse general por toda Europa, el procedimiento para la determinación del justo precio. En sus líneas generales, tal como lo describe HERMOSILLA en sus comentarios a la legislación de las Partidas y en sus observaciones a las glosas de Gregorio LÓPEZ, este procedimiento es prácticamente el que queda incluido de forma general en la Ley de Expropiación Forzosa de 10 de enero de 1879, obra de la Restauración, que, recogiendo los criterios de la anterior Ley de 1836, consolidó con carácter general lo que

(8) WIEACKER, *Eigentum und Enteignung*, Hamburg, 1935, Hanseatische Verlagsanstalt.

con carácter particular se había previsto en la legislación de las Partidas (9).

En la determinación del justo precio es necesario señalar un principio que durante estos seis siglos va paulatinamente consolidándose. El justo precio no puede quedar a la libre determinación del Príncipe, sino que debe ser entregado a la potestad judicial. La expropiación forzosa, tal como aparece en el período del Derecho administrativo tradicional, viene, en efecto, caracterizada por una doble naturaleza y un doble trámite que la singulariza como técnica de la desconfianza ante la Administración. Como dice la sentencia de 13 de enero de 1951, «es principio fundamental en que descansa el derecho de expropiación, el de que ha de pagarse el justo precio de la cosa expropiada y que para llegar a esto se sigan las normas establecidas por la Ley para realizar el justiprecio». Para la determinación de que procede una expropiación es necesaria una Ley. Para la determinación del justo precio ha de tenerse presente el poder judicial. Entre la Ley y la determinación del justo precio por el Juez, la Administración queda así como cogida

(9) «Justum pretium Immobilium probatur ex sequentibus: primo ex fructibus vel redditibus, quia justus rei valor esse dicitur qui ex redditibus et valore fructuum viginti annorum simul collectis deductis expensis conficitur» (HERMOSILLA, pág. 687). «In cognitione enim et taxatione justii pretii inest difficultas, ad ejus explicationem praemittit primo magnam esse differentiam inter bona immobilia et mobilia, cum de taxatione pretii agitur, immobilium anim bonorum certa doctrina non potest dari; sed cum de cognitione valoris eorum agitur, recurrendum est ad fructus qui ex eis percipiuntur; mobilia vero, de quibus hic agendum est, et maxime de his rebus, quae pertinent ad hominem victum, varia sunt pretia per singulas provincias» (HERMOSILLA, pág. 361). «Secundo, valor probatur ex instrumentis venditionis ejusdem rei, si multa sunt instrumenta intra breve tempus celebrata, quae in pretio correspondeant, et ex instrumentis venditionum aliorum rerum similium existentium justa rem venditam rei valor aestimatur. Ut haec doctrina procedat, debet probari, quod dicta bona contigua sunt ejusdem qualitatis, et bonitatis cum terris vel fundo de cujus pretio probando agitur». «Tertio, probatur rei per declarationem judicis. Quarto justum pretium rei probari potest per aestimatores electos». En iguales términos (BALDO, SALICETO, PINELLO y MATIENZO). «Inter alios modos probandi valorem rei est iste per peritos, cum nullus scire possit melius valorem rei juxta communem aestimationem». «Duo periti de jure nominandi sunt ad hujusmodi aestimationem faciendam. His enim deficientibus a partibus sunt eligendi, et eis discordantibus a Judice» (HERMOSILLA, pág. 688).

Del mismo modo se deja ya cristalizada toda la doctrina acerca de la preclusión en las tasaciones y sobre el momento del justiprecio: «Valor rei in tempore contractus probatus dicitur, quando testes deponunt quod anno praeterito res vendita tanto aestimabatur et valebat justa et communi aestimatione praesumptive, quia in immobilibus praesumptive valor probatur e testes illative concludunt de tempore contractus». «Valor unius temporis non censetur mutatus quando inter unum tempus et aliud non interponitur intervallum temporis decennii», y BELTRÁN, «valor bonorum stabilium intra decennium non praesumitur mutatus nisi probetur causa extrinseca».

entre dos fuegos, con una actividad limitadísima, atribuyéndosele, en definitiva, la mera titularidad del trámite.

Esta idea había sido recogida y lanzada ya a todo el ámbito del Derecho administrativo, por la Declaración de Derechos francesa de 1789 (artículo 17). «La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée l'exige évidemment, et sous la condition d'une *juste et préalable indemnité*». Esta concepción pasa a todas las Constituciones del siglo XIX y a la vigente legislación bajo la misma forma de la indemnización justa (10).

En este orden de ideas, la tesis del *justum pretium* de la indemnización total se apoyaba en primer término en un principio general de justicia de la equivalencia de las prestaciones, como consecuencia obligada de la calificación al sesgo del Derecho civil, de contrato, dado a

(10) Cfr. MIRKINE-GUETZEVITCH, *Les déclarations des droits de l'homme*: Statuto albertino, art. 29, *Giusta indemnità*; id. art. 438 C. Civ. aut. y 29 C. Civ. mod; art. 39 Ley 25 junio 1865, núm. 2.359, «giusto prezzo che a giudizio dei periti avrebbe avuto l'immobile in una libera contrattazione di compra-vendita». Art. 11 Const. belga, art. 545 C. Civil en Bélgica, sin embargo, sólo por Ley de 17 de abril de 1835 se estableció la indemnización previa. Holanda, valor efectivo del bien expropiado (arts. 40 y 41, Ley de 28 agosto 1851) o precio de compra («verkoopwaarde, werkelijke waarde»); Gran Bretaña, «the value of the land shall be taken to be the amount which the land, if sold in the open market by a willing seller, might be expected to realise» (The Lands Tribunal Amendment Rules, 1951); Estados Unidos: justa compensación (Enmienda 5 de 1791, Enmienda 14 de 1868); Alemania: Rheinland-Pfalz (Const., art. 60), Württemberg-Hohenzollern (Const., art. 15), indemnización adecuada (angemessene Entschädigung; vid. HEDEMANN, en DJZ, 1936. pág. 659), identificada al coste de reposición (Wiederbeschaffungswert); Prusia: indemnización total (vollständige Entschädigung, Ley 11 junio 1874, párrafo primero); Brasil: precio (o preço no momento da entrega dos bens, Ley 21 mayo 1821), indemnización previa (Const. 1891), indemnización justa (Constitución 1934), indemnización previa, justa y pagada en dinero (Const. 1946); Argentina: valor objetivo del bien (art. 11, Ley núm. 13.264 de 22 septiembre 1948), valor y justo precio (art. 13, Proyecto de Ley de PISTARINI); Bolivia: indemnización justa y previa (art. 17 Const.), justo precio (art. 1, Ley 30 diciembre 1884); Nicaragua: justo precio (art. 10, Ley septiembre 1883); Portugal: justa indemnización (art. 1. Ley número 2.030, de 22 junio 1948; Decreto núm. 37.758); Costa Rica: previa indemnización (art. 45, Const. 1949); México: precio fijado como indemnización a la cosa (art. 10, Ley 23 noviembre 1936); Noruega: completa indemnización (art. 105 Const., Ley 1 junio 1917); Filipinas: payment of just compensation (art. XIII, Sec. 6 Provisions of the Philippine, Constitution on eminent domain); Sud Africa: compensation for everything obtained or taken (The South African Defence Act, núm. 13 de 1912); Suecia: indemnización de expropiación (expropriationsersättning, art. Ley 12 mayo 1917); Turquía: valor a precios corrientes de compraventa (art. 8 Ley núm. 3.710, de 7 julio 1939), justo precio (art. 9, Ley núm. 4.633, de 2 agosto 1944); Suiza: volle Entschädigung; (art. 23 Const. 29 mayo 1874, art. 16 Ley 20 junio 1930) o volle Verkehrswert des enteigneten Rechtes (art. 19, Ley 1930); Austria: *angemessene Schadloshaltung* (art. 365, B. G. B. y Ley de 18 febrero 1878).

la expropiación forzosa (11), y en segundo lugar en el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas (12).

