

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa

EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA

Letrado del Consejo de Estado
Profesor Adjunto de la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. *La Ley de 16 de diciembre de 1954 y su significación.*—1. El carácter constitucional de la materia.—2. El tratamiento constitucional de la expropiación en Derecho español.—3. La elaboración y los objetivos de la Ley; la exención de las expropiaciones por colonización.—4. Estructura de la Ley. Contenido. Vigencia.—5. Introducción a los principios cardinales del nuevo sistema legal.—II. *La potestad expropiatoria.*—A) *La extensión del concepto de expropiación y su nuevo sentido.*—B) *Análisis de la potestad expropiatoria construida por la Ley.*—1. *Naturaleza.* Potestad y derecho subjetivo. El tema de la justificación del poder de expropiar.—2. *Sujetos.* Expropiante, beneficiario, expropiado.—3. *Objeto.* En especial el problema de los «intereses legítimos».—4. *Causa.* a) Utilidad pública e interés social. b) La causa como destino final y su inserción en el negocio expropiatorio.—5. *Contenido.* a) El *criterium* de la expropiación: privación singular, enriquecimiento, sacrificio no exigible; el acto expropiatorio; la exclusión de las «ventas forzosas». b) Las formas expropiatorias especiales o no plenas y los problemas de su regulación específica.—6. *Ejercicio.* a) La interposición de ley formal y su carácter. b) El procedimiento expropiatorio. c) Ejercicio en estado de necesidad: requisas civiles y militares.—III. *La garantía patrimonial de los administrados.*—A) *La garantía en la expropiación propiamente tal.*—1. *Carácter esencial de esta garantía y sus aspectos.*—2. *La protección frente a la «vía de hecho».* a) Determinación del supuesto. b) Acciones de protección.—3. *La sanción de un derecho a las formas procedimentales.*—4. *La indemnización expropiatoria.* a) La indemnización como garantía. b) Naturaleza: la indemnización como presupuesto legal; el problema en la expropiación urgente y en las expropiaciones no plenas. c) Extensión y criterios de la indemnización. d) Sistema de valoración; acuerdo amigable y su naturaleza; Jurado provincial de expropiación. e) La garantía judicial de la valoración: la acción de lesión y el problema de su titularidad administrativa.—5. *Retrocesión o reemplazo del bien expropiado.*—B) *La extensión de la garantía a cualquier daño patrimonial imputable a la Administración.*—1. *La reforma del sistema de responsabilidad civil en la Administración.* a) El artículo 121 de la Ley. b) Oportunidad de la reforma; el sistema anterior; el derecho comparado; la necesidad del sistema.—2. *El principio de garantía patrimonial como fundamento unitario de la Ley.* a) el problema sistemático. b) El problema dogmático: la teoría de la responsabilidad.—3. *Lesión determinante.* a) La limitación del objeto legal. b) Notas y extensión del concepto.—4. *Imputación* a) Su-

jetos imputables: Estado (el problema de los órganos legislativos y judiciales), entes locales, entes institucionales, concesionarios. b) La situación ius-administrativa del sujeto como presupuesto de la imputación. c) Causas de imputación: comisión material lícita, irregularidad del servicio público, riesgo, enriquecimiento. d) La cobertura de la imputación del funcionario y sus límites; acciones de regreso.—5. *La efectividad de la garantía*: a) Acción de responsabilidad: ejercicio, problemas procesales. b) Indemnización: carácter, medida de la indemnización, valoración, pago.—6. *Las posibilidades del sistema legal*.

I

LA LEY DE 16 DE DICIEMBRE DE 1954 Y SU SIGNIFICACION

El «Boletín Oficial del Estado» del día 17 de diciembre de 1954 ha publicado el texto de la nueva Ley de Expropiación Forzosa fechada el día anterior. Nos proponemos estudiar los principios (1) de esta importante Ley, que marca decisivamente uno de los aspectos de más trascendencia en nuestra vida colectiva.

1. No será preciso ponderar demasiado la significación que toda ley de expropiación forzosa, por el hecho de su materia, presenta en el marco general de un ordenamiento positivo. Esta significación suele tener desde la Revolución francesa un reconocimiento formal expreso: las leyes de expropiación forzosa son siempre leyes en desarrollo directo e inmediato de principios contenidos en las Constituciones. La expropiación forzosa, como institución, se legitima, se limita, se ordena *in via recta* sobre declaraciones constitucionales formales y solemnes (2).

Históricamente esta particularidad comienza justificándose en la función constitucional de la garantía de los derechos individuales («toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assuré... n'a pas de Constitution»), entre los cuales la sociedad liberal destaca a primer plano el derecho de propiedad. La expropiación es entonces concebida como el límite último de la propiedad, y en tal sentido será circunscrita estrechamente en sus causas, y regulada estrictamente en su procedimiento y en sus garantías. Sólo por esta reserva constitucional expresa claudica

(1) La «Revista de Administración Pública» prepara un número monográfico dedicado a estudiar y glosar esta nueva Ley en todos sus aspectos. Aunque en futuro, pues, es todavía, según lo que conozco, la única remisión posible para un estudio más circunstanciado.

(2) Pueden verse, sobre las tendencias de constitucionalismo actual en la materia, los trabajos de GEFÄLL: *La socialización en las Constituciones de la postguerra*, en «Revista de Administración Pública», núm. 3, 1950, págs. 361 y ss.; y SERRA PIÑAR: *La expropiación forzosa en los modernos textos constitucionales*, en *Estudios dedicados al Profesor García Oviedo*, I, Sevilla, 1954, páginas 115 y ss.

el derecho de propiedad, entendido como un derecho absoluto y exento. De este modo la historia constitucional de la expropiación forzosa arranca de la misma acta de nacimiento del constitucionalismo moderno, de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, artículo 17, y paralelamente a la configuración del derecho de propiedad como «sagrado e inviolable». «La propriété étant un droit inviolable et sacré—dice literalmente la Declaración—null 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.» Con el tiempo esta concepción de la propiedad decae en la conciencia social y política. Una transmutación esencial se opera entonces en el tratamiento constitucional de la expropiación forzosa. Esta ya no es enunciada como una garantía de la propiedad, ni aludida, por ende, en forma negativa («nadie puede ser privado de la propiedad sino...»), antes bien, pasa a configurarse como una habilitación positiva que legitima la inmisión exorbitante del Estado en el derecho de propiedad, del que se impugna su sentido de reducto exento. Así la regulación constitucional de la expropiación forzosa llega hasta las propias constituciones comunistas.

Con independencia de la transformación institucional que esa apuntada evolución nos revela, lo que ahora nos interesa destacar especialmente es que, en cualquier caso, y ante cualesquiera concepción, la institución de la expropiación forzosa presenta objetivamente un rango constitucional. La expropiación es el límite cardinal del derecho de propiedad privada, aquel punto en el cual su prestancia se abate y cesa.Cuál sea, en definitiva, este punto límite y sus circunstancias y consecuencias es un dato que califica y determina la virtualidad intrínseca del derecho de propiedad. De aquí que esta materia pase a ser inevitablemente uno de los elementos definidores más caracterizados de la organización fundamental de una comunidad, es decir, de una Constitución, esté o no consagrada formalmente.

Hablamos de que la expropiación forzosa es un límite del derecho de propiedad en el sentido estricto de esta expresión, y refiriéndonos al engarce genérico entre las dos instituciones (propiedad, expropiación) y no, como luego precisaremos, a la actualización de la potestad expropiatoria sobre una propiedad determinada. No se trata de prejuzgar en este momento la exacta naturaleza jurídica de la figura, pero sí de rechazar desde ahora su conceptualización política, no como un límite intrínseco, sino como una invasión advenida exteriormente al derecho de propiedad entendido como un núcleo originario y absoluto. Estas claras palabras del gran sociólogo TEODORO GEIGER pueden servirnos para desechar sumariamente tal concepción: «El derecho de propiedad no es dado como un *a priori*..., la ordenación jurídica positiva no *preserva* una relación de propiedad ya existente, sino

que la *crea* y la infunde una forma diferente, condicionada por lugar y tiempo. De ello resulta que es, en el fondo, una insensatez el hablar de «intromisiones de la legislación en la propiedad privada» (como gustan de hacerlo los liberales). Sin una legislación positiva no existiría ningún derecho de propiedad en el que alguien o algo pudieran entrometerse... Si no existe un derecho de propiedad natural, lógicamente anterior a la ordenación jurídica positiva, aquél no puede ser ni preservado ni limitado por el derecho positivo. El único contenido del derecho de propiedad es la suma de las atribuciones de disponibilidad que el derecho positivo otorga y garantiza al llamado propietario... Por tanto, cuando el legislador revoca determinadas atribuciones hasta ahora garantizadas no incurre en una «intromisión en el derecho de propiedad», sino que sustituye simplemente una institución jurídica hasta ahora vigente por otra nueva» (3).

2. En nuestra historia jurídica este tratamiento constitucional de la expropiación forzosa es característico también de la época contemporánea. Esta Ley general de expropiación forzosa que comentamos es la tercera de nuestra historia (4). La primera fué la fechada en 17 de julio de 1836 (5). Vigente a la sazón el Estatuto Real de 1834, esta Ley fué una de las que pretendieron dar

(3) GEIGER: *El dominio de los «expertos»*, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 50, 1950, págs. 84 y 85. Es obvio aclarar que la doctrina del derecho natural que se combate en el texto es la de signo racionalista y no la de base católica, que no postula, antes bien lo contrario, la concepción absoluta e individualista del derecho de propiedad.

(4) El régimen anterior al constitucionalismo tiene ahora a nuestro objeto un interés apenas anecdótico. Pueden verse sobre los orígenes hasta el siglo XVII los estudios de CLEMENTE DE DIEGO, publicados en la «Revista de Derecho Privado», 1922, págs. 289 y ss., y 1923, págs. 257 y ss. Se trata, en verdad, de tanto de creaciones nacionales cuanto de una posición general del *ius commune* de Occidente (cfr. el documentado estudio de NICOLINI: *La proprietà, il principe, e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia*, Milano, 1952). La reelaboración del tema por la doctrina del derecho natural y de gentes hasta concluir en el dogma absolutista del *dominium eminens* (que es con el que directamente se enfrentan los revolucionarios franceses), no ha sido estudiada en sus reflejos y aplicaciones españolas, según mis noticias. Sobre esta tendencia en general, G. JELLINEK: *Allgemeine Staatslehre*, 3.ª ed., Berlín, 1922, págs. 671 y ss. STROETER: *Oeffentlich-rechtliche Entschädigung*, Hamburgo, 1933, págs. 52 y ss.

(5) Reglamento ejecutivo de 27 de julio de 1853. Por cierto que esta Ley recoge la caracterización revolucionaria del derecho de propiedad, artículo 1.º: «Siendo inviolable el derecho de propiedad, no se puede obligar a ningún particular, Corporación o establecimiento de cualquiera especie, a que ceda o enajene lo que sea de su propiedad para obras de interés público sin que...» Acaso en su origen esta fórmula, que tan curiosamente extiende el dogma de la inviolabilidad de la propiedad a las Corporaciones y establecimientos, revele la intención de oponer la garantía del sistema a la tendencia desamortizadora que patrocinaba la oposición liberal. El carácter ordinario de esta Ley no impidió, naturalmente, que leyes posteriores estableciesen la desamortización general. Sobre la significación del Estatuto Real, de que a continuación se habla en el texto, SÁNCHEZ AGESTA: *Historia del Constitucionalismo español*, Madrid, 1955, págs. 213 y ss.

curso a la garantía de los derechos individuales que faltaba, intencionadamente, por la raíz conservadora y realista del Estatuto, en el texto constitucional. Aunque esta circunstancia de nuestra evolución política privó a esta Ley de estar originalmente apoyada en la superlegalidad de una Constitución, sin embargo, a través de su dilatada vigencia este apoyo le será explícitamente prestado por las Constituciones que se sucedieron tras el Estatuto de 1834. La Constitución de 1837, artículo 10, es la primera (6) que expresa la constitucionalización de la materia, a través de una fórmula que va a tener fortuna: «No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y ningún español será privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad común, previa la correspondiente indemnización.» Literalmente repite esta formulación el artículo 10 de la Constitución moderada de 1845, e igualmente la reiteraba, aunque partiendo sus dos párrafos, la Constitución non-nata de 1856, artículos 12 y 13. La Constitución liberal de 1869 implica en la garantía una precisión de procedimiento tomada del modelo napoleónico, la intervención del juez: «Nadie podrá ser expropiado de sus bienes sino por causa de utilidad común y en virtud de mandamiento judicial, que no se ejecutará sin previa indemnización regulada por el juez con intervención del interesado» (art. 14). Este mismo precepto va a ser reiterado por la Constitución federal de 1873, también como la de 1856 non-nata, artículo 16. La modificación de procedimiento que esto significaba sobre la Ley de expropiación de 1836, construída sobre el sistema administrativo y no judicial, dió lugar al Decreto de 12 de agosto de 1869, que se limitó a retocar el viejo texto.

Llegamos así a la Constitución de 1876. El artículo 10 de esta Ley fundamental da una nueva versión de la fórmula tradicional: «Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización. Si no precediere este requisito, los jueces ampararán y, en su caso, reintegrarán en la posesión al expropiado.» Es en desarrollo de este precepto constitucional (que se transcribió literalmente en el artículo 349 del Código civil) como se dicta la Ley de Expropiación forzosa de 10 de enero de 1879 («la expropiación forzosa por causa de utilidad pública, que autoriza el artículo 10 de la Constitución, no podrá llevarse a efecto... sino con las prescripciones de la presente Ley», art. 1.º), texto prestigioso (7), a cuya larga vigencia ha venido a poner término la Ley que comentamos.

La Constitución de 1931 sigue incluyendo la expropiación forzosa entre las instituciones de configuración constitucional. Su

(6) La Constitución de 1812 únicamente contiene la prohibición de la pena de confiscación de bienes, artículo 304.

(7) Reglamento de 13 de junio de 1879.

artículo 44 efectúa ahora el primer cambio importante de orientación. Si hasta ahora la referencia a la expropiación estaba enunciada en forma negativa, en función y desde la perspectiva de una garantía al derecho de propiedad, ahora, por el contrario, la Constitución da curso a la idea de la expropiación como instrumento de acción positiva: «Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas con arreglo a la Constitución y a las leyes. La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por la mayoría absoluta de las Cortes. Con los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada.» Esta norma constitucional no fué luego desarrollada orgánicamente, aunque en alguna ocasión se utilizase la previsión en ella contenida de una ley expropiatoria sin indemnización.

En fin, ya en el sistema actual, el Fuero de los Españoles (cuyo rango constitucional o fundamental está declarado, como se sabe, por la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado, artículo 10) ha insistido en la definición constitucional de la materia estableciendo los trazos significativos que la expropiación forzosa ha de tener en el nuevo derecho. Importan a este respecto las declaraciones contenidas en sus artículos 30 y 32:

«Art. 30. La propiedad privada, como el medio natural para el cumplimiento de los fines individuales, familiares y sociales, es reconocida y amparada por el Estado.

Todas las formas de la propiedad quedan subordinadas a las necesidades de la nación y al bien común.

La riqueza no podrá permanecer inactiva, ser destruída indebidamente ni aplicada a fines ilícitos.»

«Art. 32. En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes.

Nadie podrá ser expropiado sino por causa de utilidad pública o interés social, previa la correspondiente indemnización, y de conformidad con lo dispuesto en las leyes.»

En el Fuero del Trabajo, también de rango fundamental, se contienen igualmente algunos principios sobre el tema en sentido análogo al transcrito artículo 30 del Fuero de los Españoles (Declaración XII, 1).

3. El Anteproyecto de la Ley que estudiamos fué elaborado, por encargo del Gobierno, por la Sección de Administración Pública del Instituto de Estudios Políticos. Se trataba originalmente de refundir en un texto único toda la variada, extensa y casuística legislación que tras la Ley orgánica de 1879, y al margen de la misma, venía haciendo de tema tan fundamental para la vida jurídica de la nación una de las materias más abigarradas e inciertas. Especialmente la promulgación de la Ley de 7 de octubre de

1939, sobre procedimiento de urgencia en la expropiación, y su aplicación reiterada y normal en la práctica administrativa, que contrariaba su propio carácter de remedio extraordinario, había puesto ya en entredicho la Ley de 1879, y hacia ineludible una revisión general del sistema. A la vez era forzoso dar curso a las nuevas concepciones impuestas por las leyes fundamentales del Estado, así como a las exigencias derivadas de las nuevas técnicas administrativas y de la propia evolución social. La oportunidad de la nueva Ley, fué, finalmente, utilizada para tratar en ella de un tema cuyo defectuoso tratamiento venía siendo una de las taras más graves de nuestro derecho positivo, el tema de la responsabilidad civil de la Administración por daños ocasionados a los patrimonios particulares. Los propósitos inspiradores de la reforma no han podido ser más ambiciosos, ni de mayor alcance.

Evidentemente, el nuevo texto legal acierta a expresar en buena parte el alto propósito inspirador de la reforma. Estamos en presencia de una Ley poco común por su audacia innovadora y por su altura técnica (8). Sin hipérbole puede decirse que esta Ley

(8) En el «Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid», marzo-abril, 1954, se publicó un rápido comentario del Proyecto cuando aún estaba en las Cortes, que firman MAESTRE AZNAR y GARGOLLO CORÓN, págs. 31-34. Afirman estos señores que la lectura del Proyecto «sugiere un sinnúmero de comentarios, casi todos ellos desfavorables al nuevo texto». La única prueba que aducen en apoyo de juicio tan grave, está circunscrita a tres extremos particulares: complejidad del sistema de expediente individual para cada uno de los propietarios, defensa del criterio del tercer perito frente al del Jurado que en materia de valoración impone la Ley, y lamentación de la privación de la vía gubernativa en la fijación del justo precio, dada la irrecurribilidad de las decisiones del Jurado, que son inmediatamente residenciables ante la vía contenciosa. La primera de estas observaciones y su desarrollo denota con claridad que los autores no han parado mientes en el procedimiento especial del tit. III, cap. I, «expropiación por zonas o grupos de bienes». La segunda observación es, desde luego, materia opinable; más adelante se expondrá cómo este extremo precisamente constituye, a nuestro juicio, una de las más positivas aportaciones de la Ley. La crítica final sobre la exclusión de la vía gubernativa en el justiprecio, hasta tal punto está fuera de lugar, que viene a calificar como gravosa para el expropiado lo que es, sin duda alguna, una de las más fuertes garantías con que la Ley ha favorecido su posición. La Ley, por de pronto, ha privado a la Administración de la facultad que le reconocía el liberal sistema de 1879 de fijar unilateralmente el justo precio, y la ha sometido en este extremo a la decisión de un Jurado en el seno del cual no posee la mayoría; hasta tal punto se afirma este sometimiento que una posible disconformidad de la Administración sobre esta decisión habría de instrumentarla como una impugnativa judicial, exactamente como el particular, posibilidad no imaginable en el sistema anterior. Es claro que la exclusión de la vía gubernativa es una simple consecuencia de este criterio sustancial de privar a la Administración de la disponibilidad sobre la fijación del justo precio, y se comprende que difícilmente puede merecer este criterio el juicio de gravoso para el expropiado. Por lo demás, aunque no obedeciese a este motivo siempre sonaría extraña esta calificación cuando se trata de facilitar de inmediato al particular una instancia de revisión objetiva y neutral, pues la vía gubernativa está concebida ordinariamente en beneficio de la Administración y constituye para los particulares más bien una carga que se les impone para acceder a la vía contenciosa (arts. 1.º y 2.º de la Ley de lo contencioso-administrativo), según se prueba—si es que fuese preciso—por el desuso de las alzadas en aquellos países en

ha de marcar época en la historia de nuestro Derecho Administrativo. Si excluimos la legislación local, que por motivos concretos ha sufrido en España una evolución independiente, podemos decir que acaso esta Ley de 16 de diciembre de 1954 es la primera en todo el siglo XX que puede parangonarse por la intención constructiva y por su misma perfección formal a las grandes leyes administrativas del siglo XIX, que a la par que acertaron a establecer nuestro régimen administrativo, creándole casi *ex nihilo*, parecen haberle prestado un carácter definitivo y permanente, dada su continuada vigencia no obstante la importante transformación de sentido que desde entonces ha experimentado la vida del Estado (9). En el campo del Derecho comparado se presenta la nueva Ley española como una de las más completas en la materia, y acaso como la de un contenido más general (10).

que son facultativas y no preceptivas (BONNARD: *Précis de Droit Administratif*, 4.^a ed., 1943, pág. 314). Es sorprendente que al lado de la inconsistencia de estas críticas (con las cuales pretenden nada menos que «realzar el prestigio de nuestra Corporación», pág. 31) hayan pasado totalmente desapercibidos a estos señores los aspectos más importantes de la Ley. Por cierto que este «Boletín» parece persistir en esta última actitud; en el editorial que dedica a la Ley, una vez promulgada en el número noviembre-diciembre, 1954, se refiere a las palabras de la Exposición de Motivos sobre la responsabilidad por daños causados por la Administración como si se tratase de un propósito futuro y comenta: «Plausible empeño que sería de desear que pronto tomara cuerpo» (pág. 4). Así la innovación acaso más radical de la Ley ha pasado inadvertida para la docta publicación.

(9) En otro lugar (*Programa del Seminario sobre problemas actuales de la Administración Pública*, Instituto de Estudios Políticos, 1950-51) observamos sobre este punto: «El régimen administrativo español no responde a un proceso firme y sostenido de desarrollo... Liquidados los supuestos del régimen ilustrado, hubo de acometerse de nuevo la tarea de reedificar la Administración desde los cimientos, y es un hecho que ese esfuerzo dió vida a las formas más salientes del régimen administrativo sobre que aún vivimos. Es, en efecto, posible reconocer la actitud constituyente del periodo sin más que poner atención en una serie de fechas cuyos efectos llegan directamente a nuestros días: 30 de noviembre de 1833, JAVIER DE BURGOS promulga el Real Decreto que establece la actual división provincial del territorio y firma su *Instrucción a los subdelegados de Fomento*; 1 de enero de 1845, Ley Pidal para la reforma de la Administración; 2 de abril de 1845, Ley Mon de reforma fiscal; 6 de julio de 1845, Ley fundamental del Consejo Real o de Estado, etc., etc. De hecho esta actitud prosigue hasta la Restauración y consigue entonces perfilarse como definitiva. Hacia el decenio del 70 se sitúa la fase de más intensa elaboración de los contenidos del nuevo régimen administrativo, y nuestra inmediación histórica con esa fase se descubre sin más que recordar que conservan su vigencia formal muchas de las leyes promulgadas por entonces y, desde luego, las que encarnan los rasgos capitales de nuestro actual régimen. Pero esta dependencia nuestra, a la altura histórica de 1950, es, al mismo tiempo, indicio seguro de que aquella actitud creadora quedó, en gran parte, sofocada, y en todo caso pone de relieve cómo desde el punto de vista de nuestra Administración nos hemos encontrado sumergidos súbitamente en la atmósfera peculiar de los problemas del siglo XX cuando aún estábamos muy lejos de haber extraído los últimos jugos al impulso reformador del 800.» Publicado en «Revista de Administración Pública», núm. 3, 1950, págs. 351 y ss. Vid., también en análogo sentido, mi prólogo a la edición de OLIVÁN: *De la Administración Pública con relación a España*, Colección «Civitas», Madrid, 1954.

(10) Entre los proyectos en marcha por el organismo de reforma adminis-

Sobre si se ha cumplido o no el propósito de refundir en un texto único todas las normas reguladoras de la actuación expropiatoria no cabe juzgar exactamente en este momento, ya que la nueva Ley prevé en su disposición final tercera que habrá de dictarse un Decreto para determinar el alcance exacto de la cláusula derogatoria de la Ley expresando «cuáles de las disposiciones vigentes sobre expropiación forzosa habrán de continuar en vigor». Sin embargo, una grave quiebra de esa intención unificadora luce ya en el texto de la misma Ley. Nos referimos al artículo 97 que declara exentas del régimen de la Ley «las expropiaciones por causa de colonización y de fincas mejorables», las cuales «se regularán por su legislación especial incluso en lo relativo a los órganos, medios de valoración y recursos». Esta excepción flagrante de una de las actividades expropiatorias más caracterizadas, y más extensas cuantitativamente, fué acordada en las Cortes (11),

trativa en Italia, figura un anteproyecto de Ley delegada para refundir en un texto único las regulaciones de la expropiación de inmuebles y de muebles, las ocupaciones temporales, las requisas de todo género, las servidumbres administrativas y otros derechos reales, las limitaciones externas de la propiedad por razones administrativas y las prestaciones obligatorias de cosas y servicios. Vid. la justificación, relación del proyecto, texto de la Ley de delegación (con cinco arts.), observaciones—no favorables en general—de los distintos Ministerios, en *Presidenza del Consiglio dei Ministri. Stato dei lavori per la riforma della pubblica Amministrazione* (1948-1953), Roma, Instituto Poligráfico dello Stato, 1953, t. I, págs. 80 y ss., y III, págs. 461 y ss. Es, evidentemente, otro criterio que el de la Ley española, debido más a razones de sistematización externa que al desarrollo de un principio orgánico. La dirección de estos trabajos por LUCIFREDI (vid. *infra*, nota 35) explica también bastante del criterio propuesto, que en todo caso es puramente enunciativo, pues el texto del proyecto es una delegación casi en blanco para confeccionar la disposición refundidora. La Ley española está más cerca, como se dirá, de las posiciones del Derecho alemán, aunque no legislativas, sino predominantemente jurisprudenciales y doctrinales.

(11) El Proyecto de Ley enviado por el Gobierno, que está publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, núm. 454, de 11 de enero de 1954, respetaba ya buena parte de la autonomía del Ministerio de Agricultura; pero imponía la aplicación de la nueva Ley en cuanto a los criterios de valoración y al régimen de recursos, que extendía lógicamente, como indicaremos en el texto, a la fijación de precios máximos y mínimos. El criterio del proyecto era respetar las particularidades orgánicas que fuesen precisas, pero unificar al menos los dos principios centrales de la valoración y de las garantías; este criterio permanece, en general, y es aún visible en la Ley en la mayoría de los procedimientos especiales regulados en el Título III. Véase a continuación en el texto la justificación dogmática de este criterio unificador de la Ley. Últimamente LAMO DE ESPINOSA, que sostuvo en las Cortes la enmienda al proyecto de Ley en este punto, acaba de publicar un trabajo, *La expropiación forzosa de fincas rústicas por causa de interés social en la jurisprudencia* («Revista de Estudios Agro-sociales», 10, 1955, págs. 7 y ss.) en el que intenta justificar el criterio adoptado; después de decir que sólo «aparentemente» (!) se ha roto «el principio de unidad que se perseguía», enumera nada menos que catorce razones que en su sentir justifican la dirección seguida; *non multa sed multos*; de tal cúmulo de justificaciones la mayoría «construyen el maniqueo» para luego complacerse en su refutación; así se deja suponer que el Proyecto intentaba derogar la totalidad de la legislación especial de expropiación por colonización, cuando es lo cierto que sólo extendía su criterio unificador a la valoración y a las garantías judiciales, como hemos dicho; se ofrece una caracterización con-

y constituye a mi juicio algo difícilmente justificable que ha afectado en forma importante a las posibilidades confiadas a la nueva Ley. Sólo en la comodidad de los órganos técnicos, y aún en la simple rutina, puede justificarse que un propietario haya de recibir un precio distinto por la expropiación de sus fincas, según se realice por un Ministerio o por otro, y que su sistema de garantías sea igualmente distinto en uno y otro caso. La unidad de referencia de la institución expropiatoria es la propiedad y no el órgano que la ejerce, el cual sólo puede pretender, si acaso, a particularidades de procedimiento, pero no substanciales. En este caso esta discriminación apareja otras consecuencias específicas, todas negativas: la pervivencia del ineficiente (y peligroso) sistema de valoración por peritos, la partición de la competencia jurisdiccional sobre la misma materia entre las Salas contencioso-administrativas y quinta del Tribunal Supremo (12), la limitación del amplio

vincional de la Ley nueva, como cuando se dice sorprendentemente que «la aspiración a unificar toda la legislación expropiatoria se contradice en la propia Ley al adoptar criterios distintos en cuanto a valoración según se trate de expropiaciones por causa de utilidad pública o por interés social», o también que la expropiación por interés social se configura «únicamente como expropiación-sancción, lo que desnaturaliza el concepto de interés social como causa determinante de expropiación», confundiendo totalmente lo que es un «procedimiento especial», y como tal integrado en el Título III de la Ley (en el cual todavía se hace la salvedad de «además de en los casos en que haya lugar con arreglo a las leyes», art. 71), con las normas generales del Título II (vid. más adelante en el texto). Excluidas, pues, estas posiciones dialécticas, quedan de la tesis de LAMO DE ESPINOSA las siguientes razones positivas: en cuanto al sistema de valoración, que la Ley de 1946 es el precedente de la Ley de 1954, lo cual, evidentemente, aunque fuese exacto, que no lo es, no constituye un argumento sustancial para que aquélla mantenga su particularismo; que los criterios de valoración de la Ley de 1946 «son más ágiles y sobre todo más realistas que los señalados en la nueva Ley», argumento apodictico, y que si fuese verdadero hubiese justificado una enmienda total a la nueva Ley, pero de ninguna manera una partición de la materia, y mucho menos una partición que tiene como base los distintos órganos de gestión y no la naturaleza del objeto; que el Consejo del Instituto Nacional de Colonización, que preside el Ministro, es un «órgano colegiado que no cede en competencia ni en garantía de acuanimidad al Jurado Provincial de Expropiación», argumento claramente equivoco, pues es claro que no se dilucida ninguna cuestión de autoridad y honestidad personal, sino un sistema, el de la decisión administrativa unilateral, frente a otro sistema, el de una instancia neutral e independiente a cuyo pronunciamiento la propia Administración queda sujeta; por mucha que sea la «ecuanimidad» del Consejo del Instituto, y su carácter colegiado, creo que no será discutible que es un órgano administrativo puro. Los dos últimos argumentos sobre el régimen de garantía judicial y sobre el sistema de precios máximos y mínimos se analizan en la nota siguiente y en la 14.

(12) En el mismo sentido, MONTERO: *La expropiación por causa de interés social en la Agricultura*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 5 abril 1952, pág. 1346. Es absolutamente indiscutible la disimilitud esencial entre esta aplicación del recurso de revisión ante la Sala 5.ª en materia expropiatoria y la aplicación normal de dicho recurso en materia de arrendamientos rústicos; así como es también absolutamente indiscutible la identidad total entre ese recurso en materia expropiatoria y los ordinarios contencioso-administrativos de que entienden las Salas 3.ª y 4.ª del Tribunal supremo (GUATA: *Administración institucional y recurso contencioso administrativo*, «Revista de Administración Públi-

sistema de garantías que a favor del expropiado ha acertado a imponer la nueva Ley, etc. De la continuación del sistema de valoración por el criterio de los precios máximos y mínimos fijados a discreción por Decreto, sin garantía ulterior (Ley de 21 de abril de 1949, art. 4.º, i, y art. 16), debe decirse llanamente que atenta contra el principio constitucional del artículo 32 del Fuero de los Españoles, que al garantizar una indemnización objetiva impone forzosamente la necesidad de arbitrar una instancia de revisión judicial (13) del *quantum* fijado por la Administración (14).

ca», II, 1953, pág. 63). LAMO DE ESPINOSA, en el trabajo citado en la nota anterior, pretende ahora que la singularidad del recurso de revisión consiste en que «permite a la Sala—al facultarla para resolver libremente y en conciencia—el apreciar cualquier circunstancia que pueda influir en la siempre compleja tarea de justipreciar una finca, lo que no resulta posible en la vía contencioso-administrativa, pese a la tendencia jurisprudencial de estos últimos años que ha violentado la rigidez de esta jurisdicción» (pág. 10). Ignoro cómo ha podido llegar este autor a tal conclusión, sobre la que insiste aún en el resumen final del trabajo (pág. 63: «La política agraria española... ha concedido [al juez] unas facultades que ni el liberalismo, con todo su endiosamiento y división de poderes, ni ningún otro sistema político le confirió: la facultad de resolver en conciencia»). En otros lugares la explicación de la singularidad del recurso constituye claramente un *idem per idem* (págs. 14 y 16).

(13) En el Derecho constitucional comparado se encuentra definido expresamente con cierta frecuencia la facultad de abrir la vía judicial para someterla toda discrepancia sobre la cuantía de la indemnización expropiatoria. Así, por ejemplo, la establecía la Constitución de Weimar, artículo 153, de donde lo ha tomado la actual *Grundgesetz*, de Bonn, artículo 14, 3: «Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen». Es de notar que esta cuestión es independiente del criterio general seguido sobre la cuantía de la indemnización. Así, este mismo precepto citado no contiene la garantía tradicional del precio justo o intrínseco, aceptando cualquier modulación («por medio o sobre la base de una ley») que valore en conjunto «los intereses de la generalidad y los de los particulares». Cabe entender, por consiguiente, que el criterio de justicia en el precio queda remitido a dos garantías formales: mandato solemne de la ley y revisión judicial, sin que asegure por sí ningún valor material determinado. Entiendo que esta conclusión, que es la que prevalece entre las tendencias actuales, es válida para una interpretación constructiva del artículo 32 del Fuero, que únicamente asegura la «correspondiente indemnización de conformidad con lo dispuesto en las leyes», e invocando el principio general de garantía de la ley frente a los órganos públicos del artículo 17 del mismo Fuero. Vid. nota siguiente.

(14) Sobre la peligrosa tendencia de lo que llama «paternalismo administrativo» en la regulación de la agricultura ha hablado reciente y autorizadamente F. DE CASTRO, en *El Derecho agrario en España. Notas para su estudio*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VII, 2, 1954, págs. 387-8. Personalmente podría llegar a admitir la justicia de una ley que impusiese indemnizaciones inferiores al valor objetivo de los bienes expropiados (Vid. nota anterior y recuérdese cómo José Antonio PRIMO DE RIVERA aceptaba la expropiación sin indemnización en el caso de los señoríos jurisdicciones, que «por una obra casi de prestidigitación jurídica se transformaron en señoríos territoriales», y la imposibilidad de realizar una Reforma agraria digna de tal nombre expropiando por los precios exactos: Discursos a las Cortes, de 23 y 24 de julio de 1935, *Obras completas*, Madrid, 1942, págs. 437 y ss., especialmente págs. 440-1, 448 y ss.); pero me resisto a aceptar que un tal pronunciamiento pueda quedar al arbitrio de los órganos técnicos, casuísticamente, por libre y absoluta discrecionalidad. Es innecesario observar que la aprobación por el Consejo de Ministros del Plan

El propio texto de la Ley ha ofrecido en su capítulo I del título III el ejemplo del cómo pueden cohonestarse perfectamente las necesidades técnicas de una expropiación de grandes zonas con las garantías de que inevitablemente, y según el mandato del Fuero, debe revestirse la actividad expropiatoria. *A fortiori* cualquier exigencia de eficacia inmediata puede encontrar su cauce en la misma Ley a través de su artículo 52.