Esta legislación clásica en materia expropiatoria no era obra original de la Revolución francesa. Sus orígenes son, como todas las técnicas de Derecho, y mucho más generalmente como todas las cosas hu-

(11) La identificación de las medidas expropiatorias con la compraventa obedeció a una perspectiva más profunda que la de mera confusión conceptual. De igual modo sucedió con el impuesto, *pretium emptae pacis*; quizá el origen común arranque de una frase de ARISTÓTELES: «La comunidad debe exigir de sus miembros lo necesario, pero según el criterio de una compra: βάλειν δὲ μὲν πολιτικῶς εἰς τὸ ἴσον καὶ εἰς τὸ πρῶτον, ὡς περὶ οἱ πολιτοῦντες καὶ οἱ ἀγοράζοντες».

Debe siempre conservarse el equilibrio entre lo que se da y lo que se recibe por la comunidad: ἴσα ἴσων ἢ τὸν ἀγαθὸν καὶ τῆς ἀποστροφῆς (en W. GERLOFF, *Die Rechtfertigung der Besteuerung*, en el *Festgabe für Georg SCHANZ*, Tübingen, 1928, tomo II, pág. 142). Vid. sobre el influjo de las doctrinas aristotélicas en el Derecho, Helmut COING, *Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts*, en el *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Rom Abt. Weimar, 1952, páginas 24 y sigs. La tesis del equilibrio económico es expuesta así, de modo que pasará a ser definitiva, por ARISTÓTELES, «todo contrato, salvo los gratuitos, implica un equilibrio (ἀρεσκία y ἀρεσκία συνήλικηγοῦτος), debiendo proscribirse las ganancias ilícitas (πίστες, *Ethica a Nicomaco*, 5, 4, 4-1132 a). La igualdad de prestaciones exige que cada parte dé a la otra el mismo valor (τὸ ἴσον τιμῶν, *Eth. Nic.*, V, 4-1132 a, VIII, 13-11-11626). Sobre el influjo de ARISTÓTELES en la glosa y en general en el Derecho y Filosofía medievales, son significativas las palabras de Juan de SALISBURY, que, refiriéndose al Estagirita, hablaba de que vivía de nuevo *quasi a morte vel a somno excitatus*.

(12) Art. 13 *Declaraciones de Derechos*, 1789: «Pour l'entretien de la force publique et pour les defenses d'administration, une contribution commune est indispensable. Elle doit être également répartie entre tous les citoyens en raison de leur facultés»; art. 25 *Statuto albertino*: «nella proporzione di loro averi». Cfr. FLEINER, *Öffentliche rechtliche Vorteilsausgleichung*, en el *Festgabe der juristischen Fakultät der Universität, zum Heussler*, Basel, 1904, págs. 108 a 110. Cfr. FRIJZ KARLMANN, *Die Gerechtigkeit in der Besteuerung*, en el *Festgabe für Georg SCHANZ*, Tübingen, 1928, págs. 112 y sigs.; id., *Zur Frage des steuerlichen Lastenverteilung eine Ergänzung und Entgegnung*, en el *Jahrbuch für Nat. U. Staat*, tomo 124, III F. 69; el problema es más amplio que el de la igualdad tributaria (equity and quality in taxation de S. MILL), pasando este tema a ser una especie de tesis general, fundada no sólo en razones de justicia sino también con argumentos de estabilidad social. En este sentido, HOBBS (*De Cive*, capítulo XIII): «Ad tollendam ergo justam querimoniam, quietis publicae interest et per consequens ad officium pertinet imperantium ut onera publica aequaliter ferantur». Los teólogos y juristas españoles siguieron la fundamentación del *ubi commodum, ibi incommodum*. Así, VÁZQUEZ: «Remuneratio ne fiat contra jus naturae quo edocemur incommoda expensamque cuiusque rei eum sequi debere quem commoda sequuntur». En un Decreto del Emperador Arcadio se encuentra ya la tesis de la igualdad de todos ante las cargas públicas: «ut per cunctis praebendorum sumptum necessitas imponatur». En la cameralística se encuentra definido el mismo criterio, considerando ya específicamente la expropiación como un sacrificio especial; así, von BERG, en su *Handbuch des teutschen Polizeirechts*, 1799. I. pág. 10: «in eedem Falle versteht es sich aber ohnehin von selbst, dass derjenige, der dem gemeinen Wesen sein solches Opfer darzubringen genötigt wird verhältnismässig entschädigt werden muss».

manas, mucho más remotos que una cifra exacta o que un año concreto. La apelación al Juez en la determinación del *justum pretium* fué ya sostenida de modo insistente desde la legislación de las Partidas, justamente por la fundamental razón de identificarse implícitamente el *justum pretium* expropiatorio con el *justum pretium* base de la rescisión en el Derecho romano. Ambas instituciones son paralelas y se engloban bajo una misma técnica en todo este período en que todavía no ha surgido un derecho de la Administración, como titular de poder, y en que el Príncipe actúa así sus facultades de imperio por vía de contrato para la adquisición de inmuebles.

La exigencia de una Ley, para determinar la apertura de una expropiación o la legitimidad de su aplicación a un caso concreto, tiene también un origen muy remoto. Cuando en la declaración de derechos de 1798 se consagra definitivamente la aspiración de la burguesía a declarar derechos inviolables e intangibles la libertad y la propiedad, no se hace otra cosa sino consagrar, de modo legislativo y general, unos principios mucho más antiguos y más remotos al siglo XVIII. Libertad y propiedad son, en efecto, las dos materias reservadas; dos materias que solamente por Ley pueden regularse y restringirse; en que la Administración no tiene manos libres para actuar, sino a través de una autorización mediante Ley o pacto. Es justamente desde 1200 hasta 1500 cuando toda la doctrina de las materias reservadas va consolidándose, cristalizando definitivamente en el Derecho natural de GROCIO y de BIEL. SANTO TOMÁS había defendido, en efecto, la tesis de que estos derechos eran irrenunciables. Frente a él, DUNS SCOTTO sostuvo el criterio de que eran derechos perfectamente renunciables, puesto que pertenecían a los que los teólogos escolásticos denominaron el derecho natural secundario. Es en el derecho natural protestante, y justamente con GROCIO, donde se recoge la tesis, que por primera vez había lanzado GUILLERMO DE OCKAM. La libertad y la propiedad son derechos que solamente pueden renunciarse de modo personal, y ante ellos el Estado sólo puede actuar cuando hay consentimiento. Pero este consentimiento se produce justamente a través de la Ley, ya que ésta representa la voluntad del pueblo, tratada de forma general. A través de este artificio cabe exista en la Ley una renuncia del derecho, sin la cual el Estado habría de quedar inerme y sin poder para restringir estos ámbitos de derecho, exclusivamente atribuidos al particular.