4. La Ley se desarrolla a lo largo de 128 artículos más tres disposiciones finales y una transitoria. Este contenido se reparte en cinco títulos: el primero, refiere los «principios generales», el segundo el «procedimiento general» de expropiación, el tercero los «procedimientos especiales» (y aquí se distingue la expropiación por zonas o grupos de bienes, por incumplimiento de la función social de la propiedad, la que afecta a bienes de valor artístico e histórico, la realizada por Entidades locales o por razón de urbanismo, la que dé lugar a traslado de poblaciones, la que tenga por causa la colonización o las obras públicas, la que se refiera a propiedad industrial, y, por último, la que tiene por causa la defensa nacional y la seguridad del Estado), el título cuarto regula las «indemnizaciones por ocupación temporal y otros daños» (en cuyo capítulo II se regula la indemnización por daños como «consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los

técnico de colonización de cada zona, que es donde se incluyen como una particularidad más los precios máximos y mínimos que han de presidir las operaciones expropiatorias, no constituye una garantía eficiente, no sólo porque la naturaleza política de este organismo le impide entrar en tales precisiones, sino también porque en definitiva los interesados pueden desconocer de hecho el contenido del Plan sobre el particular, e incluso su misma existencia, que es sólo sometida a informe de la Cámara Sindical Agraria, que es una entidad representativa de tipo general y no específico; es decir, de las que actúan representaciones políticas colectivas y no individuales y patrimoniales de los propietarios afectados. La simple observación de que por 1.000 pesetas, por ejemplo, y aún por menos, pueda expropiarse una provincia entera, conforme a este sistema, arguye sin remisión contra el mismo, me parece, ante cualquier conciencia jurídica, y se comprende que no es un argumento frente a este juicio el hecho de que hasta ahora no se hayan realizado, en efecto, aplicaciones abusivas de ese carácter; lo que es inadmisibles es que la garantía de la propiedad quede caso por caso a la simple discreción de los órganos administrativos, lo que ciertamente no puede pretender justificarse en necesidades técnicas. LAMO DE ESPINOSA: *La expropiación forzosa de fincas rústicas* cit., indica que la derogación de este sistema, que propugnó el Proyecto de Ley, implicaría «supresión de sus efectos antispeculativos y en perjuicio de los fines de justicia distributiva y social que esta Ley [de 1949] se propone». Los efectos antispeculativos (cuyo logro en ningún caso justificaría abandonar las más elementales garantías positivas de la institución) se combaten en la nueva Ley con el principio común del artículo 36, y nada permite suponer tampoco que el procedimiento especial del capítulo I título III sería inferior en este aspecto al sistema de la Ley de 1949; y de esa abstracta invocación a la justicia debo confesar que no comprendo su intención argumental. Por cierto que es esta la única alusión de este trabajo al sistema de precios máximos y mínimos del que no se considera luego su carácter determinante del justiprecio, exponiéndose los criterios de fijación de éste como si siempre fuesen criterios abiertos.

servicios públicos»), y, finalmente, el título quinto trata de las «garantías jurisdiccionales». Precede al texto normativo una extensa y cuidada Exposición de Motivos.

Sólo este rápido resumen da una idea cabal del contenido material de la Ley y de su amplitud. Teniendo ésto en cuenta, se concluye que los 128 artículos de la Ley no constituyen extensión excesiva. Es, en verdad, una ley que está más cerca de la simplicidad (*simplicitas legum amica*) que del abigarramiento de que pecan tantas leyes modernas. Este criterio de claridad y de certeza es notable también, en general, en las regulaciones materiales que la Ley contiene.

Las disposiciones finales primera y segunda establecen que la Ley entrará en vigor a los cuatro meses de su publicación; es decir, a partir del día 17 de abril de 1955 y que el Reglamento debe dictarse dentro del plazo de seis meses, ya infringido.

5. Todo régimen de expropiación forzosa, y por tanto el nuevo sistema legal, puede ordenarse alrededor de dos principios esenciales: por una parte, habilita de un modo formal una potestad expropiatoria de la Administración; por otro lado, al definir esta potestad—según ya se ha notado—uno de los límites finales de la propiedad, garantiza consecutivamente los contenidos positivos que reconoce a la misma en relación con la actividad del Estado. Es, en cierto modo, la doble vertiente de todo el Derecho Administrativo: prerrogativa de la Administración y garantía de los administrados (15).

Potestad expropiatoria y garantía de la propiedad, haz y envés de la misma institución unitaria, están justamente en la nueva Ley destacadas con viveza como los ejes efectivos del sistema, a través de una afirmación de su respectiva virtualidad mediante definiciones abstractas y generales, mediante determinaciones legales de «cláusula general» que facilitan su juego como verdaderos «principios». La potestad expropiatoria, en la amplia fórmula del artículo 1.º. La garantía de la propiedad, por su generalización en garantía de todo el patrimonio, que se deduce del mismo artículo 1.º, y por el expreso otorgamiento en su servicio de acciones de protección y, finalmente y, sobre todo, por la formidable extensión que la Ley efectúa de esta garantía al afirmarla, no sólo frente a medidas de despojo directo, sino también frente a cualquier daño que se produzca como «consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos», según el artículo 121. Con una y otra extensión de tales dos principios la nueva Ley ha sobrepasado audazmente los límites clásicos de las regulaciones de la expropiación, y éste es verdaderamente su mérito mayor, tanto política como técnicamente.

Nuestra exposición va a ceñirse al estudio de estos dos princi-

(15) Cfr. GARRIDO FALLA: *Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales*, en «Revista de Administración Pública», 7, 1952, págs. 35 y ss.

pios fundamentales que presiden el nuevo régimen legal, sacrificando la consideración particular de toda otra cuestión, entre las muchas que la Ley plantea. La intención de este trabajo, que es primordialmente expositiva del alcance del nuevo régimen legal, marcará—como habrá de notarse—los límites de nuestro estudio.

II

LA POTESTAD EXPROPIATORIA

La nueva Ley contiene, pues, en primer lugar, una cláusula general de apoderamiento o habilitación de una extensa potestad expropiatoria a favor de la Administración. Esta cláusula general está contenida fundamentalmente en el artículo 1.º, que dice así: «Es objeto de la presente Ley la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social a que se refiere el artículo 32 del Fuero de los Españoles, en la que se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio.

Quedan fuera del ámbito de esta Ley las ventas forzosas reguladas por la legislación especial sobre abastecimientos, comercio exterior y divisas».

A) LA EXTENSIÓN DEL CONCEPTO DE EXPROPIACIÓN Y SU NUEVO SENTIDO

Las líneas clásicas de la expropiación forzosa limitaban su extensión institucional en un triple sentido: en cuanto al objeto, bienes raíces (así art. 1.º de la Ley de 1879: «propiedad inmueble»), en cuanto al contenido, transmisión de propiedad (art. 1.456 del Código civil: «enajenación forzosa»), dentro del título de la compraventa), por último, en cuanto a la causa, utilidad directa para una obra pública («utilidad pública», art. 2 de la Ley de 1879: «obras de utilidad pública»). Si ahora no olvidamos la limitación de la actuación administrativa según los dogmas liberales del Estado, obtendremos una imagen cabal del campo propio de la institución expropiatoria tal como fué configurada en el Derecho administrativo tradicional. Su peso real en la economía del derecho de propiedad resultaba, como se comprende, extremadamente circunscrita y mínima. En verdad, sólo el carácter paradigmático de la propiedad territorial propio de la época preindustrial (*res movilis res vilis*) y la sensibilidad que el dogma de la propiedad como derecho absoluto imponía para toda «intromisión» en su círculo exento, han podido justificar la inclusión de institución de

tan limitados efectos en la problemática general del derecho de propiedad.

Esas tres fronteras clásicas de la expropiación forzosa han sido desbordadas en nuestro siglo por la generalidad de los derechos nacionales. Esto es, por de pronto, un hecho. Los profundos motivos de este desbordamiento están en relación con la transformación real de la sociedad y del Estado en este período. No se trata, como a veces se piensa con evidente frivolidad, de modas arbitrarias y ni siquiera de concepciones políticas más o menos partidistas. Con gran agudeza FORSTHOFF interpreta el fenómeno sistemáticamente conforme al esquema racional que puso en juego von STEIN: la razón del acantonamiento estricto de la institución expropiatoria durante el siglo XIX «está en la estructura del Estado de Derecho... y su relación con el mundo social de los bienes... Este Estado no tuvo intención de cumplir respecto de la realidad social una función conformadora... Aun cuando se considere exagerada, por no corresponderse plenamente con los hechos, la contraposición entre el Estado y la sociedad burguesa tan corriente en el siglo XIX y tan importante para la formación de los conceptos del Derecho público, es un hecho que el Estado de esa época no aspiró a dominar, dándole una estructura propia, el mundo social de los bienes» (16). La situación es hoy distinta: «el carácter distintivo de la Administración moderna, aquél que la distingue de la Administración del Estado burgués de Derecho, es su especial relación con el orden social»; así como para esta última el orden social «es una presuposición dada que no se halla a su disposición», para la Administración contemporánea «el orden social no es un dato, sino cometido y objeto de su conformación»; de ahí que «el Estado intervenga alterando las relaciones patrimoniales mediante todo género de disposiciones» (17). La expropiación entonces pasa a ser uno de los instrumentos positivos que ejercitan esta amplia acción administrativa sobre la propiedad en virtud de esa extensa gama de fines.

Es notorio que el Derecho español había llegado a esta situación de generalización de la institución expropiatoria por encima de los límites clásicos. A lo largo de este trabajo tendremos ocasión de referirnos a muchas de estas aplicaciones. La amplia fórmula del artículo 1.º de la Ley que comentamos no ha hecho más que dar expresión a un estado de cosas existente, con la intención de prestarle un cauce técnico y unitario.

(16) FORSTHOFF: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, I. 3.ª ed., München und Berlin, 1953, pág. 257.

(17) *Ibidem*, pág. 260, y 51 y ss. Cfr. también mi artículo *Reflexiones sobre los estudios de Derecho*, en «Revista de Educación» núm. 5, dic., 1952.

B) ANÁLISIS DE LA POTESTAD EXPROPIATORIA CONSTRUÍDA POR LA LEY

Para determinar con exactitud la extensión de la amplia potestad expropiatoria definida en el artículo 1.º de la Ley analizaremos separadamente sus distintos elementos: naturaleza, sujetos, objeto, causa, contenido, ejercicio.

1. *Naturaleza.*

Venimos hablando de *potestad* expropiatoria y nuestra intención es asignar a este término, «potestad», un significado específico. Aludimos concretamente al concepto depurado por SANTI ROMANO con este nombre (18). La potestad, a diferencia del derecho subjetivo, no emerge de una relación jurídica concreta, no tiene un objeto específico y determinado, no encuentra enfrente un obligado. La potestad es un poder abstracto y genérico, ordinariamente derivado de *status* legales, y no originable por convenciones negociales, cuyo efecto consiste en la modificación de las situaciones jurídicas existentes (potestades innovativas) o en el mantenimiento, realización o tutela de situaciones jurídicas pre-existentes, sin modificarlas o innovarlas; no tiene una referencia específica a un objeto concreto, no supone, como el derecho subjetivo, especificidad de objeto dominado, sino que se extiende a un marco genérico de posibles objetos; no encuentra enfrente, decíamos, obligados singulares, prestaciones o actuaciones debidas, sino más bien «sujeciones», vinculación puramente pasiva de soportar la realización de sus efectos propios. O, como ha dicho GIANNINI, con expresividad formularia, una simple «situación pasiva de inercia» (19). Para el Derecho Administrativo es una idea

(18) Vid., sobre todo, la voz *Poteri-Potestá*, en los *Frammenti di un Dizionario giuridico*, Milano, 1947, donde resume sistemáticamente toda la cuestión, haciéndose cargo de las objeciones que ha suscitado. El concepto está hoy comúnmente aceptado en toda la ciencia italiana del Derecho público, con algunas precisiones, e incluso ha trascendido al Derecho privado (ZANOBINI, VITTA, LESSONA, GIANNINI, MIELE, GASPARRI, ZANZUCCHI, MESSINEO, CROSA, VASALLI, PUGLIATI, ANGELOTTI, ALESSI, SANDULLI, FALZONE, etc.). A esta dirección apunta el concepto de potestad, más difundido entre nosotros, de CARNELUTTI, por cierto, mucho menos preciso y objetivado, *Teoría General del Derecho*, trad. esp., 1941, págs. 177 y ss. El concepto se nutre en buena parte de las infructuosas tentativas de caracterizar definitivamente las figuras de «derechos potestativos», «de conformación jurídica», «sin objeto», etc., y pretende dar curso a las exigencias reales que tales figuras trataban de expresar; el campo de experiencias del Derecho público es mucho más fecundo que el del Derecho privado para la caracterización de tales situaciones.

(19) M. S. GIANNINI: *Lezioni di Diritto Amministrativo*, I. Milano, 1950, pág. 266. El ejercicio concreto de la potestad puede implicar para los sujetos distintos del titular consecuencias ventajosas, indiferentes o desventajosas; sólo en este último caso, precisa este autor, debe hablarse de «sujeción». Es, por supuesto, lo propio del ejercicio de la potestad expropiatoria por referencia al sujeto expropiado.

cardinal. Mal podría hablarse, aunque se ha hecho (20), de derechos subjetivos de poder público, de un derecho subjetivo a dictar un Reglamento, levantar un impuesto o a castigar a un infractor, por ejemplo. El concepto de potestad (21) cuadra a estas situaciones exactamente y las confiere un carácter dogmático de que ciertamente venían careciendo.

La facultad de expropiar se integra análogamente en una verdadera «potestad» de esta naturaleza. Se trata de una potestad innovativa cuyos efectos se dirigen a extinguir, o desde otra perspectiva a convertir, como luego precisaremos, situaciones jurídicas patrimoniales de las personas sujetas a la misma. Su contenido exacto se delimita a continuación a través del análisis de sus distintos elementos.

El tema clásico de la justificación de la potestad de expropiar no tiene sentido sustantivo. Es un poder concreto que se integra dentro del poder genérico y ordenador del Estado. La justificación del poder de expropiar entra, por ende, dentro de la justificación del poder del Estado en abstracto, y está afectado por los mismos límites. Sólo desde el dogma del carácter originario y absoluto de la propiedad privada pudo cobrar sentido ese tema académico, que en la Edad Media surge por la ausencia de una idea abstracta y general del poder público, herencia de la concepción regalística (las «regalías» como títulos concretos de poder). Para nuestra conciencia actual no tiene más sentido preguntarse por la justificación del poder de expropiar que el que tendría inquirir la justificación del poder estatal de regular las herencias, o la dote, o el contrato de sociedad. Es evidente que no existen como títulos sustantivos esas presuntas justificaciones específicas. Desde un punto de vista jurídico la potestad expropiatoria se justifica *in concreto* por la atribución de la ley, así como más en particular por el efecto operativo de las *causae expropriandi* que la ley tipifique; tema que será examinado más adelante.

2. Sujetos.

Los sujetos de la potestad expropiatoria configurada por la

(20) El caso más caracterizado es acaso el de HAURIOT: *Précis de Droit Administratif*, 12 ed., París, 1933, págs. 11, 20 y *passim*; es cierto que la caracterización de estos derechos como «prerrogativa», como «exorbitantes del derecho común», los situaba al margen de la teoría general de los derechos subjetivos e intentaba en cierto modo, aunque en forma intuitiva, una caracterización sustantiva e independiente, pero en cualquier caso la construcción ofrecía puntos débiles que fueron constantemente aprovechados para que sus contradictores permanentes, DUGUIT y JEZE, mantuviesen su tesis «objetivista»; añadimos a la magna y jugosa polémica que HAURIOT sostuvo a lo largo de su vida con la escuela llamada «realista».

(21) Es curioso recordar que la doctrina administrativa española desde el siglo XIX viene hablando de «potestades de la Administración», aunque ciertamente sin dar un verdadero perfil técnico al concepto. Vid., p. ej., SANTA-MARÍA DE PAREDES: *Curso de Derecho Administrativo*, 4.ª ed., 1894, págs. 54 y siguientes.

Ley que comentamos son tres, respectivamente: expropiante, beneficiario y expropiado.

Sujeto *expropiante* o titular de la potestad expropiatoria es la Administración en cualquiera de sus expresiones territoriales, es decir, concretamente, el Estado, la Provincia y el Municipio (artículo 2, 1); quiere decirse que las personas administrativas no territoriales o institucionales carecen de la potestad de expropiar. Es ésta una importante precisión de la Ley que intenta poner orden donde hasta la fecha no existía, apoyándose para ello en la distinción entre esta figura subjetiva de expropiante y la de beneficiario de la expropiación, cuya confusión (que era absoluta en el derecho anterior, así como en toda la doctrina y en el derecho comparado) evitaba esta medida ordenadora. La atribución única de la potestad de expropiar a las entidades administrativas territoriales no puede estar más justificada. Sólo ellas representan los fines generales y abstractos de la Administración que entran inevitablemente en juego en el ejercicio de la potestad de expropiar. Las personificaciones institucionales o no territoriales de la Administración tienen un carácter organizativo puramente instrumental, para la eficacia en la gestión de servicios singulares y la especialidad concreta de su competencia funcional no justifica, antes por el contrario, atribuirles un poder jurídico de tal gravedad. Este precepto de la Ley tiene un alcance ordenador de indiscutible trascendencia al someter a estas entidades institucionales, cuya proliferación pone en juego la propia unidad del Estado (22), a su papel subordinado e instrumental.

Que la potestad de expropiar pertenezca a la Administración (la Administración como «autoridad de expropiación», «Enteignungsbehörde»), aunque sólo sea en algunas de sus personificaciones, es un dato que califica todo el sistema por contraposición al régimen de aquellos derechos en que tal potestad es reservada a los jueces, debiendo la Administración postular de ellos el ejercicio a su favor; es el sistema francés establecido en 1810 (23), y por esta razón el de muchos países, dado el influjo que el régimen francés ha ejercido en todo el Derecho administrativo. En nuestro derecho este sistema judicial rigió, según vimos, con ocasión de la Constitución de 1869, que lo imponía expresamente. Salvo esta excepción, el sistema de reconocer directamente la potestad expropi-

(22) El concepto es del propio legislador: preámbulo de la Ley de 5 de noviembre de 1940.

(23) La Ley de 8 de marzo de 1810, que reservó a la autoridad judicial la facultad de disponer la transferencia de la propiedad, se debió a iniciativa del propio NAPOLEÓN que pretendió con ello, abiertamente, remitir a los jueces la impopularidad que ocasionaban las medidas expropiatorias. Cfr. HAUKIOU: *Précis*, cit., págs. 871-2. Se trata, en verdad, de un poder nominal en el que está ausente cualquier juicio de oportunidad y que se concreta únicamente en verificar el cumplimiento por la Administración de los trámites legales para llegar a la transferencia final.

toría a la Administración es el tradicional de nuestro Derecho, y la Ley nueva no hace sino continuarlo.