Estos dos principios, Ley y actividad judicial, se consagran por vía legislativa en la Declaración de Derechos del Hombre de 1798. De ahí

prontamente se expende por toda Europa, siendo aceptados como ecos de la Revolución francesa en todas las legislaciones administrativas europeas. Sin embargo, solamente Italia, y después de ésta España, adoptan el término, con reminiscencias medievales, de justo precio. Normalmente se sigue prefiriendo el término de indemnización previa o indemnización total. Con un Derecho administrativo todavía incipiente, el uso de esta expresión es desde luego concebible: en la expropiación forzosa se trata simplemente de una compraventa coactiva. El elemento administrativo solamente está en la coacción a la venta, pero después de esta coacción el negocio verificado se traduce en una compraventa civil. Justamente por este acto de compraventa singular, el justo precio lleva consigo la lesión del sexto como base a la acción estimatoria que da lugar a una pretensión de indemnización por la diferencia.

* * *

El concepto del *justum pretium*, nacido así en la legislación romana y sometido más tarde a instancia de la legislación económica de todo el Derecho medieval y que supone, en todo caso, una noción fundamental, por razones de justicia material, va perdiéndose y desgastándose en su idea finalista y transformándose rápidamente en una pura técnica conceptual. Del *justum pretium* con eficacia puramente negativa, excluyente de los abusos en la compraventa, se pasa al *justum pretium* como técnica de concepto, como protección general y con virtualidad eminentemente positiva. El justo precio expropiatorio no se concibe ya negativamente para frenar todo el abuso por parte del Poder público. Su eficacia negativa radica, simplemente, en una idea más general: en la exclusión de cualquier expropiación-sancionadora, en la necesidad de que en toda privación singular de la propiedad se dé el total resarcimiento al particular despojado. En este aspecto es la legislación civil la que continúa influyendo en el Derecho administrativo. La noción del equilibrio económico y el sinalagma en las prestaciones dejan de tener una eficacia exclusivamente centrada en los contratos de traslación patrimonial del Derecho común, para pasar así a impregnar la totalidad del Derecho administrativo tradicional. Es el examen bilateral de las prestaciones entre la Administración y el particular lo que es necesario considerar.

Se pierde así la visión general de poder público, actuando una justicia exclusivamente distributiva, en función del bien común general,

para concebir al Poder público y a la Administración como un ente ficticio que contrata bilateralmente con cada uno de sus súbditos. En este ambiente del Derecho administrativo tradicional, todas las técnicas más autónomas del Derecho público (concesión administrativa, privilegios administrativos, autorización, contrato administrativo, etc.) van perdiendo su matiz autónomo e independiente e imponiéndose, por el contrario, los conceptos paralelos del Derecho civil.

Del mismo modo que el Derecho mercantil era un Derecho civil adaptado, *more mercatorum*, así el Derecho administrativo pasaba a ser también un Derecho civil *more juris poli*, con olvido del papel preponderante de imperio del protagonista directo de ese Derecho, la Administración. Las categorías administrativas se conciben de este modo como categorías civiles, pero con *color administrativo*, cuando es cabalmente este color, este algo pretendidamente accesorio, lo sustantivo y relevante de sus categorías.

La jurisprudencia de conceptos creó, en relación con los conceptos generales ideados por inducción y desligados de su punto psicogenético de arranque, la noción de *instituciones jurídicas* —Rechtsinstituten— como únicos actores en el escenario de la sociedad humana (BEYERLE). Así, la propiedad, la posesión, la obligación, el poder, devinieron cuerpos naturales, conceptos autónomos, individualidades lógicas, entes jurídicos, con un ser individual y con propia vida. El contrasentido y el máximo olvido de lo que el Derecho es y de la función social que le compete, se produjo cuando toda esta construcción lógica se tradujo al Derecho administrativo, olvidando que éste tiene una doble vertiente de destinatarios, la Administración y el administrado. Así, la vertiente y la perspectiva que mira hacia la Administración se dejaron a un lado, arrumbadas, como algo metajurídico extraño al Derecho, cuya noción y cuyos confines debían celosamente reservarse a cuanto mirase al súbdito, a cuanto hiciese relación a su seguridad, frente al Estado.

Rápidamente, desde esta orientación, el Derecho administrativo quedó minimizado. De un lado, la presión del Derecho civil, con su innegable fuerza expansiva y su atracción lógica, hacía aparecer a las categorías jurídicas del Derecho público como una traducción especial de las correspondientes del Derecho privado. De otro lado, el concepto burgués de seguridad frente a la Administración. Estos dos factores imperantes durante más de un siglo hicieron del Derecho administrativo un sistema de excepción sin contenido material positivo.

Este predominio de las categorías lógicas sobre el mismo sentido

finalista y sobre el criterio de eficiencia llega a extremos curiosos, de negarse la propia realidad, por una imposibilidad conceptual. Así sucedió en 1929 con una sentencia del Tribunal Imperial alemán, negando la posibilidad de que la relación funcional de la Administración con un empleado por contrato pudiera ser una relación privada.

El dato de conservar la propia terminología civil, la venta, aun con el calificativo de forzosa, implica, en último término, un ejemplo más del abuso de las formas lógicas y jurídicas del Derecho común, al que pueden aplicarse aquellas jugosas palabras de RENARD (13): «Nuestras formas técnicas, lo mismo que las Leyes científicas, son como los vestidos que no crecen a la par que el niño para el que han sido cortados. Las madres de familia económicas cosen entonces un volante para permitir usar al niño sus viejos vestidos. Del mismo modo los jurisconsultos alargan sus conceptos por medio de ficciones». La aplicación de las ficciones en este caso tiene, no obstante, cierta justificación. El Código civil dedica en todos los países varios centenares de artículos a la regulación de los vínculos negociales, dejando horros de toda regulación, salvo la concreta referencia de un solo artículo, a los vínculos o relaciones surgidas *ex lege*, sin especificar sujetos, objeto o normativa general del vínculo. De hecho, en la actualidad, la parte del Derecho contractual no afectada por la intervención del Estado, con uno u otro fin, ofrece el aspecto de un archipiélago en el gran mar de las relaciones económicas organizadas por la Administración (14).

Existe otra razón. El hecho de que no sólo en la doctrina, sino también en la jurisprudencia y en la propia legislación, siga usándose la terminología civil y de que no se hayan destacado los típicos y esenciales caracteres administrativos, se debe cabalmente a la inercia de la prevalencia que en el siglo XIX alcanzó la técnica jurídica común, a cuyo estilo se inordinaba todo el Derecho público (15). De este modo, el principio enunciado por BACON, *jus privatum sub tutela publici latet*, queda invertido en cuanto a la utilización de técnicas y a la construcción categorial. Así, la calificación como contratos forzados o como limitaciones de la propiedad tiene una justificación psicológica en la técnica

(13) J. RENARD, *Introducción filosófica al estudio del Derecho*, cap. IX, *La función conservadora del Derecho*, pág. 170.

(14) L. MOSSA, *Principios de Derecho económico*, Madrid, Signo, 1935, pág. 40.

(15) Así, los Tribunales franceses y el Conseil d'Etat, 21 noviembre 1924; LAURENZ, C. E., 5 diciembre 1924, *Tranways des Deux Sèvres*. Sólo en C. E., 28 diciembre 1923, PIERRET comenzó a tratar estos casos como efectivos vínculos administrativos autónomos y no reconducibles al Derecho civil.

jurídica de todo un siglo. En efecto, el predominio y casi monopolio del Derecho común en todo el Derecho público, al que de este modo, sin negarle abierta y formalmente autonomía, se le negaba materialmente, rechazando toda originalidad a sus instituciones, se apoya en la adoración mítica al mundo de cuerpos jurídicos, de los tipos legales del Derecho común. Parece como si la fuerza expansiva de esta rama del Derecho pudiera explicar todo. Y la labor de los juristas, de este modo, estriba desde entonces en deformar en los lechos de Procusto de los tipos jurídicos civiles, todas las formas nuevas, todos los fenómenos económicos, que van haciendo aparición. Hay muchos otros ejemplos ya conocidos. La responsabilidad del depósito en los coches-cama se asimila en un todo al *receptum cauponum*, violentando toda interpretación y construcción finalista. Se habla de propiedad intelectual y de propiedad industrial, cuando en realidad estas propiedades especiales llevan tan lejos su especialidad, que se resisten a entrar en un *genus* común con la propiedad ordinaria (16). El Derecho civil parece de este modo no sólo el Derecho natural petrificado, como solía decir HUGO (17), o la *ratio scripta*, sino un sistema que comprendiera dentro de sí todos los tipos jurídicos pensables, encasillados por el Derecho de los juristas, que se eleva así a la categoría de fuente del Derecho. Por este camino, el Derecho pasó prontamente a ser el arte del cálculo conceptual (18), como un juego de ajedrez, con piezas inanimadas, como la quintaesencia de una actividad puramente intelectual, independizándose de la materia regulada y pretendiendo para sí una independencia nomológica equiparable a las matemáticas puras. Todos los tipos jurídicos del Derecho público pasaban, de otro lado, a ser tributarios del

(16) Vid. Gustav BOEHMER, *Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1951, págs. 82 y sigs. La legislación y la doctrina administrativas germanas han escapado a la identificación de las marcas —Markenschutz—. Y de igual modo la propiedad intelectual. Ya de antiguo se hablaba de que estas propiedades especiales no eran *institucionales*, al modo de la propiedad ordinaria, en el sentido remoto de estar más lejanas al derecho natural y en el sentido próximo de que su normativa es exclusivamente la legal, sin que la costumbre desempeñe papel normativo, ni son en ella aplicables la gama del *jus usus inoqui*, del abuso del derecho, la prohibición de la *aemulatio alterius*, etcétera, de la propiedad civil ordinaria. Vid. mi artículo *Naturaleza y regulación de la propiedad minera*, en el número 1 de esta REVISTA. Desde otra perspectiva, la denominación de «propiedades especiales» obedece, como la expresión paralela «propiedad de derechos», a la típica postura burguesa del ensalzamiento de la propiedad como centro de la vida social, mostrando así el dominio una tremenda fuerza conceptual expansiva.

(17) Gustav HUGO, *Das römische Recht ist unser Naturrecht*, cit. en THIEME, *Naturrecht und historische Schule*, en los *Forschungen und Fortschritte*, XIII, 1937, núm. 18.

(18) BOEHMER, op. cit., pág. 72: «Kunst des Rechnens mit Begriffen».

Derecho común, ya que desde esta perspectiva cualquier fenómeno jurídico podía, *more geometrico*, por una operación de puesta entre paréntesis —de sacar factor común—, englobarse dentro de las categorías civiles. De esta forma, el Derecho civil pasó a ser el Derecho común, y el administrativo, el Derecho con algunas especialidades, es decir, como un calificativo adpuesto al sustantivo común, negando toda sustantividad al contrato administrativo y calificando todas las formas de transferencias forzadas como contratos, pero con la especialidad de ser obligatorios. Con ello, los términos se invierten, por el mismo proceso de inversión que se da en la calificación de propiedades especiales, ocultando como algo subalterno, accesorio y adjetivo, la obligación del vínculo, por la pretensión de destacar el vínculo (19).

La legislación inglesa denomina a la expropiación venta forzada (*compulsory purchase*), e idéntico criterio se sigue en otras legislaciones (20). Toda esta legislación de moldes civiles sobre justo precio expropiatorio como indemnización total de la privación patrimonial, reservando, por ende, la función administrativa sobre el precio legítimo al supuesto de la privación singular, dura estrictamente lo que dura el Estado burgués de derecho. En los comienzos del siglo XX el Estado abandona su actitud de neutralidad. Interviene en una serie de ámbitos en los que anteriormente estaba vedada su actividad, intentando realizar una función conformadora del orden social. Se encuentra entonces con unas técnicas administrativas decantadas por el Derecho administrativo tradicional. Técnicas basadas exclusivamente en la perspectiva de garantía y en la finalidad de limitar y poner coto a la actividad administrativa.

Todas estas técnicas resultan entonces insuficientes y prontamente van apareciendo una serie de nuevos procedimientos que, respetando la validez formal de las clásicas legislaciones en materia de expropiación forzosa, van soslayando la generalidad de ésta y quitándole toda su importancia económica y social.

Comienza este ataque a la técnica clásica del *justum pretium* por la introducción de los nuevos criterios dentro de las formalidades propias de las Leyes tradicionales de expropiación. En este sentido se van

(19) Este criterio de generalización y traducción de los conceptos es *a priori* infructífero e ilógico. GIERKE hablaba ya, hace cien años, de la imposibilidad de crear reglas y categorías generales, dentro incluso del propio campo de los contratos civiles. Vid. OTTO VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, tomo I, pág. 284, Anmerkung 6.

(20) Así, la Ley de 1836 hablaba de *enajenación forzosa*.

introduciendo paulatinamente las fijaciones de justos precios expropiatorios, basándose en el acto propio del particular y simplemente en las declaraciones fiscales presentadas por el mismo ante la Hacienda pública (21). Se va eliminando poco a poco la vieja técnica de la lesión del sexto (22). Otro procedimiento que la perspectiva de eficiencia,

(21) La aplicación del valor fiscal no obedece tanto a la doctrina de los actos propios como a la necesidad de penalizar declaraciones falsas y de procurar, como ha dicho DUEZ, *sanciones indirectas*. Así, el Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de marzo de 1913, indica que la contribución del inmueble es dato importantísimo al fijar el justo precio, porque es inadmisibles que por los propietarios se declare un valor o precio para la tributación y otro para su enajenación al Estado cuando éste requiere las fincas en virtud de expropiación, pues aun suponiendo que no hubo malicia y sí error en la declaración del propietario, justo es que sufra sus consecuencias, una vez que aprovechó sus beneficios». Vid. proyecto de Ley para el fomento de la edificación, de CHAPRIETA (art. 55); art. 41, Ley francesa de 1935 (*evaluations administratives rendues definitives en vertu de lois fiscales*); art. 11, Ley portuguesa núm. 2.030, para predios rústicos; Argentina (Ley núm. 13.264, art. 43; el valor de la última estimación fiscal); México (art. 10, Ley federal de expropiación, 23 noviembre 1936). El art. 15 del Proyecto PISTARINI de 1948, en Argentina, establece: «en el futuro, la aceptación por el propietario del valor señalado al inmueble, como base para el pago de la contribución territorial, se estimará como el *compromiso de venta* al Estado por ese precio». El valor fiscal tiene también virtualidad a otros efectos, similares a la expropiación. Así, la reducción de rentas urbanas sobre la declaración fiscal (sentencias de 18 marzo 1948, 4 marzo 1948, 16 mayo 1949, 16 diciembre 1950, etc.). La perspectiva del valor fiscal como determinante del justo precio puede llegar hasta la expropiación-sanción. En este sentido, la Ley de 26 de junio de 1922 de Reforma Tributaria y el R. D. de 21 de septiembre de 1922 atribuían a la Administración la facultad de adquirir por vía expropiatoria los inmuebles que hubiesen sido objeto de transmisión, siempre que excediera del 25 por 100 la diferencia entre el valor declarado, a los efectos del impuesto de Derechos reales, y el que resultase de la comprobación administrativa. En 1926 esta facultad se amplió a favor del particular denunciante.