Beneficiario de la expropiación es el adquirente inmediato en la transmisión forzosa que se efectúa, o el que de otro modo se beneficia directamente (mediante un *lucrum emergens* o un *damnum cesans*) (24) del contenido del acto expropiatorio cuando éste no se concreta en una transmisión de propiedad pura y simple. La consecuencia de esta posición es que justamente al beneficiario corresponde el deber de indemnizar que el acto expropiatorio implica, titularidad que no debe ocultar el hecho de que sea la propia entidad expropiante quien, en su función de «titular del trámite», asuma con normalidad la tarea de negociar y acordar la cifra de la indemnización; en algunas ocasiones se reconoce a los beneficiarios una intervención directa en esa fase y aun en todas (cfr. artículos 15 y 17 de la Ley) del procedimiento expropiatorio, pero esta práctica, cuando consiste en sustituir plenamente la intervención del ente expropiante, debe estimarse proscrita por la nueva Ley, como contraria al criterio de independizar las posiciones de beneficiario y de expropiante.

El artículo 2, párrafos 2 y 3 de la Ley, distingue a efectos de la calidad de beneficiario según se trate de expropiación por utilidad pública, en cuyo caso los beneficiarios son siempre entidades públicas (territoriales o no territoriales ahora) o concesionarios de las mismas, y expropiación por interés social, hipótesis en la cual pueden ser beneficiarios, además de personas de ese carácter, simples particulares. En cualquier caso, la calidad de beneficiario debe estar reconocida por la ley, específica o genéricamente, y esto es decisivo.

La distinción entre las figuras del expropiante y del beneficiario, hasta el momento confundidas, es una notable novedad de la Ley, que por cierto no es formulada con el mismo alcance sistemático por ningún otro derecho positivo (25). El aislamiento dogmático de esta figura subjetiva mediante su desglose decidido de la figura del expropiante, facilita técnicamente la generalización de la expropiación forzosa como instrumento de la acción estatal conformadora; es, en este sentido, fundamental para orientar la institución según el mandato del Fuero, hacia el servicio al «interés

(24) NÚÑEZ LAGOS: *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid, 1934, págs. 113 y ss., sobre conceptos de VON THUR. Sobre este tema del beneficio expropiatorio volveremos más adelante.

(25) En alguna ocasión, a lo más, se ha distinguido entre derecho de expropiar, siempre de la Administración y ejercicio de este derecho mediante una concesión explícita a otro sujeto. Así, por ejemplo, WILKIN: *L'expropriation pour cause d'utilité publique*, 2.^a ed., Bruxelles, 1953, págs. 19-20. Aunque esta distinción es ya progresiva (p. ej., todos los medios de defensa propios del derecho de expropiación son dirigidos contra el poder expropiante no contra el concesionario del mismo, WILKIN, loc. cit.) parece bastante superior y más neta, así como más constructiva en el orden práctico, la distinción que formula por vez primera la Ley española.

social» desbordando el sistema estricto de la «utilidad pública», dentro del cual expropiante y beneficiario han marchado corrientemente confundidos. El problema técnico de la expropiación a favor de particulares, que es normal en el sistema del «interés social», queda resuelto con limpieza, sin necesidad de acudir (*iter inutilis*) al arbitrio de la cesión *ex post* por parte del ente expropiante, que asumiría también el papel de adquirente o beneficiario inmediato.

Por último, el *expropiado*. Es la persona sujeta a soportar el ejercicio de la potestad de expropiación, aquél sobre cuyos derechos recae la expropiación. El artículo 1.º de la Ley no puede ser más genérico en la enunciación de este sujeto: «...cualquiera que fueran las personas o entidades». No contempla la Ley ninguna excepción. En la legislación de requisas militares (que queda ahora englobada en el sistema de la Ley, tít. III, cap. VIII) se preveía la excepción de las prestaciones objeto de la misma a favor del Jefe del Estado, de los agentes diplomáticos y de los extranjeros en ciertas condiciones (art. 8 del Anexo 3.º de la Ley de Bases del Ejército de 29 de junio de 1918). La excepción del Jefe del Estado debe estimarse derogada en virtud de la fórmula de la nueva Ley; las otras dos se regirán por el Derecho internacional en la materia (26), pero no podrán encontrar ya una norma privilegiada en la legislación interna, que se afirma así, por principio, territorial. No cabe duda tampoco de que en la amplia fórmula de la Ley se admite la hipótesis de que la expropiación recaiga sobre personas públicas. En cuanto a la Iglesia, el artículo 16 de la Ley lo prevé expresamente, disponiendo la aplicación del régimen del Concordato, rigiendo en lo demás las normas de la Ley; el Concordato se refiere al tema en el artículo XXII, 6; y establece únicamente dos precisiones: que se oiga previamente a la autoridad eclesiástica (se entiende que su parecer no vincula), incluso sobre la cuantía de la indemnización, y que los bienes a expropiar sean privados previamente de su carácter sagrado; el momento de esa consulta parece que habrá de ser previamente a la declaración de la necesidad de la ocupación (art. 15), dado que es en el capítulo relativo a este trámite donde se encuentra la referencia al Concordato, estando garantizado por el procedimiento general la audiencia sobre la cuantía de la indemnización (arts. 24 y 29).

La cualidad de expropiado es una cualidad *ob rem*, por relación con el objeto real de la expropiación; de ahí que se especifique que la transmisión del objeto de la expropiación implicará la subrogación del nuevo titular en el lugar del anterior (art. 7). Los artículos 3 a 7 regulan los problemas de relación formal con el expropiado en el procedimiento expropiatorio. Se especifica (art. 6) que quienes no puedan enajenar sin permiso o resolución judicial se considerarán, sin embargo, autorizados para verificarlo en los

(26) Cfr. S. FRIEDMAN: *Expropriation in International Law*, London, 1953. con amplia bibliografía; J. MILLARUELO: *Las nacionalizaciones y el Derecho Internacional*, en «Revista de Administración Pública», 3, 1950, págs. 255 y ss.

supuestos de la presente Ley, sin perjuicio de que la indemnización de expropiación se deposite a disposición del juez; precepto que ordena una mera cuestión de titularidad, sin ampliar realmente los poderes de disposición de los ahudidos, ya que la transmisión es realizada operativamente por la voluntad unilateral de la Administración (distinto, sin embargo, el caso del concierto expropiatorio o acuerdo amigable a que se refiere el artículo 24 de la Ley, si bien su eficacia, como veremos, se limita a la fijación del precio al estar decidido el efecto transitorio; sólo en tal hipótesis y para estos solos efectos puede hablarse de una ampliación *ex lege* del contenido de la representación legal de tales personas).

3. Objeto.

El mismo artículo 1.º de la Ley especifica que pueden ser objeto de la potestad expropiatoria «la propiedad privada... derechos o intereses patrimoniales legítimos». La fórmula es de la máxima amplitud. Únicamente quedan fuera de la misma los derechos personales y familiares. Esas situaciones patrimoniales pueden, a su vez, ser de derecho privado o de derecho público. La Ley enuncia así una amplísima potestad de sacrificio a favor de la Administración: toda situación jurídica patrimonial, de cualquier naturaleza (real, de crédito, pública, privada) puede ser en principio sacrificada por la Administración; todas son «claudicantes» frente a su potestad expropiatoria (27). No será preciso subrayar demasiado la importancia de este principio.

Tres observaciones deben formularse para precisar la extensión del objeto de la expropiación: qué debe entenderse exactamente por «intereses legítimos» por contraposición a derechos, según la fórmula de la Ley; si se comprenden o no las prestaciones positivas o de hacer entre los objetos de expropiación posible; y, finalmente, si la especificación legal de la propiedad como «privada» excluye de la expropiación las formas de dominio público.

El empleo de la fórmula «intereses legítimos» suscita una grave cuestión. No se oculta que la inclusión de este supuesto entre los

(27) La doctrina italiana habla en tales casos de derechos «affievoliti» o condicionados. Cfr. AMORTH: *Figura giuridica e contenuto del diritto soggettivo affievolito*, en *Scritti in onore de Santi Romano*, II, Padova, 1940, págs. 193 y ss.; DE GENARO: *Diritti affievoliti ed interessi legittimi*, en «Foro amministrativo», 1943, IV, págs. 13 y ss.; ALESSI: *Sistema istituzionale del Diritto amministrativo italiano*, Milano, 1953, págs. 454 y ss. y en su artículo *La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo e i suoi possibili riflessi nel campo del diritto pubblico*, «Rivista trimestrale di Diritto Pubblico», 1953, págs. 329 y ss. En sentido crítico, GARRIDO FALLA: *Las tres crisis del derecho público subjetivo*, en *Estudios dedicados a García Oviedo*; cit. págs. 177 y ss. El concepto está uniformemente admitido en la doctrina publicística: el «debilitamiento» o condicionamiento de los derechos consiste en que pende sobre su efectividad la facultad administrativa de sacrificarlos, y se acepta la misma extensión de la figura que la que se expone en el texto. La rehabilitación del concepto clásico «derechos claudicantes» puede ser oportuna y la adopto por mi parte en el libro *La revocación de los actos administrativos en Derecho español*, que aparecerá próximamente.

objetos de la potestad de expropiar está pensada más en función de la garantía negativa del expropiado, y concretamente para consagrar su derecho a indemnización, que para habilitar positivamente la posibilidad de que tales intereses sean sacrificados; sobre esto hablaremos luego. Inmediatamente la calificación de «legítimos» matiza el supuesto en sentido restrictivo: no bastan simples intereses.

El concepto de «intereses legítimos», por contraposición al de «intereses simples», ha sido trabajado especialmente por la doctrina italiana, quizá en fuerza a la partición de la materia contenciosoadministrativa según su derecho positivo en dos órdenes jurisdiccionales, y desde luego con vistas al problema de la justicia administrativa (28), (29). Es claro que este concepto no sirve a los efectos que a esta Ley interesan. La propia doctrina italiana acepta que los sacrificios de intereses legítimos en el sentido indicado no dan lugar a indemnización; el derecho italiano exige para esta consecuencia la lesión de derechos perfectos, sin aceptar la extensión que nuestra Ley (30). En el derecho alemán, que viene trabajando tradicionalmente el tema de la «indemnización de derecho público»—*vide infra*—exige también, para que esta indemnización tenga lugar, el sacrificio de verdaderos derechos, y no el de simples intereses (31); sin embargo, ha podido notarse una recien-

(28) Esta afirmación no impone la confusión entre los «intereses legítimos» en el plano del derecho material y el «interés para accionar o recurrir» como concepto procesal en que suele incurrirse entre nosotros; si así fuese, la admisión de la demanda implicaría en todos los casos del llamado «recurso objetivo» su estimación en cuanto al fondo; es decir, cabe perfectamente que se acepte un interés para recurrir y, sin embargo, se desestime la pretensión por no justificarse un interés legítimo en cuanto al fondo, o la violación efectiva del mismo. En el sentido criticado, GARRIDO FALLA: *El interés para recurrir en agravios*, en «Revista de Administración Pública», 9, 1952, págs. 157 y ss.; *Tres crisis del derecho público subjetivo*, cit., pág. 214. Vid. en la propia doctrina italiana, BODDA: *Interesse a ricorrere e interesse legittimo*, en «Foro amministrativo», 1935, I, 1, págs. 48 y ss.; TOSATO: *Interesse materiale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa di legittimà*, Padova, 1937; ALESSI: *Interesse sostanziale e interesse processuale nelle giurisdizione amministrativa*, en «Archivio Giuridico», 1943; MORONE: *Sulla distinzione fra interesse oggetto del ricorso*, en «Giurisprudenza italiana», 1947, III, págs. 113 y ss.; DEL PRETE: *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, en «Rassegna di diritto pubblico», 1951, págs. 38 y ss.

(29) PICCARDI: *La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa*, en *Studi in occasione del centenario del Consiglio de Stato*, II, Roma, 1932, págs. 189 y ss., y todas las obras generales de Derecho administrativo italiano. Más adelante (III, A, 3) hemos de volver sobre este tema en sentido crítico.

(30) ALESSI: *La responsabilità della pubblica amministrazione*, 2.ª ed., Milano, 1951, págs. 231 y ss. Contra, ZANOBINI: *Interessi legittimi nel diritto privato*, en «Scritti vari di diritto pubblico», Milano, 1955, págs. 344 y ss., especialmente a partir de la pág. 353; la posición de este autor está forzada por un planteamiento equivocado del fundamento de la responsabilidad civil, según la tesis del ilícito subjetivo, y queda sin sentido desde la doctrina de la lesión objetiva que más adelante se expondrá (*infra*, III, B, 2, b).

(31) FORSTHOFF: *Lehrbuch*, cit., pág. 270; STODTER: *Oeffentlich-rechtliche Entschädigung*, cit., págs. 36 y ss.

te tendencia jurisprudencial hacia la protección de intereses calificados reconociendo que su sacrificio da lugar a un derecho a indemnización (32). En derecho francés, aunque orientado en otra perspectiva, se ha abierto paso igualmente el criterio de que la Administración debe indemnizar la lesión de «intereses legítimos» no constituídos en derechos formales (33). Es, sin duda, a estas direcciones más progresivas a las que apunta la fórmula del artículo 1.º de nuestra Ley, que ha querido impedir una congelación del sistema alrededor de los límites estrictos que resultarían de una alusión única al sacrificio de derechos perfectos. Esta alusión a los intereses legítimos debe entenderse, en conclusión, como un «concepto válvula» cuya modulación se confía a la prudencia de los Tribunales. Quiere decirse que no todos los llamados «intereses legítimos» en otras aplicaciones tendrán cabida en la hipótesis de la Ley; intereses legítimos a los efectos de esta Ley (construcción necesaria, que se remite a la jurisprudencia) serán sólo aquellos sumamente calificados cuyo sacrificio imponga la consecuencia de una indemnización (34). Sólo en este caso en lo que ahora nos interesa, estaremos en presencia de una expropiación en el sentido de la Ley.

En cuanto a si se comprenden o no en la amplia delimitación del objeto de la expropiación las prestaciones positivas de hacer parece que habrá que concluir negativamente. La fórmula del artículo 1.º habla de «privaciones» de la propiedad o de derechos

(32) FORSTHOFF: *Ibidem*, 270-1.

(33) Vid. CHAPÚS: *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Paris, 1954, págs. 461 y ss. y 478 y ss.; el autor sitúa la consagración de esta tendencia en 1951, en nuestros mismos días, pues.

(34) En la propia Ley se encuentra algún ejemplo de intereses legítimos indemnizables, art. 89. En este supuesto, referido a las expropiaciones que den lugar al traslado de poblaciones, quiebra el principio común (que se examinará más adelante) de que el justiprecio se refiere únicamente al valor objetivo de la cosa expropiada, sin incluir el lucro cesante; el principio es, sin embargo, más claro si se observa que las indemnizaciones que ese precepto establece proceden también en el caso, que ha de ser ordinario, de que las personas afectadas no hayan sido expropiadas de ningún bien real (jornaleros, industriales, etcétera). Los casos de los derechos alemán y francés, aludidos en las notas anteriores son, simplemente, la indemnización al propietario de un terreno por alteración del nivel de la calle alledaña, e indemnización por muerte o invalidez a parientes sin carácter de deudores alimenticios, e incluso a no parientes, como concubinas. Es evidente que esta cuestión ha de plantearse entre nosotros más por vía de responsabilidad por daños que por la de expropiación directa (doble juego del art. 1.º que impone la remisión del art. 121, según veremos), y en este último caso lo normal será que el «interés legítimo» se presente al lado de derechos perfectos, aspirando a elevar la indemnización expropiatoria: por cierto que esta aplicación puede entrar en conflicto con el principio de valor objetivo del justiprecio, que luego se expondrá. Mas seguro parece que pueda ampararse en la fórmula legal el poseedor simple del bien expropiado para pretender una indemnización sustantiva, dada la reiteración del artículo 4, 1.º, de la Ley, que considera partes del expediente expropiatorio, a su iniciativa, no sólo a los titulares de derechos reales y de arrendamientos, sino también a los de «intereses económicos directos sobre la cosa expropiable».

o intereses; privación viene a oponerse claramente a prestación de hacer (35): el efecto final se produce operativamente por la voluntad administrativa, sin que se requiera el concurso del expropiado, como es preciso en el segundo caso. El hecho de que el capítulo VIII del título III de la Ley, al regular las requisas militares, comprenda específicamente las prestaciones personales (artículo 101) no arguye en contra de esta conclusión: se trata de un supuesto singular que no puede entenderse comprendido en la fórmula general del artículo 1.º de la Ley, y que justamente ha requerido esa mención legal expresa para hacerse explícito dentro de la hipótesis concreta que ese capítulo regula.

La última precisión en relación con el objeto de la potestad expropiatoria, tal como es delimitado por la Ley, es si es susceptible de entrar en tal categoría una propiedad de dominio público, duda que se suscita por la expresión legal que habla sólo de «propiedad privada». Esta cuestión no afecta, como se comprende, a los concesionarios demaniales o de bienes públicos; su titularidad es la de un mero derecho real de naturaleza administrativa que está ordinariamente, con unos u otros límites, en el comercio de los hombres, y que, por ende, entra indiferenciadamente dentro de la mención legal de los «derechos» que pueden ser objeto de la expropiación. El problema se suscita únicamente en el caso de que una Administración pretenda apropiarse de bienes públicos pertenecientes a otra. El dogma de la inalienabilidad del dominio público, que no es más que un correlato de su afectación pública, impide aquí la aplicación del instituto de la expropiación, supuesto que no siempre la Administración expropiante podrá disponer el cese de esa afectación, y que, aun en el caso de que contase con tal competencia, ésta requeriría ser ejercida substantivamente. He aquí que el tecnicismo de la Ley reservando la expropiación sólo a la propiedad privada es acertado y parte posiblemente de la intención de excluir de la misma los bienes demaniales. La figura jurídica pertinente para regular los cambios de titularidades sobre estos bienes, que implican ordinariamente cambios de la afectación del dominio, no es, pues, la de la expropiación forzosa, sino la de la *mutación demanial* (36); la Ley que comen-

(35) Puede ser entendida a lo más como prestación obligatoria de dar; es la conocida caracterización de las expropiaciones que ha patrocinado brillantemente en Italia LUCCIFREDI: *Le prestazioni obbligatorie in natura dei privati alla pubblica Amministrazione*, I y II. Padova, 1934-5, especialmente II, págs. 36 y ss. y *passim*; construcción que debe examinarse con cautela evidente (la sigue, entre nosotros, GARCÍA OVIEDO: *Derecho Administrativo*, 4.ª ed., I, págs. 229 y ss.) y que por nuestra parte no compartimos, como se precisa en el texto, y más adelante, especialmente al tratar de la naturaleza del acuerdo amigable (texto correspondiente a la nota 118). Cfr. las precisiones críticas sobre la tesis de LUCCIFREDI que hace CARUGNO: *L'expropriazione per pubblica utilità*, 3.ª ed., Milano, 1950, págs. 14-23.