(22) Sobre la lesión del sexto, cfr. P. OSSIPOW, *De la lésion. Etude de Droit positif et de Droit comparé*, París, Sirey, 1940, y su conexión con la *laesio enormis*. Santo Tomás, en la *Secunda Secundae*, quaestio 77, art. 1, decía: «*Quod non est determinatum, sed magis in quadam aestimatione consistit ita quod modica additio vel minutio non videtur tollere aequalitatem justitiae*». Esta tesis del *margin tolerado* no sólo se aplica en demérito del administrado, sino también en contra de la Administración. Véase, *ad exemplum*, la sentencia de 27 de febrero de 1935. Por esa razón quizá no sea justa la crítica de J. GONZÁLEZ PÉREZ (en «Rev. Crítica Derecho Inmobiliario», comentando la Ley sobre concentración parcelaria), al atribuir a vieja la técnica de la lesión del sexto un carácter contrario al Estado de Derecho. La aplicación de los márgenes tolerados se verifica así como técnica general del Derecho en todo aquello que no constituye *punctum divisibile*, como decía BARTOLO. Hasta tal punto esto es así, que la doctrina de los moralistas se ligaba, no al Derecho, sino a la obligación moral, distinguiendo S. ANTONINI, respecto de los precios, el *gradus pius, discretus y rigidus*. De otro lado, con la doctrina de la lesión del sexto no se trataba de llegar directamente al resultado de no abonar la diferencia menor del sexto, sino de impedir el acceso jurisdiccional a diferencias *eventuales*, es decir, alegadas por parte interesada, en cuanto al precio (S. 1 marzo 1900, Auto 16 abril 1900, S. 14 mayo 1900, S. 9 diciembre 1892, S. 3 julio 1896, S. 2 julio 1894, S. 8 noviembre 1894, S. 27 marzo 1896, S. 3 julio 1899,

traído por la nueva revalorización del Derecho administrativo imponía, era la necesidad de prescindir del complicado trámite judicial de designación del tercer perito, y de la valoración contradictoria. Las Comisiones de valoración, integradas por representantes de los interesados en juego, empiezan a hacer su aparición en el Derecho escandinavo hacia los primeros años del siglo XX, y consiguen generalizarse por todo el mundo (23). En otros casos se llega, fuera de la Ley de ex-

R. D. S. 24 agosto 1888, R. D. S. 2 septiembre 1888, S. 1 febrero 1898, S. 30 noviembre 1908, S. 13 julio 1901, S. 4 marzo 1912, S. 8 marzo 1897, S. 21-31 diciembre 1902, S. 8 julio 1909, etc.; art. 25 *in fine*, Ley 10 enero 1879, art. 6, Ley 15 mayo 1902 (admisión del recurso), art. 32, R. D. 12 noviembre 1902.

(23) Sobre las Comisiones o Jurados de Estimación o Valoración, en Francia (Commission arbitrale d'évaluation des indemnités), Ley 1935, que varió el sistema de los antiguos *Jurys d'expropriation*; Argentina (Tribunal de Tasación. Decreto núm. 32.660 de 21 octubre 1948). Vid. BIELSA, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, página 303, nota 2 bis, y art. 74 Decreto 33.405 ratif. Ley 12.922; Holanda (arrondissement regbank y Konings Commisaris), Ley 5 julio 1920; Noruega, Ley 22 febrero 1924 (Comisión de arbitraje legal), Ley 1 junio 1917; Suecia, Leyes de 12 marzo 1917 y 18 junio 1926 (vid. Erik HEDFELT, *Expropriation för Tå:bebyggelse*, Nordstedts. Stockholm, 1950, pág. 52) (Domstolsförarandet); Turquía (Ley 7 julio 1939, núm. 3.710, art. 8, Comisiones del Consejo Municipal); Alemania (vid. sobre todos los países Lander-Werner WEBER, *Eigentum und Enteignung*, Hamburgo, Hanseatische Verlagsanstalt, 1935) (Schiedsgericht). Así, el Landes finanzamt (Ges. über die Einschränkung der Verwendung v. Maschinen 17 julio 1933), Reichswirtschaftsgericht (Ley 15 diciembre 1933), Schiedsgericht (Ley 27 marzo 1934, L. 3 mayo 1934, L. 14 julio 1934, etc.); en Suiza, en los Cantones de Hargau y Thurgau (Flurkommission), Waadt (Strassenmeister, voyer), Ginebra (Bunddepartement), Uri (Gemeinderat), Zug (Einwohnerat), Schaffhausen (Flurkommission), Appenzell A. Rh. (Spezialkommission des Gemeinderichts), Appenzell I, Rh. (Kommission des Bezirksrates), Schwyz (Bezirksamt), Obwalden (Gemeinderatsausschuss), Nidwalden (Landschatzer), Clarus (Landesschatzungskommission Instanz), St. Gallen (Gemeinderätliche Grundpfandsschätzer), Graubünden (ämliche Schätzer). Para las expropiaciones federales, la Ley de 20 junio 1930, en su artículo 14, creó la llamada «eidgenössischen Schätzungskommission» (Veord. 22 mayo 1931). Vid. Fritz HESS, *Das Enteignungsrecht des Bundes*, Berna, Vlg. v. Stämpfli, 1935; en Bélgica, los Comités d'acquisition, creados por el *arrêté* real de 9 julio 1929. Pueden distinguirse a estos efectos varios sistemas de Comisiones de expropiación: 1) sistema anglosajón (Inglaterra, Filipinas, Estados Unidos), en que la Comisión valora, pero su decisión, aunque ejecutiva (self-enforced orders), es revisable por los Tribunales; 2) sistema escandinavo-francés, en que las decisiones de la Comisión son ejecutivas y firmes; 3) sistema belga, en que la valoración de la Comisión debe ser homologada judicialmente. Por último, 4) sistema austríaco de la Ley de expropiación de 18 febrero 1878 (Kommission für Enteignungszwecke), competente sólo, para delimitar el ámbito de la expropiación, pasando a la fase judicial la determinación del justiprecio (órgano pericial, no deduciente, en el sentido de CARNELUTTI); Grecia, *νόμος αναγκαστικής ή υποχρεωτικής πώσης*, 1939). También de hecho en las formas especiales de expropiación en Gran Bretaña, con el Tribunal for assessing compensation in respect of land compulsorily acquired for public purposes, ya que, pese a llamarse Tribunal, éste se compone por «such number of persons, being persons with special knowledge on the valuation of land». Este *panel of official arbitrators* tiene así un carácter mixto (Acquisitions of Land-Assesment of Compensation. Act. 1919). Siguen criterios paralelos al de los peritos de nuestra Ley de 1879. el sistema portugués