(36) Vid. WALINE: *Les mutations domaniales. Etude des rapports des Administrations publiques à l'occasion de leurs domaines publics respectifs*, Paris, 1925, págs. 173 y ss.; HAURIOU: *Précis*, cit., págs. 795 y 797 y ss.; VILLAR PALASI: *Concesiones administrativas*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, IV, págs.

tamos es aquí inaplicable. Distinto, naturalmente, sería el caso de que las propiedades demaniales de que se tratase fuesen previamente desafectadas de su destino público, pues tal desafectación las tornaría en simples propiedades privadas (art. 341 del Código civil) susceptibles en tal carácter de entrar en el régimen común (37).

4. Causa

a) La causa que legitima el ejercicio de la potestad expropiatoria está específicamente tasada en la Ley, como ocurre en la generalidad de los derechos. Esta causa puede ser, o bien la utilidad pública o bien el interés social (art. 1.º), y su presencia específica en el supuesto particular de que se trate debe ser declarada de un modo formal preventivamente (art. 9.º). Es ésta la primera gran garantía que ofrece la institución de la expropiación para su puesta en marcha, garantía que se extrema en nuestro derecho por la circunstancia de que ese pronunciamiento de que la causa existe es materia ordinariamente reservada a una ley, y no a la decisión administrativa, como más adelante hemos de precisar.

La inclusión del «interés social» al lado de la «utilidad pública» entre las causas legitimadoras de la expropiación es aquí la gran novedad de la Ley, novedad que claramente procede del artículo 32 del Fuero de los Españoles que la Ley aplica y desarrolla. Hasta este momento la precisión del Fuero había dado lugar expresamente a dos modalidades de expropiación: una, la regulada por la Ley de 27 de abril de 1946 («expropiación por interés social»), que preveía el caso de «cuando para la resolución de un problema social de carácter no circunstancial se estime necesaria la expropiación de una finca rústica» (art. 1.º) y cuya aplicación se reservaba al Instituto Nacional de Colonización; otra, la establecida por el Decreto-ley de 19 de noviembre de 1948 («por utilidad social») para la ejecución de proyectos de importancia so-

724 y ss.; MARTÍNEZ USEROS: *Imprudencia de servidumbres sobre el dominio público en Estudios dedicados al Prof. García Oviedo*, cit., pág. 161; BAUDRY: *L'expropriation pour cause d'utilité publique*, 3.ª ed., París, 1953, pág. 9; CARUGNO: *L'expropriazione*, cit., págs. 48 y ss.; CAETANO: *Manual de Derecho Administrativo*, 3.ª ed., Coimbra, 1951, pág. 621; WILKIN: *Op. cit.*, págs. 15-16. En contra RODRÍGUEZ MORO: *La expropiación forzosa*, Bilbao, 1953, págs. 72 y sigs.

(37) Sobre el régimen de la desafectación de bienes públicos pueden verse las referencias contenidas en mi trabajo *Sobre la imprescriptibilidad del dominio público*, incluido ahora en el libro *Dos estudios sobre la usucapción en Derecho administrativo*, Madrid, 1955. En este concepto de dominios desafectados debe integrarse el supuesto de expropiación de grandes zonas por colonización u obras públicas en que por ley se viene a delegar en las Administraciones expropiantes la facultad de afectación y desafectación de los bienes públicos comprendidos en tales zonas. Cfr. base 27 de la Ley de 26 de diciembre de 1939, art. 2.º, c), del Decreto de 5 de julio de 1944 y arts. 2.º, a); 4.º f); 8.º, 19, 20 y 21 de la Ley de 21 de abril de 1949. En tal sentido habla el art. 96 de la Ley que comentamos de expropiación de los bienes municipales de la corporación «desaparecida como consecuencia de las obras determinantes del traslado de población». Cfr. GIACCIARDI: *Il demanio*, Padova, 1934, págs. 369 y ss.

cial para construir viviendas de renta reducida. La Ley que comentamos generaliza el supuesto, haciendo de este modo normal, dentro de la amplia extensión común de la potestad expropiatoria de la Administración, tal como la vamos describiendo, la operatividad de esta causa formal de expropiación.

Para comprender el alcance de esta innovación debe recordarse la limitación que el concepto de «utilidad pública», como única causa legitimadora de la expropiación, implicaba en el sistema tradicional. Es cierto que nuestras Constituciones del siglo XIX, hasta la de 1876, empleaban, según vimos, una fórmula más inespecífica, la de «utilidad común», capaz en principio de comprender todas las determinaciones. Sin embargo, la Ley de 1836, que rigió durante este período, concretaba el supuesto en el concepto de «utilidad pública», que al ser recogido por la Constitución de 1876 pasa a la Ley de 1879 que hasta ahora ha regido la expropiación, dominando por ende la totalidad de nuestra historia legislativa. El concepto de «utilidad pública» procede de los primeros textos revolucionarios franceses, según vimos (38), y aunque es evidente que podía haber comprendido en sus términos todo motivo de preeminencia del interés público, es un hecho que concretó su significación en el sentido restrictivo de «utilidad directa para la Administración en cuanto personificación del interés público», utilidad inmediata, específica e infungible para el desarrollo de una empresa administrativa (39). La «utilidad pública» se vino así a confundir con «obra pública», o con obra de los concesionarios privados que no sería pública por razón subjetiva, aunque sí en un sentido objetivo y sustancial. Es el concepto que recoge literalmente el artículo 2.º de la Ley de 1879: «Serán *obras de utilidad pública* las que tengan por objeto directo proporcionar al Estado, a una o más provincias, o a uno o más pueblos, cualesquiera usos o mejoras que cedan en bien general, ya sean ejecutadas por cuenta del Estado, ya por Compañías o Empresas particulares debidamente autorizadas.» En análogo sentido la Ley general de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, artículos 114 y siguientes.

La limitación de tal concepto implicaba correlativamente una limitación objetiva del campo de la expropiación a los bienes inmuebles, que por su carácter de infungibilidad y permanencia eran

(38) El concepto de «utilidad pública» significó ya una ampliación sobre el de «necesidad pública» que con una intención más restrictiva utilizó, según vimos, la Declaración de 1789. Incluso otros textos revolucionarios utilizaron la expresión de «absoluta necesidad pública». Sobre la raíz política del concepto vid. BELIN: *L'idée d'utilité sociale et la Révolution française*, I, París, 1939.

(39) El concepto de necesidad para «una empresa determinada de utilidad pública», entendido el término empresa en sentido dinámico, y reduciendo la utilidad pública a la personificación administrativa, es el tradicional del Derecho alemán y expresa, acertadamente, la limitación del concepto («eines, den öffentlichen Nutzen dienendes Unternehmen»). Cfr. FORSTHOFF: *Lehrbuch*, cit., pág. 262; W. JELLINEK: *Verwaltungsrecht*, 3.ª ed., Berlín, 1931, pág. 402.

los únicos de los que podía predicarse su necesidad específica respecto de las empresas administrativas, ya que en cuanto a los muebles precisos para la gestión pública, supuesto su carácter fungible o genérico ordinario, su adquisición quedaba confiada a los medios voluntarios de la contratación (40).

El desbordamiento de límite tan estricto no ha sido ciertamente obra de la Ley que comentamos, y ni siquiera del artículo 32 del Fuero de los Españoles. La realidad administrativa llevada de su propia dialéctica había precedido, como en tantas ocasiones, a la formulación constitucional. La admisión de una expropiación de muebles, por ejemplo, consagrada legislativamente (legislación de patrimonio artístico, de propiedad industrial, sanitaria, etc.), no cabía ya dentro de aquella estricta justificación. Igualmente todos los casos de expropiación en beneficio de particulares, que casuísticamente han ido apareciendo entrado ya nuestro siglo (41) y que constituyeron acaso la más flagrante transgresión de la concepción tradicional. Los autores llamados a calificar tal situación se inclinaron, o bien a formalizar el concepto de utilidad pública, abstraéndolo de aquella su específica concreción a las obras públicas, o bien a hablar expresamente del surgimiento como causa nueva de expropiación, al lado de la clásica, de un verdadero interés social, nacional o general (42).

La Constitución republicana de 1931 sustituyó, según vimos, el concepto de utilidad pública por el de «utilidad social» con expresa intención de consagrar y generalizar esta tendencia. El Fuero de 1945 ha seguido la vía de respetar la antigua concreción de la utilidad pública, pero erigiendo al lado de esta causa formal otra nueva y más amplia, el «interés social», que instrumenta en definitiva el principio general de subordinación de toda propiedad al bien común que el propio Fuero, así como también el Fuero del Trabajo, según vimos, consagra como norma fundamental del Estado.

(40) Cfr. FORSTHOFF: *Ibidem*, pág. 257.

(41) FERNÁNDEZ DE VELASCO citaba, cuando estaba todavía vigente la Constitución de 1876 (*Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración*, II, 2.ª ed., 1931, págs. 267-8 y 281), los siguientes casos de expropiación en beneficio de particulares: para ferrocarriles de servicio particular (no de servicio público, pues), los casos de expropiación sanción a los propietarios de terrenos incultos o de bienes ocultados a la Hacienda; la expropiación a favor de industrias privadas y, finalmente, la que tiene lugar para la construcción de casas baratas, incluso la llevada a cabo por particulares. La extensión posterior de estos supuestos es más notoria. La hipótesis acaso más característica es la de la Ley de Solares de 15 de mayo de 1945, anterior también al Fuero de los Españoles.

(42) PIERNAS: *La expropiación forzosa*, Madrid, 1908, págs. 5 y ss.; ALVAREZ GENDÍN: *Expropiación forzosa*, Madrid, 1928, pág. 36; FERNÁNDEZ DE VELASCO: *Op. cit.*, pág. 267; GARCÍA OVIEDO: *El concepto moderno de expropiación forzosa por causa de utilidad pública*, Madrid, 1927; MARTÍN RETORTILLO: *Nuevas Orientaciones de la expropiación*, Madrid, 1928, pág. 194; RODRÍGUEZ MORO: *La expropiación forzosa*, cit., págs. 92 y ss., y, en general, todos los autores de obras generales.

«Interés social» es, pues, en este sentido cualquier forma de interés prevalente al individual del propietario según ese principio general. El adjetivo «social», sustituyendo al anterior «público», es certeramente expresivo de la evolución de la institución expropiatoria en el sentido que más atrás notamos: es la sociedad directamente la que se beneficia de, y a la cual revierte, esa actividad expropiatoria, así como en el sistema de la «utilidad pública» este papel era ocupado por un ente público, sin que existiera intención alguna de conformar el orden social. Se hace así patente de qué forma las nuevas técnicas expropiatorias están presididas por una radical transformación de los fines administrativos.

La Ley que comentamos renuncia a ofrecernos un concepto formal del «interés social», así como a delimitar exactamente su campo de aplicación respecto del paralelo de la «utilidad pública». Lo primero se justifica fácilmente en la propia intención que la fórmula «interés social» cumple, según hemos visto, y que pugnaría con un nuevo encerramiento estricto, aunque fuese más amplio que el tradicional, del campo de la expropiación forzosa. Lo segundo, la falta de delimitación entre la utilidad pública y el interés social, se ampara en la correlativa falta de diferenciación de sus efectos respectivos. Utilidad pública e interés social son dos causas posibles de la expropiación, pero ambas se confunden en sus consecuencias en definitiva: dar paso al ejercicio de una idéntica potestad expropiatoria. A través de algunas aplicaciones concretas (por ejemplo, arts. 10 y 71 y ss.) se comprende que la Ley entiende la utilidad pública en el sentido tradicional, en tanto que reserva la causa de interés social a las expropiaciones con una intención conformadora más extensa (43). Una caracterización formal más estricta no sería tampoco posible, pues así como la causa de utilidad pública favorece estrictamente a Administraciones públicas o a concesionarios de las mismas, el interés social favorece a particulares ordinariamente, pero cabe que se interponga también como beneficiario inmediato una Administración; en tal hipótesis, nada excepcional por cierto (es hoy general en la Ley de 27 de abril de 1946, y lo prevé la propia Ley que comentamos en el caso de un «interés social» más incuestionable, arts. 73 y 75), la diferencia entre una y otra calificación se pierde en la esfera de las intenciones finales (44).

b) La *causa expropiandi* (45) ha de precisarse específicamente

(43) FORSTHOFF ha intentado caracterizar en el plano jurídico la actividad administrativa de conformación y correlativamente unos *gestaltenden Verwaltungsakten*. Op. cit., págs. 55 y 173.

(44) En análogo sentido GONZÁLEZ PÉREZ: *La utilidad pública y el interés social en la nueva Ley de Expropiación Forzosa*. «Revista crítica de Derecho inmobiliario», 1955, págs. 257 y ss.

(45) Últimamente GARRIDO FALLA: *Los motivos de impugnación del acto administrativo*. («Revista de Administración Pública», 17, 1955, págs. 11 y ss.) pretende distinguir el fin de los actos administrativos, y aplica en concreto esta distinción a la actividad expropiatoria indicando que el fin es la utilidad pública o el interés social en tanto que la causa sería «la efectiva nece-

en cada expropiación singular, y predicarse, no de la privación en sí, sino justamente del destino posterior a que tras la privación expropiatoria ha de afectarse el bien que se expropia. Lo expresa así, con todo rigor, el artículo 9.º de la Ley: «Para proceder a la expropiación forzosa será indispensable la previa declaración de *utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado*». Esto es fundamental para comprender el mecanismo expropiatorio, y su alcance estrictamente objetivo. La expropiación está siempre en función de una transformación posterior de los bienes objeto de la misma, que no es preciso que sea material (obras, típicamente), que incluso puede bastar simplemente con que sea jurídica (sustitución de un propietario por otro), pero que debe responder a un plan de ordenación para cuya efectividad resulte un obstáculo el estado de cosas que la expropiación se encarga de remover. En virtud de este carácter la expropiación forzosa se nos presenta como un instrumento, y no como un fin, como un elemento dentro de una operación global de poder público que la supera y trasciende. Esto justifica también que la *causa expropriandi* así especificada se inserte en el fenómeno expropiatorio de un modo permanente, y no sólo en el momento previo de autorizar o abrir el ejercicio de la potestad de expropiar. Toda la expropiación queda vinculada al destino invocado como causa expropiatoria. El beneficiario queda gravado con la carga de realizar ese destino, y de esta realización pende en definitiva la validez de la expropiación misma, en cuanto que su incumplimiento inviste al sujeto expropiado de un derecho de retrocesión, reempción o reversión sobre el bien expropiado (arts. 54 y 55), que puede construirse, como más adelante hemos de precisar, como la actuación de un motivo de invalidez sucesiva en virtud del propio juego de la causa. En alguna ocasión la carga de cumplir la afectación causal se refuerza aún más revistiéndose como un deber exigible por la Administración al beneficiario, cuyo incumplimiento, sin perjuicio de los efectos ordinarios, es incluso sancionable por medios penales (art. 74).

5. *Contenido.*

El contenido de la potestad expropiatoria está enunciado en el artículo 1.º de la Ley de manera bastante explícita: se concreta siempre en una «privación singular» de la propiedad o de los derechos e intereses que son su objeto, «acordada imperativamente»,

sidad que la Administración tiene de un bien particular» (págs. 51-52, nota). Sin entrar en el tema general que el autor plantea (su posición recuerda la de la distinción civilista francesa entre causa de la obligación—*cur debetur*—y causa del contrato—licitud del fin perseguido—, que traslada al Derecho público. DUGUIT: *Traité de Droit Constitutionnel*, I, 3.ª ed., 1927, pág. 387), bástenos ahora decir que a nuestro juicio en la materia expropiatoria tal distinción no es necesaria y puede quizá confundir; por relación a una expropiación concreta se trata claramente de dos aspectos del mismo fenómeno. En la exposición que sigue—escrita antes de conocer la tesis de GARRIDO—se subraya esta unidad del fenómeno.

y esta privación puede revestir cualquiera de las modalidades que en el mismo precepto se enumeran: «Venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio». Estamos en presencia de una fórmula de la máxima importancia dentro del sistema de la Ley.

Ya indicamos cómo la expropiación clásica limitaba su contenido a la enajenación plena o transmisiva de los bienes inmuebles que eran su único objeto. Esto no obstante, la misma Ley de 1879 preveía una forma expropiatoria distinta, y en tal sentido anómala dentro del sistema, la «ocupación temporal» con ocasión de confección de proyectos y de ejecución de obras públicas, que regulaba su Título III. Al margen de la legislación general quedaban las requisas militares, navales, de orden público, la militarización de empresas, que constituían con normalidad hipótesis de privación de contenidos parciales de la propiedad distinta de la transmisión definitiva. Estas medidas especiales de privación coactiva se generalizaron más adelante por la legislación administrativa de todo orden, constituyendo una de las facetas de mayor interés, y también menos estudiadas, dentro del tema que nos ocupa. He aquí unos cuantos tipos espigados de nuestra legislación en vigor, que ofrecemos sin ánimo de agotar su catálogo:

— La privación puede consistir en la destrucción pura y simple de la cosa, sin que se produzca su adquisición por la Administración (Instrucción general de Sanidad de 12 de enero de 1904, hoy Ley de 24 de noviembre de 1944, base única del título preliminar; Ley de 18 de diciembre de 1914, artículo 2.º, Reglamento de 26 de septiembre de 1933, artículos 87 y siguientes, hoy Ley de Epizootias de 20 de diciembre de 1952 y Reglamento de 4 de febrero de 1955, artículos 146 y siguientes; Ley de Puertos de 19 de enero de 1928, artículo 47).

— Tampoco se produce la adquisición por la Administración cuando la carga singular se traduce en una mera cesación de ejercicio de una empresa, típicamente la creación de monopolios legales (Ley de Presupuestos de 30 de junio de 1892, artículo 21, para cerillas; Real Decreto-ley de 28 de junio de 1927, para petróleos).

— El «arrendamiento forzoso», en el sentido en que aquí se trata, como carga expropiatoria, está regulado explícitamente en la legislación de colonización (Ley de 26 de diciembre de 1939, base 22; Ley de 23 de febrero de 1940, artículo 4.º; Orden de 6 de junio de 1940, artículo 11; Orden de 30 de diciembre de 1941; Ley de 16 de julio de 1949, artículos 2.º, 3.º y 4.º; Decreto de 27 de enero de 1950, artículos 2.º y 17) y en otros aspectos de la ordenación de la agricultura, como fines de almacenamiento de cosechas (Decreto-ley de 23 de agosto de 1937, artículo 18, Reglamento de 6 de octubre de 1937, artículo 145; Decreto de 13 de marzo de 1953, artículo 23; Orden de 19 de noviembre de 1953,

artículo 92; Decreto-ley de 10 de agosto de 1954, artículo 10; Decreto de 3 de junio de 1955, artículo 22).

— La legislación sobre repoblación forestal habilita sobre los terrenos privados y a favor de la Administración una «entrega para administración y repoblación forzosa», «expropiación del vuelo» o «consorcio obligatorio» (Ley de 10 de marzo de 1941, artículo 16; Reglamento de 30 de mayo de 1941, artículos 71 y siguientes; Ley de 19 de diciembre de 1951, artículo 4.º; Ley de 7 de abril de 1952, artículo 10).

— Se impone la «prestación forzosa» de máquinas y ganado de labor para los trabajos agrícolas (Ley de 5 de noviembre de 1940, artículos 5.º a 8.º).

— En la legislación de patrimonio artístico y arqueológico se encuentra la figura de la «excavación forzosa» sobre terrenos privados (Ley de 7 de julio de 1911, artículo 4.º; Reglamento de 1 de marzo de 1912, artículo 8.º).

— La «incautación» o «intervención forzosa» de empresas o industrias amenazadas de suspensión o simplemente mal explotadas (Ley de 1 de septiembre de 1939; Ley de 24 de noviembre de 1939, artículo 4.º, apartados e), f), o); Decreto de 4 de noviembre de 1948).

— Más conocida es la figura de la movilización y militarización de industrias (Ley de 29 de junio de 1918, base 6.ª, d); Real Decreto de 21 de junio de 1920; Real Decreto de 30 de junio de 1920; Ley de 5 de julio de 1935; Decreto de 28 de noviembre de 1942; Ley de 12 de diciembre de 1942; Decreto de 10 de febrero de 1943, etc.).

— En la legislación de minas se prevé ya tradicionalmente la ocupación forzosa de los fundos, sin transmisión de propiedad, para la explotación de rocas (hoy Ley de 19 de julio de 1944, artículo 6.º), para la investigación de minerales (ídem, artículo 18; Reglamento de 9 de agosto de 1946, artículos 70 y siguientes) y para la explotación de concesiones (Ley, artículo 40, párrafo segundo; Reglamento, artículos 134, párrafo tercero, y siguientes).

— El Instituto Nacional de Industria cuenta con la facultad de imponer a las empresas privadas «la obligación de ampliación del capital con la participación mayoritaria del Instituto» (Ley de 25 de septiembre de 1941, artículo 7.º; Reglamento de 22 de enero de 1942, artículo 10).

— Por último, muchos de los casos incluidos en la equívoca figura de las llamadas «servidumbres administrativas» deben considerarse sin duda dentro del género que nos ocupa; así, para citar un ejemplo, el de la llamada «servidumbre forzosa de paso de energía» que regula la Ley de 23 de marzo de 1900 y el Reglamento de 27 de marzo de 1919.

— Etcétera, etc.

Todas estas figuras, de diversa configuración y contenido, quedan ahora englobadas en el concepto legal de expropiación, según

la fórmula del artículo 1.º de la Ley que comentamos. Ante la misma, y dada su amplitud, debemos precisar ineludiblemente dos grandes cuestiones: cuál resulta ser el verdadero *criterium* de la expropiación en el régimen que esta Ley inaugura y determinación del alcance de las formas expropiatorias especiales.

a) *Criterium de la expropiación.*—1) Por de pronto, el tecnicismo legal de «privación» («privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos») nos ofrece un apoyo de primer orden en la búsqueda de un *criterium* unitario de la expropiación, tal como en la nueva Ley está regulada. «Privación» supone un ataque (*Eingriff, emprise*) y una sustracción positiva de una integridad patrimonial, de cuya consideración se parte. La «privación», por eso, adviene *ad extra*, es, en el genuino sentido de la expresión, un *despojo* (término de filiación etimológica común con «expropiación») y se opone así al concepto de «limitación», que es un límite inmanente e intrínseco a la propiedad y a todos los derechos. «La propiedad—dice el artículo 348 del Código civil—es el derecho de gozar y disponer de una cosa, *sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.*» Dijimos más atrás que la expropiación forzosa significaba un límite de la propiedad, y esto debe entenderse globalmente, en cuanto a su simple existencia institucional. En la perspectiva singular de cada propiedad expropiada la expropiación no es un límite, sino una privación pura y simple, un ataque exterior en virtud de fundamentos substantivos, distintos de los que sostienen internamente su propio contenido limitado (46).

Al decir privación *singular*, como hace la Ley (47), se avanza más en la precisión del concepto. La limitación, en cuanto se refiere intrínsecamente al contenido objetivo del derecho, es general, abstracción hecha de las situaciones concretas en que ese derecho pueda encontrarse; es adventicia al derecho y, por tanto, participa de su mismo carácter objetivo. La noción de «privación» que apuntamos en el párrafo anterior se perfila notablemente observando que es un fenómeno «singular» y concreto, en cierta manera accidental respecto al régimen interno del derecho expropiado; si la carga fuese general, acompañaría a todos los derechos y, por ende, se haría consubstancial a los mismos, sería una verdadera

(46) Cfr. ZANOBINI: *Corso di Diritto amministrativo*, IV, 2.ª ed., 1945, pág. 185-86. El intento de parte de nuestra doctrina de construir la expropiación como «limitación» de la facultad de disposición o limitación en orden a la sustitución del contenido económico de la propiedad, etc., si plausible en poner de relieve ciertos aspectos de la institución, no resiste dogmáticamente un análisis atento.

(47) El concepto de «privación singular» es tradicional desde el *ius commune* medieval como base de la indemnización expropiatoria. Así, por ejemplo, CASTALDI decía: «Generaliter factum per viam legis... tunc restauratio non requiritur»; en el mismo sentido BARTOLO, DECTO, JASON DE MAINO, etc. Vid. NICOLINI: *La proprietà*, cit., págs. 265 y ss.

«limitación» en el sentido dicho. El ejemplo de los «arrendamientos forzosos» es claramente expresivo. Es evidente que tras de la voluntaria iniciación, hoy todos los arrendamientos rústicos y urbanos son forzosos (en cuanto a la duración, en cuanto a la renta, etcétera); se trata de limitaciones generales que afectan a tales tipos de propiedad abstractamente. Para poder tipificar un «arrendamiento forzoso» como medida expropiatoria, tal como lo hace la legislación especial que hemos citado (aunque incorrectamente, como veremos), tenemos que contar con una privación nueva sobre ese régimen común, y una privación que afecte sólo a singulares propietarios, específicamente. Sin embargo, como criterio único, el concepto de privación singular no es suficiente. Esta insuficiencia ha sido puesta de relieve en el derecho alemán, que viene trabajando sobre el principio general de la «indemnización de derecho público» análogo en su amplitud al que formula ahora la nueva Ley española. La «Einzelakt Theorie», patrocinada durante largo tiempo por la doctrina y por la jurisprudencia, ha sido abandonada (48), pues ¿dónde acaba lo singular y comienza lo general?, ¿cuántos granos componen un montón?, podría repetirse como en la aporía clásica. Si lo sustancial del criterio no es la extensión del daño (especial, general), sino su calificación (desigual, igual), es preciso acudir directamente a estos criterios materiales no necesariamente identificados con aquella proposición cuantitativa.

Es de notar que, supuesto lo que notaremos más adelante sobre el papel de la ley en el ejercicio de la potestad expropiatoria, la cuestión no puede tampoco venir resuelta por el rango formal o por la apariencia normativa o no del acto que dispone el despojo.

Por otra parte, no sólo la extensión, también el grado y la índole de la privación deben determinar si el ataque merece o no la calificación de expropiatorio.

La Ley permite una indagación posterior. Aunque expresamente parece acoger la tesis de la privación singular, hay en ella datos, sin embargo, que autorizan un intento de ulterior precisión. La tipificación de un beneficiario en toda expropiación, como ya avanzamos más atrás, y según lo establecido en el artículo 2.º, nos aporta un criterio diferencial que debe destacarse. Un beneficiario supone un beneficio. La privación de utilidades positivas que el acto expropiatorio implica para el afectado debe traducirse, pues, paralelamente en un beneficio para alguien, bien mediante la atribución directa e inmediata de aquellas utilidades (enriquecimiento, *lucrum emergens*), supuesto normal, y antaño referido en la condición tónica de la adquisición de la propiedad expropiada, bien mediante la cesación o elucidación de una situación dañosa (*damnum cessans*, enriquecimiento negativo) (49). Este dato es fundamental, hasta el punto que ha podido entenderse que él sólo

(48) FORSTHOFF: *Lehrbuch*, cit., págs. 263-4; STOEDTER: *Oeffentlich-rechtliche Entschädigung*, cit., pág. 190.

(49) NÚÑEZ LAGOS: Op. cit., págs. 17 y ss. y 113 y ss.

determina el régimen de la institución en cuanto se concreta en el surgimiento de un deber de indemnizar (50). Donde no hay enriquecimiento, positivo o negativo, a favor de un beneficiario, o de la suma de beneficiarios que eventualmente la Administración personifica, no hay expropiación, sino actos de policía que no dan lugar a indemnización. La concentración parcelaria, en que la transferencia coactiva se hace en beneficio de los propios afectados, no implica tampoco por este mismo motivo expropiación (51).

Así, todos los casos en que la ejecución forzosa mediante actividad de sustitución a costa y riesgo del obligado implica la ocupación forzosa de inmuebles (por ejemplo, y como contrapartida de algunos de los casos de expropiaciones especiales enumeradas más atrás: ocupación y explotación forzosa de montes privados por la Administración para lograr el reintegro de anticipos, Ley de 24 de junio de 1908, artículo 5.º; Reglamento de 8 de octubre de 1909, artículo 45; ocupación forzosa de montes privados para tratarlos técnicamente contra las plagas del campo por omisión del dueño, Ley de 20 de diciembre de 1952, artículo 6.º, etc.) son supuestos en que indudablemente se produce un despojo o privación singular, pero que, sin embargo, al no dar ocasión a un enriquecimiento para nadie, no permiten ser calificados de expropiaciones, con la consecuencia cardinal de que no hacen surgir un deber de indemnización.

En cualquier caso, si es evidente que este criterio es preciso en el caso del enriquecimiento positivo o *lucrum emergens*, también lo es que el otro supuesto del *damnum cessans* o enriquecimiento indirecto participa de una notable imprecisión en muchas de sus aplicaciones. Por eso, un perfecto complemento de este criterio es el que resulta de la perspectiva inversa, de contemplar en lugar del beneficio final el sacrificio actual para el expropiado. Esta es justamente la tesis que priva en el derecho alemán, que es expresa en el principio ya secular del «sacrificio especial», o, más constructivamente y en fórmula más reciente, del «sacrificio no exigible». La «Aufopferungstheorie», en su versión nueva como «Zu-

(50) La aplicación del principio de enriquecimiento sin causa («no teniendo su causa en una operación jurídica distinta del ejercicio del poder de requisición») para fundamentar el deber de la Administración de indemnizar expropiaciones, requisiciones y, en general, todos los llamados daños legítimos, está ya en HAURIQU: *Précis*, cit., págs. 340 y ss. La teoría romana de la *condictio indebiti* jugó también dentro de la construcción del Fisco para justificar en estas hipótesis el deber de restitución pecuniaria. Vid. nota 52. Cfr. FLEINER: *Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. esp., Barcelona, 1933, págs. 236-237; ROSENZWEIG, en «Juristische Blätter», 1950, 3, págs. 49 y ss.

(51) BALLARIN: *Introducción al estudio de la ley de concentración parcelaria*, en «Revista de Estudios Agto-Sociales», 4, 1953, págs. 80 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ: *La concentración parcelaria*, en «Anuario de Derecho civil», VI, 1953, pág. 136; PUGLIATI: *La ricomposizione delle proprietà frammentate secondo le nuove norme sulla bonifica integrale*, recogido en el volumen *La proprietà nel nuovo Diritto*, Milano, 1954, págs. 93 y ss. en que se aplica su concepto de la «transferencia coactiva»; vid. *infra*, nota 56.

mutbarkeitstheorie» (52) considera que existe expropiación siempre que una persona o un sector de personas individualmente determinado es objeto de una carga que por su gravedad y extensión implican un sacrificio no exigible. La nota de la inexigibilidad se refiere naturalmente al contenido patrimonial y excluye sin más del supuesto los fenómenos tributarios y fiscales, así como los casos de ejecución forzosa a que más atrás nos referíamos. La fórmula remite también inevitablemente a la gravedad y extensión del despojo, supuesta la condición ordinaria de súbditos que afecta a los sujetos expropiados. Finalmente, el principio se reconduce a la idea cardinal de la igualdad ante los beneficios y ante las cargas públicas, tradicionalmente puesto en relación con estas cuestiones, y que al tratar del tema de la responsabilidad hemos de examinar críticamente; la generalización de la carga o sacrificio individual se opera a través de la indemnización cuyos fondos proceden (en el supuesto normal de la Administración-beneficiario) del reparto general tributario que nutre la caja pública.

2) Al decir la Ley que comentamos que la privación de que se trata ha de ser «acordada imperativamente», nos ofrece un nuevo matiz del concepto legal de expropiación.

Ha de tratarse de una privación deliberada y querida, producto, por consiguiente, de un acto administrativo declaratorio, más explícitamente de un negocio jurídico, caracterizable típicamente entre los negocios de gravamen o que tienden a la restricción de la esfera de derechos del destinatario. A extramuros de la expropiación quedan entonces todos los supuestos de daños producidos por hechos jurídicos o aun por actos jurídicos no específicamente expropiatorios, indirectamente, que caen dentro de la teoría de la responsabilidad civil de la Administración.

Se entiende, en segundo lugar, que el acuerdo imperativo determinante del despojo ha de proceder de la Administración, precisión que, por lo que más adelante diremos, se cumple cuando parece contenerse directamente en un acto legislativo formal, pero que excluye del régimen legal las llamadas expropiaciones procesales (53) en cuanto son acordadas por el juez. Igualmente debe entenderse que el «acuerdo imperativo» de la privación ha de proceder de la llamada supremacía general de la Administración, no de cualquiera de sus supremacías especiales o instrumentadas en virtud de títulos jurídicos determinados: situaciones de empleo público, concesiones, contratos, reservas de revocación, etcé-

(52) FORSTHOFF: Op. cit., pág. 204; STOEDTER: *Über der Enteignungsbegriff*, en «Die Oeffentliche Verwaltung», 1953, págs. 97 y ss. y 137 y ss.; VON TUREGG: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 2.ª ed., Berlin, 1954, págs. 166 y ss. Para los orígenes de la teoría del «sacrificio especial» dentro de la concepción tradicional del Fisco; MAYER: *Le Droit administratif allemand*, ed. fr., I, Paris, 1903, pág. 61.

(53) LOIS ESTÉVEZ: *Teoría de la expropiación procesal*, en «Revista de Derecho Privado», 1948, págs. 1098 y ss.

tera (54), pues en estas tales situaciones los sacrificios singulares, al comprenderse desde relaciones jurídicas ya constituidas, siguen un régimen propio y aparejan consecuencias también particulares en función de tales relaciones (55).

3) Así enunciado positivamente el contenido de la expropiación, la Ley excluye a continuación determinados supuestos en que podía ser dudosa la calificación precedente, concretamente las llamadas «ventas forzosas reguladas por la legislación especial sobre abastecimientos, comercio exterior y divisas». La naturaleza de estas ventas forzosas, generalizadas en todos los países en las recientes circunstancias extraordinarias, ha sido un tema cuestionadísimo, en el que la exclusión expresa de la Ley nos releva de entrar (56). Es evidente que por «legislación sobre abastecimientos», en el sentido de la Ley, habrá que entender toda la legislación reguladora del mercado, se refiera o no a los abastos en sentido estricto; precisión necesaria porque si el tecnicismo fuese referido a los alimentos, o a la competencia orgánica de la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes, quedarían fuera de la exclusión legal todas las ventas forzosas de los productos r.o alimenticios cuya regulación económica está atribuida a organismos distintos de esa Comisaría (productos industriales, minerales, forestales, agrícolas no alimenticios, etc.), lo que ciertamente no está en la intención de la Ley.

Dentro de esos límites positivos y negativos la Ley ha determinado el nuevo contenido de la expropiación: cuantas medidas de cualquier clase contengan los elementos examinados son expropiaciones en sentido legal. Quedan, pues, sin valor ante la nueva Ley las discutidas distinciones entre expropiación y requisa (salvo lo ya indicado sobre prestaciones personales, y lo que más adelante precisaremos), expropiación y ocupación temporal, etc., sobre las cuales, por lo demás, la doctrina no era ni mucho menos unánime (57). Una concepción de tal amplitud la encontramos úni-

(54) Sobre el concepto de «supremacía especial», alumbrado por los juristas germánicos, vid., con amplia bibliografía, la reciente monografía de OFFIDANI: *Studi sul ordinamento giuridico speciale. Il concetto della supremazia speciale nella evoluzione della dottrina*. Torino, 1953.