propiación, a la fijación del justo precio de modo unilateral por la propia Administración. La expropiación como técnica para sancionar el incumplimiento de deberes sociales hace aproximar la expropiación en sentido clásico a la confiscación, suponiendo un procedimiento intermedio. De común con la confiscación tiene la causa de la privación, *titulo penae* y no *titulo supereminetis dominii*, como en la expropiación, para utilizar la terminología de GROCIO. No se trata en ella de un despojo al propietario de los *producta e instrumenta sceleris* (Código penal, legislación de Aduanas, divisas, abastecimientos, etc.), es decir, de una incautación por incumplir un deber concreto de tipo negativo (deber de abstenerse), sino, por el contrario, de una infracción a un deber positivo, de realizar el contenido de su derecho según las exigencias de la comunidad. Ambas situaciones son, desde luego, profundamente diferentes. La doctrina alemana utiliza las técnicas respectivas de *Einziehung* y *Verwirkung*, despojo y abandono (24). Los glosa-

(art. 14, Ley núm. 2.030, de 22 junio 1948); *Nicaragua* (art. 80 de la Ley de 17 septiembre 1883. La Ley de 12 de julio de 1909 no está vigente, por haber sido declarada anticonstitucional); *Bolivia* (art. 16, Ley de 30 diciembre 1884); *México* (Ley de 23 noviembre 1936); *Sud Africa* (Arbitration Ordinance 1904, the Rand water Board Supplementary Supply Act. núm. 18 de 1914); *Italia* (vid. CARUGNO, *Espropriazione forzata*, Milano, Giuffrè, 1948). El sistema de valoración judicial se sigue en: *Brasil* (art. 11, proceso judicial de la expropiación, D. L. núm. 3.365, de 21 junio 1941); *Costa Rica* (capítulo III, arts. 18 y sigs.), Ley núm. 36 de 26 junio 1896, art. 33 Ley núm. 1.338 de 22 noviembre 1951, art. 5 Ley núm. 1.550 de 13 abril 1953); *Filipinas* (rule 59 eminent domain). La apelación al Juez en materia de fijación del justo precio se fundamenta esencialmente en todo el criterio de desconfianza al ejecutivo, *in toto*, como heredero del Estado absoluto, no ya en un principio de que nadie debe ser juez y parte en el mismo asunto, ya que esto se obvia atribuyendo el justiprecio a órganos distintos del expropiante, aunque su naturaleza sea administrativa. Claramente está vocación al Poder judicial, ligada a las etapas de recelo ante la Administración, se evidencia en la Constitución española de 1869 (art. 13), exigiendo la sentencia judicial para la desposesión.

(24) Vid. casos que pueden englobarse en esta rúbrica: la Ley de Solares (con antecedentes en la Real Cédula de 1778, la Ordenanza de los Intendentes Corregidores de 1748 y la Orden del Regente de 1842 sobre solares yermos), la Ley de 10 marzo 1941, en su artículo 16; la Ley de 19 diciembre 1951, el R. D. de 1 marzo 1912, el D. de 10 julio 1953, la Ley de 20 febrero 1942 (arts. 21 y 33), la Ley de 7 julio 1911 (art. 7), la Ley de 13 mayo 1943. En Dinamarca constituye la figura denominada legalmente *expropriation uden betaling*. En Brasil, Pedro CALMON (en «Revista Forense», vol. 110, página 316) escribió: «Entendese por desapropiação de interesse social a que è promovida para atender ao melhor uso da propriedade, ao seu rendimento em consonância com aquêlê interesse». Las requisiciones de vivienda por falta de uso pueden entrar también en esta categoría. Vid. sobre el tema ROTA, *Disciplina degli alloggi*, Palermo, 1945, y Giudice ANDREA, *L'esecuzione del provvedimento di requisizione di alloggi*, en «Corr. Giud.», 1945; W. WEBER, op. cit., en la NJW, 1950, pág. 402. Cfr. también H. P. IPSEN, *Aktionär und Sozialisierung in Verkehrs- und Energiewirtschaft* (Rechtsgutachten, 1949), pág. 26; Friedrich GIESE, *Zur Frage der Enteignungsentschädigung nach dem Grundgesetz*, en la «Neue Juristische Wochenschrift», núm. 50, págs. 220 y sigs. QUECKE JUSSMANN,

dores llamaban a estos casos la *ablatis dominii quando jus non est acquisitum actualitater* (JASON). En estos casos, la expropiación se aproxima a lo que DEBEYRE llama la *mesure de police*.

Otros muchos procedimientos dentro del propio problema planteado por la fijación del *justum pretium* en materia estrictamente expropiatoria van haciendo aparición. Contra el criterio de las materias reservadas, que quitaban toda flexibilidad a la actuación administrativa ante la necesidad de una Ley concreta para cada caso, se introduce la nueva técnica de las Leyes delegadas, los cheques en blanco, en definitiva, ofrecidos a la actividad de la Administración. En otros casos es la propia Ley quien fija la indemnización, prescindiendo así de la fase judicial del expediente expropiatorio y de la posibilidad de recurso ante los órganos jurisdiccionales.

Reichsenteignungsrecht, 2 ed., 1939; W. EHRENFURTH, *Enteignungsentschädigung und Bodenreform*, en el *Deutsche Rechtszeitung*, núm. 49, pág. 271; ídem, *Die Enteignungsentschädigung nach Art. 14 des Grundgesetz*, en el *Deutsche Verwaltung*, 50, págs. 266 y siguientes. Estos supuestos de aplicación en función penalizadora de la expropiación encuentran antecedentes remotos. BÚLGARO citaba 12 en sus glosas a la Ley II, título XXXVIII, libro IV del Codex, los casos de manumisión de los esclavos por maldad del dueño *favor libertatis* (Sed an Imperator vel populus teneatur ad pretium servi? Respondeo non, maxime si propter publicam utilitatem faciat). Soro hablaba en España de la expropiación *interveniente culpa*, y MOLINA, en el mismo sentido, de la expropiación *ratione culpa*. La expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad ha pasado a varias Constituciones y Leyes fundamentales. Así, en el artículo 21 de la Constitución Nacional de Paraguay.

«La Constitución garantiza la propiedad privada, cuyo contenido y límites serán fijados por la Ley atendiendo a su función social. Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia fundada en la Ley. La propiedad de toda clase de bienes podrá ser transformada jurídicamente mediante la expropiación por causa de utilidad social, definida por la Ley, la que determinará, asimismo, la forma de indemnización. La Ley podrá fijar la extensión máxima de tierras de que puede ser dueño un solo individuo o sociedad legalmente constituida, y el excedente deberá venderse en subasta pública o expropiarse por el Estado para su distribución», art. 19, VIII, del Decreto de 23 de noviembre de 1936 en México, en favor de «la equitativa distribución de la riqueza acaparada o monopolizada con ventaja exclusiva de una o varias personas y con perjuicio de la colectividad en general o de una clase en particular»; art. 17 de la Constitución de Bolivia: «Se garantiza la propiedad privada, siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo. La expropiación se impone por causa de utilidad pública o cuando no llene una función social, calificada conforme a la Ley y previa indemnización justa»; párrafo 39, Ley de Expropiación para reforma agraria en Hessen: «En caso de abuso acentuado del poder económico, la indemnización no procede normalmente»; arts. 42-44 de la Constitución del Estado de Bremen: «Debe rehusarse cualquier indemnización en el caso de empresas creadas a costa de la comunidad, en particular cuando lo han sido mediante beneficio de guerra»; arts. 14-15 de la Constitución de Bonn: «La expropiación sólo procede para fines de utilidad general. Puede realizarse únicamente por medio o en fuerza a una Ley que disponga la especie y la medida de la indemnización. La indemnización se determina en su cuantía, mediante equitativa colocación de los intereses de la comunidad o de la persona directamente interesada».