(55) En contra, GARRIDO FALLA: *La teoría de la indemnización en Derecho público*, en *Estudios dedicados al Prof. Gascón y Marín*, Madrid, 1952, pág. 430. Más adelante se expone con mayor detención cómo estos llamados «daños legítimos» caen dentro de la teoría de la responsabilidad.

(56) Vid. VILLAR PALASI: *Justo precio y transferencias coactivas*. «Revista de Administración Pública», 18, 1955, págs. 11 y ss.; LÓPEZ RODÓ: *Intervencionismo administrativo en materia de subsistencias*, «Información Jurídica», octubre 1944, págs. 16 y ss. Sobre el tema es clásico el estudio de PUGLIATI: *Teoria dei trasferimenti coattivi*, en «Anali Messina», V, 1931, en el que el concepto de «transferencia coactiva» se formaliza independizándolo del de expropiación forzosa que es sólo una de sus aplicaciones; vid. *supra*, nota 51.

(57) Vid. entre nosotros últimamente, RODRÍGUEZ MORO: Op. cit., págs. 27 y ss.; MESA-MOLES SEGURA: *De la adquisición por causa de utilidad pública*, en *Estudios dedicados al Prof. Gascón y Marín*, cit., págs. 557 y ss. El tema ha sido especialmente debatido entre la doctrina italiana: CARUGNO: Op. cit.,

caamente en el derecho alemán, donde por necesidades técnicas, derivadas especialmente de las fórmulas constitucionales de Weimar, reiteradas en la actual Ley fundamental de Bonn, se ha concluido jurisprudencialmente, con amplio respaldo doctrinal, por formular un concepto formal de expropiación en análogos términos (58), de tal modo, que ha succionado gran parte del extenso contenido reservado a la clásica institución de la «indemnización de derecho público» (59).

b) *Las formas expropiatorias especiales o no plenas.*—La teoría genérica de la «privación singular», tal como acaba de precisarse, y la expresa mención enunciativa del artículo 1.º de la Ley, integra dentro del régimen legal, como ya se ha observado, no sólo las expropiaciones de enajenación plena, sino también aquellas otras que permiten una continuación de la titularidad dominical en el propietario expropiado, y que consisten en la privación de facultades parciales de goce y disposición. El precepto legal enumera en concreto las siguientes formas de expropiación parcial: permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal y cesación de ejercicio.

1) El sistema a que responde esta enumeración de la Ley parece que habría que explicarlo así: las expropiaciones o son definitivas, y en tal caso implicarían «venta» o «permuta», o no lo son, y entonces serán, o bien ocupaciones definitivas, hipótesis que admitirá una caracterización de «censo», o bien transitorias—«ocupación temporal»—, o bien, por último, «mera cesación de ejercicio»; queda sin lugar dentro de este sistema lo que la Ley llama «arrendamiento forzoso» (60), capaz de entrar dentro de la figura genérica de la «ocupación temporal», y cuya mención responde acaso a la intención de integrar una figura legislativa llamada precisa-

págs. 65 y ss.: ZANOBINI: Op. cit., págs. 235 y ss.; LUCIFREDI: Op. cit., págs. 213 y ss., 340 y ss.; LANDI: *La requisizione civile*, Milano, 1938; GIANNINI: *Ablazioni, requisizioni, occupazioni, d'urgenza*, en «Stato e diritto», IV, 1942, todos con más bibliografía; WILKIN: Op. cit., págs. 16 y ss., etc.

(58) Por todos FORSTHOFF: Op. cit., págs. 257 y ss.; se buscaba concretamente el apoyo constitucional de la garantía de la propiedad; declarando expropiación a toda intervención en el mundo de los bienes que debiese aparejar indemnización se procuró la conexión con la norma constitucional que establecía preceptivamente tal indemnización (pág. 258). Este autor distingue únicamente entre «confiscación», medida dirigida directamente contra la persona, y la «expropiación», que se dirige sobre las cosas sin acepción de personas.

(59) FORSTHOFF: Op. cit., pág. 267; STOEDTER: Op. cit., pág. 237 y ss.; GARRIDO FALLA: *La teoría de la indemnización en Derecho público*, cit., páginas 411 y ss.

(60) Esta expresión es incorrecta, pues, primero, ni en su origen una expropiación puede calificarse como un contrato, ya que es un acto de poder, ni mucho menos podría justificarse aquí esa licencia por referencia al efecto final de la expropiación que no es un efecto arrendaticio, es decir, obligacional, ni regido por las normas de esta institución; toda ocupación definitiva o temporal producto de una expropiación constituye inequívocamente un verdadero derecho real con la generalidad de «consecuencias dimanadas de esta calificación. Cfr. *supra*, nota 58.

mente así, según vimos. Pues bien, debe decirse que este supuesto sistema falla en su probable intento de comprender todos los supuestos de «privaciones singulares». En primer lugar, no es exacto que expropiación plena se equipare a expropiación transmisiva: la expropiación para destruir la cosa, de la que hemos referido algunos ejemplos, no necesita explicarse interponiendo una convencional adquisición previa por el expropiante. En segundo lugar, tampoco es admisible la reducción de toda ocupación definitiva a la figura del censo; ocupación definitiva es o puede serlo una servidumbre, cuya creación por vía expropiatoria es incuestionable (61), y a uno de cuyos ejemplos positivos nos hemos referido ya. En tercer lugar, cabe una expropiación parcial con fines de destrucción que no es posible comprender como «cesación de ejercicio» ni mucho menos como ocupación definitiva o temporal; otras expropiaciones de uso, como la ya referida de maquinaria agrícola y animales de labor, no ligadas necesariamente a la imposición de prestaciones personales, tampoco permiten un encaje en los términos de esa sistemática. Finalmente, y sobre todo, es menester recapitular que no son las cosas los únicos objetos posibles de la expropiación, sino también cualquier género de derechos e intereses patrimoniales legítimos, objetos respecto de los cuales todas las figuras expropiatorias parciales que enumera la Ley carecen de sentido; véase como ejemplo la imposibilidad de catalogar entre ellas la forma expropiatoria sobre empresas de capital privado y a favor del INI, que reseñamos más atrás.

El contraste entre la fórmula general de la Ley, que intenta formalizar el concepto de expropiación asignándole un contenido genérico, en el sentido que hemos ya estudiado, y las posibilidades limitadas y circunscritas de formas expropiatorias que resultan de la enumeración que la propia Ley contiene, debe ser resuelto a favor del primer término, fórmula general, interpretando, pues, esa enumeración particular sin alcance limitativo y exhaustivo, como simples ejemplos posibles. La formas expropiatorias son, por tanto, en nuestro derecho *numerus apertus*.

2) La única referencia que, aparte esa enumeración, contiene la Ley de todas esas formas expropiatorias no plenas o especiales es la de los artículos 83, 108, 118 y 119. Esta referencia es evidentemente incompleta, y vemos en ello quizá la mayor imperfección de la Ley. Únicamente está prevista la regulación de aquellas formas expropiatorias que se traducen en ocupaciones temporales, y aun de ellas (aparte de la tradicional ocupación por obras o proyectos) sólo aquellas contadas cuya causa está en lo que el tecnicismo de la Ley llama «interés social por incumplimiento de la función social de la propiedad» (art. 108); quedan aparte la ocupación para excavaciones arqueológicas (art. 83) y la intervención forzosa de empresas a que se refiere el artículo 119 con refe-

(61) Cfr. CARUGNO: Op. cit., págs. 65 y ss.

rencia implícita a la Ley de 1 de septiembre de 1939, a que ya nos referimos. Puede entenderse que la intención de la Ley ha sido remitir al procedimiento general de expropiación la imposición de todas las cargas expropiatorias especiales distintas de las tres que regula. Pero esto permite deducir fácilmente que la Ley ha fracasado en su intento de ofrecer un cauce y unas garantías generales a toda actividad expropiatoria de cualquier tipo, pues es evidente que la generalidad de las expropiaciones especiales, como resulta de un simple repaso de la lista enunciativa que más atrás hemos ofrecido, no podrán acomodarse al complejo procedimiento general, que es un procedimiento pensado sobre el supuesto tipo de la transmisión plena de cosas inmuebles; con ello quedará toda esta importante actividad expropiatoria al margen de la Ley. Acaso el Reglamento ejecutivo de ésta pueda rellenar de algún modo este gran vacío. Bastaría acaso con que, reconociéndose la autonomía de procedimiento para la imposición de estas cargas expropiatorias según su legislación especial, se habilitase una opción a favor de las partes para acogerse al sistema general de justiprecio definitivo que la Ley señala, así como la aplicación en cualquier caso de las garantías jurisdiccionales que establece su título V.

Por lo demás, la regulación de estas formas expropiatorias especiales en el caso del «incumplimiento de la función social de la propiedad», a que la Ley se contrae, no está hecha acaso con la debida claridad. El artículo 118 afirma que «si la ocupación... implicase para el propietario la pérdida temporal de los beneficios que la propiedad ocupada sea susceptible de producir la Administración deberá abonarle una renta». Es claro que no quedan deslindados con precisión los supuestos de la expropiación forzosa y de la ejecución forzosa. La ejecución forzosa puede implicar una pérdida de disfrute efectiva, según dijimos, y esto no obstante, no sólo la Administración no debe indemnización, sino que el propio ejecutado debe abonar las costas de la ejecución («a costa y riesgo») (62), porque no se trata de un verdadero «sacrificio», sino de imponer la eficacia de una obligación preexistente. La confusión está en la Ley latente, si se recuerda que el artículo 108 se refiere el supuesto justamente al caso de incumplimiento de obligaciones legales según el artículo 72, con lo que la casi generalidad de casos previsibles caerán del lado de la ejecución y no del de la expropiación. Sólo la aplicación del *criterium* general de la Ley, saltando sobre el del artículo 118, puede salvar este escollo. La piedra de toque ha de ser aquí, según se dijo más atrás, la existencia o no de un efectivo «sacrificio» o, en la inversa perspectiva, de un plus de beneficio positivo y concreto en favor de persona distinta del expropiado (63).

(62) MAYER: Op. cit., II, págs. 122 y ss.

(63) En el caso de los llamados «consorcios obligatorios» forestales que gravan al propietario de un monte que desatiende la obligación específica de repoblación, según la legislación que se ha citado más atrás en el texto, se trata

3) La alusión a la permuta como expropiación especial en la enumeración del artículo 1.º no está luego desarrollada en la Ley. Por el contrario, el artículo 48, 2, formula un principio general contradictorio de la admisión de la permuta al establecer que «el pago se verificará precisamente en dinero». Ni siquiera esta regla quiebra en el caso de «la expropiación que dé lugar a traslado de poblaciones», ya que *in concreto* este traslado es voluntario (artículo 54), y no se prevé tampoco para los que pidan trasladarse una afección forzosa del precio expropiatorio para la adquisición de propiedades en el nuevo poblado (art. 96).

La permuta es propiamente una forma de pago. En este sentido la permuta no suele imponerse sino reservarse como una opción del expropiado. Así el mismo artículo 48 citado acepta que las partes de la expropiación puedan convenir otra forma de pago distinta de la dineraria. En legislación especial suele encontrarse la figura de la permuta en análogo sentido: por ejemplo, permuta de acciones por obligaciones en las expropiaciones de empresas previstas por la Ley y el Reglamento del INI, ya citados, que queda condicionada expresamente a la aceptación de los expropiados.

Sin embargo, la permuta forzosa, y no facultativa, ha sido también regulada en nuestro derecho y es aún derecho aplicable: el Decreto de 23 de septiembre de 1939, sobre adopción por el Jefe del Estado de localidades destruidas por la guerra (posteriormente se ha aplicado fuera de este supuesto: catástrofes de Santander y Cádiz, zona de las Urdes) autoriza al Estado para imponer en las expropiaciones «la obligación de aceptar como compensación de los antiguos solares otros de valor equivalente situados en la nueva parcelación», así como la afección de la expropiación en dinero a la reconstrucción inmediata (art. 6.º). En estos casos extraordinarios de permuta forzosa puede decirse que la operación expropiatoria extiende su radio, y desde la privación del expropiado en función del posterior destino del objeto de la expropiación, como hemos establecido, alcanza a determinar la suerte posterior de la indemnización expropiatoria, a la que por ende se somete también, y no sólo a la cosa expropiada, a las exigencias de una función social determinada. Es este criterio, y no el de las facilidades de pago para la Administración, el único que puede justificar esta institución de la permuta forzosa o de la afección de la indemnización expropiatoria a una cierta inversión o actividad (64).

de efectivas expropiaciones porque la Administración no se limita a ejecutar a costa del propietario la obligación de repoblación desatendida, sino que le priva de la propiedad de «vuelo» del monte futuro, que es atribuida ordinariamente al Patrimonio Forestal del Estado. Hay, pues, un plus sobre la obligación anterior, plus que es lo que constituye justamente el hecho expropiatorio. El mero cumplimiento de las obligaciones, aun por el sistema de ejecución forzosa, que evidentemente producirá ordinariamente pérdidas al ejecutado, no es nunca una privación, ni, por ende, tampoco, contra el criterio que enuncia el artículo 118, una expropiación.

(64) FORSTHOFF: Op. cit., pág. 267, justifica la indemnización en especie

6. Ejercicio de la potestad expropiatoria.

Hemos estudiado hasta ahora la naturaleza, los sujetos, el objeto, la causa y el contenido de la potestad expropiatoria. Todos los elementos inmanentes de esta potestad quedan analizados y el resultado global arroja la constitución de un poder verdaderamente extenso. La Ley de 16 de diciembre de 1954 ha construído, en efecto, una potestad expropiatoria de una amplitud y de un vigor notables, tanto que no ha de ser extraño que suscite una cierta inquietud, y hasta acaso un posible temor. Para atajar esta impresión peyorativa urge notar que la potestad expropiatoria tan ampliamente concebida en la Ley está luego rigurosamente condicionada en su ejercicio de la forma más eficaz y más solemne.

a) *La interposición de ley formal y su carácter.* — 1) Con acierto la nueva Ley ha desglosado del procedimiento expropiatorio, donde la Ley de 1879 la incluía como una fase más, la declaración de utilidad pública o interés social para elevarla a verdadero presupuesto de la expropiación (cap. I del título II) (65). Lo fundamental de este presupuesto y toda su significación reside en la circunstancia de que su producción se concibe como materia reservada a una ley formal, es decir, como una competencia legislativa y no administrativa. El ejercicio de la potestad expropiatoria queda así condicionada a esa previa *auctoritatis interpositio* de la ley, que abre el campo concreto donde la expropiación puede ser ejercitada.

Es conocida la significación que en el Derecho Constitucional liberal tenía el concepto de «materia reservada a la ley», y en especial dentro de esta reserva los dos grandes contenidos de la libertad y la propiedad (66). Es en virtud de esta concepción como la expropiación, en cuanto ataque frontal a la propiedad, es catalogada entre las materias reservadas, incluso como la cifra de las mismas (67).

En nuestro derecho este principio no ha tenido nunca una aplicación plena. La Ley de 1836 exigía que la declaración de utilidad pública se hiciese por ley sólo cuando la obra de que se tratase fuese a financiarse mediante una contribución específica, remitiéndose en otro caso tal competencia a una simple Real Orden (art. 3.º). Hay que tener en cuenta para juzgar sistema tan abierto que esta Ley parte del esquema político del Estatuto Real, eminentemente realista, y que por ende no se avenía fácilmente a aceptar un con-

en razones de política económica, por ejemplo, el mantenimiento de industrias agrícolas.

(65) Se hubiera resaltado más esta intención si este capítulo se hubiese situado fuera del Título II de la Ley, cuyo epígrafe aúde ya al procedimiento.

(66) CARL SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, trad. esp., Madrid, s. d., págs. 170 y ss.

(67) *Ibidem*, págs. 176 y ss. También del mismo autor: *Unabhängigkeit der Richter, Gewährleistung des Privateigentums, Gleichheit vor dem Gesetz*, Berlin, 1926.

dicionamiento del ejecutivo por las Cámaras; por otra parte, la financiación de obras públicas mediante contribuciones específicas para cada obra era a la sazón un medio normal, que perdura hasta que la reforma fiscal de MON en 1845 acertó a establecer el sistema financiero de unidad de la Hacienda e impuestos generales. En todo caso esta facilidad para declarar la utilidad pública legitimadora de la expropiación perdura tras la superación de esas dos circunstancias, hasta la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877. Es esta Ley la que, dentro de la depuración del sistema administrativo que lleva a cabo la Restauración, establece por vez primera en nuestro Derecho un sistema más restrictivo y más organizado que apunta en definitiva al criterio formal de las «materias reservadas».

El sistema pasa íntegro a la Ley de Expropiación forzosa de 1879. Se entiende que la declaración de utilidad pública es competencia ordinaria de una ley formal, pero se establecen excepciones que en definitiva quiebran el principio en su aplicación práctica: pues es «el juicio del Gobierno» (art. 116 de la Ley de Obras Públicas, art. 10 de la de Expropiación) el que decide si por la falta de importancia de las obras es suficiente que esa declaración sea formulada reglamentariamente; la segunda excepción se refiere a obras no costeadas o auxiliadas con fondos generales, precisión que remite a aquéllas a cargo de las Administraciones locales o de concesionarios, y en las cuales la competencia para declarar utilidad pública se atribuye al Gobernador civil. Pero es el criterio de eximir en ciertos casos del requisito de declaración de la utilidad pública lo que tiene una significación más destacada; se prevé esta exención para aquellas obras aprobadas por Ley; bien a través de planes generales, bien específicamente (art. 114 de la Ley de Obras Públicas y art. 11 de la de Expropiación forzosa), extendiéndose finalmente esta exención a todas las expropiaciones previstas en leyes generales sobre la materia a que hagan referencia (art. 11 de la Ley de Expropiación: «se exceptúan de la formalidad de la declaración de utilidad pública... toda obra, cualquiera que sea su clase, cuya ejecución... estuviere designada en las leyes especiales de ferrocarriles, carreteras, aguas y puertos dictadas o que se dicten en lo sucesivo»). Esta última aplicación, aun concibiéndose como una excepción singular, ha transmutado en rigor todo el sistema a que respondía el principio de las «materias reservadas»; de la expropiación «en virtud de una ley» se ha pasado a aceptarla «en aplicación de una ley», «en base de una ley» (68).