Todas estas técnicas implican una quiebra del principio generalizado en el siglo XIX, según el cual el justo precio era estrictamente el precio que alcanzaría en el mercado libre el objeto de que el particular es despojado. Ninguna otra consideración entraba en juego en la determinación del *justum pretium*. Se trataba estrictamente de conseguir la plena indemnización, según criterios de cambio libre. Esta postura entra en crisis, no solamente por los nuevos procedimientos de fijación del justo precio que soslaya la intervención judicial; técnica, en definitiva, exigida por una nueva función que entra en juego en la actividad administrativa junto al antiguo principio de garantía, es decir, el principio y la regla de eficiencia en esta actividad, sino también y mucho más fundamentalmente entra en crisis por la aparición de nuevas formas expropiatorias que se introducen, dando de lado a las Leyes de expropiación y sin calificar esta efectiva privación patrimonial como tal expropiación (25). En el Derecho constitucional moderno aparece generalizada la declaración totalmente contradictoria a la expresión concreta de la antigua declaración de derechos, del derecho liberal burgués. Por el contrario, junto a las declaraciones de inviolabilidad de la propiedad particular, se establece la función social que a la misma incumbe, configurando así este ámbito patrimonial privado como un derecho-deber. Como se ha hecho observar agudamente, en la propia legislación burguesa, el ejercicio de la propiedad se había siempre supeditado a lo que las Leyes dispusieran, y es a través de este cauce, de este concepto en blanco, «lo que las Leyes dispongan», por donde la moderna Administración comenzó a actuar nuevas técnicas de expropiación, la expropiación sanción, la tasación de precios, las transferencias coactivas y privación general del derecho con contenido patrimonial que supone la expropiación sin indemnización, la prestación *in natura* de los particulares sin indemnización, la nacionalización. Todas estas nuevas técnicas no contemplan ya un único y exclusivo supuesto de equilibrio económico bilateral. A través de ellas, por el contrario, la Administración actúa una redistribución de rentas y una política social preconcebida. Del concepto del *justum pretium* se va pasando paulatinamente al concepto del precio legítimo, repristinándose así las técnicas de la noción antigua del *justum pretium*. El Derecho administrativo va adquiriendo con estas nuevas técnicas, de otro lado, una perspectiva propia, que es ya totalmente irreductible a las técnicas del Derecho civil.

(25) Friedrich GIESE, *Enteignung und Entschädigung*, Tübingen. J. C. B. Mohr (Siebeck), 1950, Schriftenreihe der Akademie Speyer.

Para englobar todos estos casos, la doctrina administrativa se vió forzada a desbordar y ampliar el concepto clásico de expropiación como privación singular, intentando así someter las nuevas técnicas a los viejos cauces. En 1929, Carl SCHMITT advirtió los peligros que la disolución del concepto de expropiación —la *Auflösung des Enteignungsbegriffs*— podría llevar consigo con la hipertrofia previsible del Estado-jurisdicción —*Jurisdiktionsstaat*— (26). La expansión de los fines de la expropiación a través de técnicas administrativas improvisadas implicaba, en efecto, desvirtuar, al menos en potencia, cuantas garantías se habían ido acumulando en la técnica secular de la expropiación tradicional.

Esta disolución del concepto es, desde luego, más acentuada en la actualidad que en la época en que escribía SCHMITT. WERNER WEBER ha llegado a decir (27) que la idea de expropiación no puede abarcar nada unitario, ni científica ni prácticamente. Este concepto popular de la *expropiación comprende, en efecto, a cualquier técnica administrativa, sea a través de una Ley, de un Reglamento general o de un acto administrativo concreto, con la cual se disminuya o se ataque la situación patrimonial del particular, de forma no querida por éste —unerwünschtermassen—*. En definitiva, lo que para la mentalidad del profano, y quizá con razón, tiene vigencia social, es el resultado y no la técnica conceptual a cuyo través se alcanza.

Por ello, RIDDER ha puesto de manifiesto la necesidad de aclarar la niebla que, tanto jurídica como terminológicamente, encubre el concepto de expropiación forzosa (28). El problema lo plantea con caracteres agudos cabalmente la expansión de la idea expropiataria. Buen indicio de esta niebla es que, pese al enorme incremento de expropiaciones, en su sentido lato, la jurisprudencia se mantiene cuantitativamente idéntica a 1890.

Pese a la afirmación tajante de la defensa de la propiedad del particular en todas las Constituciones, lo cierto es que, como ha dicho W. WEBER (29), la propiedad y el patrimonio valen tanto, cuantas posibilidades, por vía positiva o negativa, les ofrezca el orden social.

(26) Carl SCHMITT, en el «Juristische Wochenschrift», 1929, pág. 495.

(27) En la «Neue Juristische Wochenschrift», 1950, pág. 401.

(28) En «Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer», Heft 10, 1952, pág. 126: «Um eine Aufhellung sowohl des juristischen als auch des allgemeinen terminologischen und begrifflichen Nebels».

(29) En NJW, 1950, pág. 401.

IPSEN ha puesto de relieve en el mismo sentido (30) que al afirmarse la protección a la propiedad, es éste el único derecho cuyo ámbito no se deja expresamente a la definición de la Ley («en términos prevenidos por la Ley»).

La propiedad, ha indicado HAMANN (31), y con ella todos los derechos patrimoniales, no tienen un contenido rígido, sino, por el contrario, flexible, variante en función de la vinculación social —*soziale Bindung*—. De otro lado, IPSEN pone de manifiesto que la tutela a la propiedad no se hace extensiva a todos los derechos patrimoniales, ni siquiera a los aspectos más trascendentales —como el *jus disponendi*— de la propiedad. ROSLER indicaba (32) cómo el carácter jurídico del poder personal sobre el patrimonio se orienta siempre según la relación en que se encuentre el particular con relación a la comunidad y no según la relación abstracta y puramente natural en que se encuentre el hombre frente a la naturaleza, ya que en el Derecho la propiedad se traduce en una relación cultural —*ein Kulturverhältnis*— que adopta su configuración positiva según la idea cultural dominante en cada tiempo. La doctrina de la Iglesia, desde la *Rerum Novarum*, y más tarde en la *Quadragesimo Anno*, había ya insistido fuertemente en la tesis de que si la propiedad no es sólo una función social, sí está impregnada de un sentido social, en cuanto a su disfrute.

IPSEN ha hablado de la larga y penosa historia de la expropiación forzosa (33) y de las tentativas para delimitarla. De la antigua lucha entre el *jus quaesitum* inviolable y el *jus eminens*, las formas parecen ahora volverse hacia el examen de hasta qué punto es adquirido e indestructible el derecho particular.

* * *

De todo lo anteriormente expuesto se puede sacar ya una primera conclusión: la de que la actividad administrativa en materia de justo precio se reservaba durante toda la vigencia del Derecho administrativo tradicional a aquellos supuestos en los cuales la Administración

(30) Op. cit., pág. 84, y Herbert KRÜGER, *Grundgesetz und Kartellgesetz und Kartellgesetzgebung*, Göttingen, 1950, pág. 15.

(31) En NJW, 1952, pág. 402.

(32) RÖSLER, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, tomo I, Erlanger, 1872, página 315.

(33) En «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», Heft 10, Berlín, 1952, pág. 91.

intervenía en concepto de parte. El justo precio era así una exigencia del equilibrio económico bilateral, y sólo en aquellos casos en los cuales la Administración se mostraba parte de una relación bilateral podía afectar al Derecho administrativo el problema del precio justo. De todas las tesis que, elaboradas penosamente por el Derecho medieval, continúan en todas las discusiones jurídicas, políticas y teológicas de la primera mitad de la Edad Moderna, solamente llega al Derecho administrativo clásico el problema del justo precio en la expropiación forzosa. Expropiación que es concebida categorialmente como una relación bilateral de compra, en la cual, en aplicación de los principios de equivalencia económica y de equilibrio de las prestaciones, se impone a la Administración, indiscriminadamente, la obligación de abonar el justo precio y de dar el equivalente exacto según criterios de cambio.

Todo este edificio se enfrenta hoy con una realidad administrativa que impone una radical evolución en el Derecho administrativo clásico. La expropiación no es posible concebirla de un modo unitario.

El derecho adquirido no supone, de otro lado, unas situaciones jurídicas intangibles. El modo de adquisición y aun más fundamentalmente el modo de disfrute de este derecho adquieren relieve administrativo, distinguiéndose entonces las expropiaciones con fines de pura adquisición para el servicio público, de aquellos casos en que la expropiación se utiliza como medida de sanción. Aun en tal caso, un doble camino y una doble posibilidad se ofrecen a la Administración: la de utilizar la técnica de expropiación *in toto* como técnica de sanción, o la de incrementar el carácter penal de la sanción llevándola hasta las últimas consecuencias del justo precio. En tal caso no se plantea ya un problema de indemnización total, sino que se utiliza conjuntamente una doble técnica de expropiación y de confiscación.

Desde otra perspectiva, esta relevancia que el justo precio adquirió frente a la Administración, exclusivamente en las relaciones de bilateralidad de la misma, llega a minimizarse ante la función administrativa general, afectando a las relaciones bilaterales del particular. En tal caso, la Administración es, efectivamente, desde el punto de vista civil, un tercero de la relación; pero desde una perspectiva administrativa actúa internamente en esta relación mediante prerrogativas de poder, fijando el precio que los particulares deben considerar como justo, y sancionando a aquellos que infrinjan ese precio justo que la Administración señala, no en negocio jurídico que le afecte en cuanto parte, sino

por el contrario, en virtud de un control y de un imperio que exceden de la relación jurídica bilateral.

En lo que afecta a la expropiación forzosa, la Administración no solamente puede incrementar su patrimonio mediante relaciones bilaterales, bajo módulos de contrato y, en definitiva, siguiendo paso a paso la normativa civil, sino también, junto a este procedimiento exclusivamente bilateral, puede ejercer prerrogativas de poder actuando transferencias coactivas para grupos de propietarios y actuando de este modo expropiaciones con carácter general. De la combinación del poder administrativo en materia de precios y de la imposición de transferencias verificadas con carácter general se sigue otra consecuencia en concreto, la de que la Administración verifica expropiaciones generales fijando unilateral e indiscutiblemente el precio de estas transferencias a que fuerza a los particulares.

Desde otra línea de pensamiento, el caso de las transferencias forzadas implica otro aspecto nuevo, el de que la Administración no sólo utiliza la expropiación con la finalidad de hacer suyos aquellos bienes que son indispensables para el funcionamiento de sus propios servicios, sino que puede utilizar, y de hecho utiliza, las técnicas de imperio a efectos de transferencias, cuyos beneficiarios son, en última instancia, otra clase de particulares. De este modo, el problema que se había suscitado en los comienzos de este proceso histórico de si en concreto puede el Príncipe apoderarse de los bienes de un súbdito con la finalidad de entregarlos a otro súbdito, adquiere relevancia cuando estas transferencias se verifican de modo general, y aun para los supuestos de privaciones singulares en aquellos casos que la Ley de expropiación forzosa denomina *expropiaciones por causa de interés social*. En tales supuestos, es una clase especial de particulares la que, en definitiva, viene a ser beneficiaria de la expropiación.

El justo precio adquiere una nueva fisonomía cuando se le conecta con las facultades de imperio de la Administración con relación a los controles del mercado, llegándose al caso extremo de formaciones orgánicas del precio justo que suponen los precios políticos. La Administración fija entonces los previos conscientemente por debajo de su coste, pudiendo aplicar tal política de precios mediante una doble técnica: o bien la confiscación de la diferencia entre el valor de coste y el valor de venta tasado, o bien, por el contrario, la expropiación con abonos del precio justo. Este último aspecto se refiere a la formación orgánica del precio, ya que en tales supuestos es la Administración quien suple

la diferencia entre el precio impuesto y el precio de coste, tomando medidas de fomento que adquieren así características singulares. En el fomento tradicional la Administración actúa mediante incentivos; por tanto, se coloca en una postura conscientemente *a priori* con relación a los futuros beneficiarios de las medidas de fomento. Estos beneficiarios aceptan voluntariamente lo que la Administración les ofrece, obligándose, por contrapartida, a someterse al control de los precios y al poder tarifario de la Administración, la cual consigue estas facultades de imperio, no por virtud de prerrogativas generales de poder, sino sobre una base de negocio jurídico contractual. Por el contrario, en el caso de fijación general de precios, la medida de fomento se actúa *a posteriori*. En este caso, la Administración no ejercita una facultad sobre el precio o la tarifa que se fundamente en un contrato con el particular destinatario del acto, sino que establece con carácter general los precios o las tarifas, supliendo con medidas de fomento administrativo el valor económico perdido, es decir, la diferencia entre la tarifa o el precio tasado y el valor de coste. Adquieren de este modo la técnicas de fomento, para estos supuestos concretos, una fisonomía peculiar, pasando a ser, en último término, verdaderas medidas de indemnización para que, como resultas de la formación orgánica del precio y de la participación doble del usuario particular y de la Administración, se consiga en última instancia el justo precio.

De técnica excepcional *favore minorum* en el Derecho Romano, la Escolástica y luego los glosadores del *jus commune*, hicieron del justo precio una técnica general, que aflora en el moderno Derecho administrativo con inusitada frecuencia. No sólo en lo concerniente a la expropiación forzosa, sino en todos los ámbitos del Derecho administrativo en la Economía, incluso con reminiscencias del *natural price* de A. SMITH en los problemas de valoración arancelaria. No es, por lo demás, un caso inusitado: todo el Derecho de la administración se ha ido edificando, paso a paso, sobre la técnica de generalizar lo excepcional. Aunque éste sea un tema a demostrar más ampliamente en lugar distinto.

JURISPRUDENCIA