La nueva Ley de Expropiación de 16 de diciembre de 1954 ha aceptado el sistema a que apuntan estos precedentes, recogiéndolo más explícitamente, a la vez que extremando las consecuencias de rigor y de orden derivadas del mismo. Puede parecer sorprendente

(68) SCHMITT: *Teoría*, cit., pág. 177.

que una Ley advenida bajo el signo de una generalización de la institución expropiatoria haya extremado las garantías de su ejercicio, constituyendo en esta dirección la Ley más rigurosa y restrictiva entre todas las que han existido en nuestro derecho, pero esto es un hecho que admite fácil comprobación. Parece evidente que ello no puede ser debido a una restauración de las ideas latentes bajo el principio de las «materias reservadas», dado además que en nuestro ordenamiento la libertad y la propiedad, como en la formulación liberal, no constituyen «materias reservadas» a la ley (69).

El sistema adoptado por la Ley que comentamos es simple de exponer. El principio general lo establece el artículo 9.º afirmando que «para proceder a la expropiación forzosa será indispensable la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado». Esta declaración compete de modo ordinario a una ley formal, pero es ahora cuando cobra todo su sentido la distinción «en base a una ley», pues es, como dice exactamente el artículo 9.º, el fin a que se afecte el bien expropiado y no la expropiación en concreto lo que debe ser objeto de la calificación. La ley puede declarar específicamente tal calificación (arts. 11, 12 y 13), pero basta con que lo haga de modo genérico, o por categorías de obras, servicios o fines. En este último caso, que ha de ser el normal, se exige como principio un acto de reconocimiento expreso de que la hipótesis particular de que se trata está comprendida en la declaración genérica de la Ley, y la competencia para acordar este acto se atribuye como regla al Consejo de Ministros (arts. 10, 12 y 13). Únicamente cuando se trate de expropiar bienes inmuebles y la causa sea concretamente la de utilidad pública (no, pues, la de «interés social», art. 13) se acepta una excepción de ese sistema general admitiéndose, o bien que la competencia para dictar el acto singular de reconocimiento pertenezca a autoridad inferior al Consejo de Ministros, o bien, incluso, que pueda prescindirse de tal acto singular por entenderse implícita la concurrencia del presupuesto de utilidad pública, precisiones las dos que por su excepcionalidad deberán constar en las leyes (formales) que regulen tales supuestos específicos; por de pronto se prejuzga ya, recogiendo el precedente exacto, que esta

(69) Las únicas «materias reservadas» a la ley formal en nuestro ordenamiento constitucional son las tributarias conforme al artículo 9 del Fuero de los Españoles y las que como competencia del Pleno de las Cortes enumera el artículo 10 de la Ley de 17 de julio de 1942, la mayoría de ellas no fácilmente formalizables. El artículo 12, al definir la competencia de las Comisiones de las Cortes, omite el principio esencial que de hecho nace la exigencia de leyes formales: la congelación del rango, tal como resulta del derecho positivo de cada momento, dada la imposibilidad de derogar o alterar una ley existente con normas reglamentarias; la frecuencia del fenómeno de normas de «degradación», («deslegalización») o de «elevación del rango» formal en la regulación de una materia atestigua concluyentemente ese principio. La Comisión especial prevista en ese mismo artículo 12 no parece que haya funcionado de hecho.

exención alcanza a las obras comprendidas en los Planes Generales del Estado, Provincia y Municipio (art. 10).

El sistema de la Ley es plausible. La reserva de la calificación de la utilidad pública o interés social a una ley formal está justificada. No se trata ya de rendir un tributo extemporáneo al criterio histórico que alumbró esta exigencia. Obsérvese que no es que atribuya a una ley la efectividad de la expropiación, sino, como ya hemos resaltado y con todo rigor afirma el artículo 9.º, la calificación como prevalente *del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado*. El modo normal de tal calificación ha de ser genérico, por categorías de obras, servicios, utilizaciones, como ya hemos visto. La calificación de aquellos fines prevalentes sobre la propiedad privada o derechos patrimoniales que imponen su claudicación como derechos, o, lo que es lo mismo, la posibilidad de su expropiación, equivale a una jerarquización constitutiva del orden social, a una configuración radical de su funcionalismo, que, en primer lugar, exige ser definida y estable, y, luego, por su decisiva transcendencia, debe indudablemente integrarse entre la competencia reservada a los pronunciamientos estatales más solemnes. Esto adquiere extraordinariamente más relieve desde el momento en que la expropiación transforma su sentido desde ser el medio de solventar el conflicto entre la propiedad privada y la exigencia concreta de una empresa administrativa, a ser, como la nueva Ley entiende, un instrumento generalizado de conformación del mundo social de los bienes. He aquí las razones que justifican plenamente la definición de esta materia como competencia de la ley, y que correlativamente la apartan de la posibilidad de someterla al simple oportunismo. Es ésta también la justificación de que en ausencia de aquellas calificaciones genéricas se imponga la necesidad de una ley específica para cada caso, pues lo que quiere subrayarse es que el evento de sufrir una expropiación sobre los propios bienes no pueda quedar al arbitrio discrecional de los órganos administrativos.

Es evidente, según la caracterización que acaba de hacerse, que la *auctoritatis interpositio* de la ley juega un papel de simple presupuesto para el ejercicio de la potestad expropiatoria. La Ley define, ordinariamente de un modo genérico, el campo reservado a la expropiación, marca las grandes líneas jerarquizadoras del orden social de los bienes, para cuya aplicación y ejecución concretas se moviliza el instituto expropiatorio. Por esta razón la ley no constituye una fase del procedimiento de expropiación, ni la necesidad formal de su precedencia, aunque específica, significa que la potestad expropiatoria deje de estar atribuida a la Administración en cuanto tal. Esto se manifiesta con vigor observando que la circunstancia de que haya sido formulada una declaración legal de utilidad pública o interés social no obliga en modo alguno a la Administración a proceder *in concreto* a las expropiaciones correspondientes. Dentro del marco genérico que la ley delimita, y sólo la

ley, como propio de la institución, la Administración ejercita discrecionalmente su potestad expropiatoria (70).

2) Cobra entonces relieve una observación que caracteriza globalmente todo el sistema montado por la Ley que se comenta: este sistema viene a ser en rigor un vasto intento de ofrecer un cauce unitario y formal a toda la actividad expropiatoria presente y futura. La generosa amplitud con que la Ley ha definido todos los elementos integradores de la amplia potestad expropiatoria que construye no tiene otro significado inmediato que intentar comprender cuantas formas expropiatorias puedan ser concebidas por el legislador a fin de que todas ellas se sometan a un sistema común de procedimiento y garantías, que es el que la propia Ley ofrece. Quiere decirse que la Ley no prejuzga aplicaciones específicas de la expropiación, salvo alguna alusión a supuestos concretos. Han de ser leyes particulares las que llenen de contenido este amplio sistema formal. Contra lo que una observación superficial podría dejar suponer, la Ley de 16 de diciembre de 1954 no ha ampliado un ápice las posibilidades particulares de expropiación que se ofrecían ya en nuestro derecho.

El campo reservado a esas leyes particulares es precisamente el de calificar la existencia de causas operantes de la expropiación, es decir, la declaración genérica o específica de utilidad pública o interés social, y eventualmente el de las formas expropiatorias (totales, parciales) procedentes tal como ha quedado expuesto más atrás. Para poner un ejemplo: no conocemos ninguna aplicación en nuestro derecho del censo forzoso como medida expropiatoria, y esto no obstante el artículo 1.º de la nueva Ley lo aúde explícitamente; tal alusión no presenta otra significación inmediata que la de una previsión de una futura ley que justamente pueda determinar una aplicación específica del censo como medida expropiatoria (71). En el caso de la llamada en la Ley «expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad» es aún más claro que la determinación del campo concreto a que la expropiación pueda afectar queda reservada a leyes de calificación material (arts. 71 y 72) (72); y que se trata simplemente, aparte de en-

(70) Sentencias de 21 de abril de 1890, 20 de marzo de 1895, 31 de diciembre de 1949, referidas a la declaración administrativa de utilidad pública de un proyecto concreto. BAUDRY: Op. cit., pág. 24.

(71) Así, por ejemplo, como *superficie forzosa* dentro de la política urbanística. Cfr. JERÓNIMO GONZÁLEZ: *El derecho real de superficie*, en *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, II, Madrid, 1948, págs. 264 y ss. La utilización del censo reservativo como instrumento de reforma agraria es también conocida; aunque no con carácter expropiatorio, está prevista por nuestra Ley de Colonización y Repoblación interior de 30 de agosto de 1907.

(72) La mención que el artículo 72 hace de que la declaración «de que un determinado bien o categoría de bienes deben sufrir determinadas transformaciones o ser utilizados de manera específica» puede ser realizada «por Ley o por Decreto acordado en Consejo de Ministros», no debe inducir a la conclusión de que en este supuesto expropiatorio quiebra el principio de interposición de ley formal al permitirse alternativamente que el papel de ésta sea cumplido por un

global supuestos ya existentes, de ofrecer un procedimiento al legislador que arriesgue aquellas calificaciones.

La nueva Ley ofrece al legislador, por consiguiente, un auxilio precioso. Es de esperar que lo utilice en efecto en el sentido que la Ley pretende, evitándose que toda nueva ley de extensión de la potestad expropiatoria, como ha venido ocurriendo hasta la fecha, deba montar por sí misma todo un procedimiento particular de expropiación y un sistema de garantías—o de ausencia de las mismas—también propio. Aparte de esta función instrumental la nueva Ley condicionará también de un modo eficiente—y aquí cabe ya ser más optimista—toda la legislación particular que pretenda establecer medidas expropiatorias sin arrostrar claramente este concepto y sus consecuencias esenciales; la fórmula general del artículo 1.º de la Ley calificará todos los supuestos futuros y les impondrá por de pronto un rango formal en cuanto a su procedencia, según lo que acabamos de exponer, y la consecuencia de la indemnización de que esa fórmula general se beneficia por la referencia que contiene al artículo 32 del Fuero de los Españoles, del que se declara explicitación y desarrollo.

He aquí, y contra todas las apariencias, que la amplitud de la cláusula general de la Ley en cuanto define la expropiación y su extensión ha de revertir en servicio inmediato de la garantía de los administrados.

b) *El procedimiento expropiatorio*.—El ejercicio de la potestad de expropiar, una vez que la Ley ha abierto su campo específico de actuación, está luego sometido a un procedimiento riguroso y estricto que condiciona su legitimidad: la expropiación es un negocio formal. El procedimiento expropiatorio está todo él concebido en función de la garantía del sujeto expropiado (73), y esto justifica que se consagre formalmente como un derecho de este sujeto, según estudiaremos más adelante.

La Ley distingue un procedimiento general (Título II) y procedimientos especiales (Título III). El procedimiento general se desarrolla a través de tres fases sucesivas: declaración de la necesidad de ocupación de los bienes o de adquisición de derechos, determinación del justo precio y pago. Al fin de este procedimiento y cumplida su última fase, el efecto expropiatorio se produce, y no hasta entonces, habilitándose la toma de posesión final.

simple Decreto. Se trata de una redacción equivocada que debe interpretarse conforme al principio general del artículo 13 sobre declaración del interés social como causa expropiatoria: «Mediante ley en cada caso, a no ser que ésta u otra Ley hayan autorizado la expropiación para una categoría especial de bienes, en cuyo supuesto bastará el acuerdo del Consejo de Ministros.» El Decreto, pues, no sustituye, sino que justamente aplica en particular la Ley general preexistente.

(73) Cfr. S. ROYO VILLANOVA: *El procedimiento administrativo como garantía jurídica*, en «Revista de Estudios Políticos», 48, 1949, págs. 55 y ss.

Sobre este tema trataremos más adelante, al considerar la naturaleza de la indemnización expropiatoria.

Los procedimientos especiales se tipifican en la Ley según distintos criterios: por la extensión del objeto expropiado («expropiación por zonas o grupos de bienes»), por razón del sujeto («por entidades locales»), por los efectos colectivos que se deriven («expropiación que dé lugar a traslado de poblaciones»), y más frecuentemente por motivo de la causa especial determinante («por incumplimiento de la función social de la propiedad», «de bienes de valor artístico, histórico y arqueológico», «por razón de urbanismo», «por causa de obras públicas», «por razones de defensa nacional y seguridad del Estado»). Fuera del Título que comprende los procedimientos especiales se regula la «ocupación temporal» (Título IV, capítulo I), que no es más que una forma expropiatoria especial por razón de su contenido, como ya sabemos. Estos procedimientos especiales no son nunca completos, sino de ordinario simples particularidades sobre el procedimiento general, al que por ende suponen como directamente aplicable en cuanto no esté exceptuado por ellos.

c) *Ejercicio en estado de necesidad.*—La presencia de un estado de necesidad inmediato exime al ejercicio de la potestad expropiatoria de los requisitos y procedimiento que de ordinario le afectan. En tal situación, y por las razones propias de la misma (*necessitas suprema lex esto*) (74), la potestad expropiatoria es actuada por la Administración en régimen de discrecionalidad casi absoluta. Es a tal hipótesis de expropiación sin procedimiento formal a la que corresponde propiamente el concepto de requisita (que es el que la Ley utiliza expresamente en los dos casos comprendidos en ella) (75), aunque, como hemos notado más atrás, este concepto carece en el nuevo régimen legal de la significación con que teóricamente suele presentarse, como concepto distinto y aun contradictorio con el de expropiación, dado que el concepto de expropiación es genérico en el nuevo sistema y comprende toda especificación posible por el objeto, por la causa, por el contenido o por el procedimiento.

La Ley regula concretamente dos supuestos típicos de ejercicio de la potestad de expropiar en estado de necesidad: requisas

(74) MAYER: Op. cit., II, págs. 146 y 68; S. ROMANO: *Sui decreti-legge e lo stato di assedio*, etc., recogido en *Scritti minori*, I, Milano, 1950, págs. 287 y 88.; PERASI: *Necessità e stato di necessità nella storia dogmatica della produzione giuridica*, en «Rivista di Diritto pubblico», 1917, I, págs. 269 y 68.; TRAVERSA: *Lo stato di necessità nel diritto pubblico moderno*, Napoli, 1916; BIELSA: *El estado de necesidad con particular referencia al derecho constitucional y al Derecho administrativo*, Rosario, 1940.

(75) LANDI: *La requisizione civile*, cit., págs. 12-14; LUCIFREDI: Op. cit., págs. 152 y 213; PUGLIATI: *Transferimenti*, cit., pág. 89; ROMANO: *Principi di diritto amministrativo*, 3.^a ed., Milano, 1912, pág. 573. Específicamente en el estado de necesidad, SABATINI-BIAMONTI: *Commento alle leggi sulla espropriazione per pubblica utilità*, II, 3.^a ed., Torino, 1917, pág. 481.

militares y requisas civiles. La requisita militar está regulada, conforme a su tradición propia, por la Sección 2.ª del Capítulo VIII del Título III. La requisita civil, que se refiere a los supuestos de orden público y grandes calamidades (epidemias, inundaciones («u otras calamidades»)), en el artículo 120. Lo peculiar de la institución conforme a los principios indicados, es que la expropiación:

1.º Puede extenderse a cuantos bienes y derechos se juzguen en el acto precisos para atender la situación de emergencia («todo cuanto sirva directa o indirectamente a los fines militares», dice el artículo 101; «hubieren de adoptarse por las autoridades civiles medidas que implicasen destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos particulares», el artículo 120), sin precisión, por consiguiente, de que una ley previa lo autorice específicamente.

2.º Se actualiza sin guardar procedimiento formal alguno, mediante intimaciones inmediatas y aun sin ellas, concretándose en despojos instantáneos o no precedidos de formas rituales, que realizan ordinariamente agentes ejecutivos y no autoridades («sin las formalidades que para los diversos tipos de expropiación exige esta Ley», dice el artículo 120, y está implícito en toda la regulación de las requisas militares).

3.º La expropiación no es precedida, por consiguiente, conforme a la regla general, por la evaluación y pago de la indemnización; y

4.º Por lo mismo la requisita, una vez producida, viene a confundirse en sus efectos con la institución de la responsabilidad civil, pues la indemnización se tasa y paga posteriormente a la producción del acto expropiatorio y se concreta en una indemnización por daños ocasionados («toda prestación de requisita da derecho a una indemnización por el importe del servicio prestado, del valor objetivo de lo requisado o de los daños y desperfectos que por su causa se produzcan», dice el artículo 105 sobre requisas militares; «el particular *dañado* tendrá derecho a indemnización... debiendo iniciarse el expediente a instancia del *perjudicado*» el artículo 120).

Fuera de estos casos extremos la Ley regula un procedimiento de urgencia en el artículo 52, que se concreta únicamente en la excepción del principio del carácter previo del pago de la indemnización expropiatoria y que consideraremos al tratar de la naturaleza de este principio más adelante. ¿Es ésta una requisita propiamente tal? No lo es en el sentido extremo que hemos establecido; en primer lugar, porque la urgencia no es por sí misma constitutiva de un estado de necesidad propiamente tal (76), lo que se manifiesta—y es ya la razón decisiva—en que no habilita la extensa discrecionalidad que hemos visto ser característica de este supuesto. Sin embargo, por las razones que veremos cabe considerar que

(76) Cfr. CLAVERO ARÉVALO: *Ensayo de una teoría de la urgencia en el Derecho administrativo*, en «Revista de Administración Pública», 10, 1953, págs. 50 y siguientes.

en la expropiación urgente se produce una verdadera requisita de uso, pero no sustancial.

¿A quién corresponde la facultad de requisita? En cuanto a las requisas militares, la Ley remite a precisiones reglamentarias (artículo 104), aunque previendo ya la delegación, que ha de ser normal y que puede alcanzar hasta los jefes de unidades mínimas. La autoridad competente para acordar requisas civiles no se determina tampoco en la Ley de Expropiación. Es una facultad que se integra típicamente entre las facultades de la policía general (77) y que en tal sentido corresponde a las autoridades de este carácter, concretamente en nuestro Derecho al Gobernador civil y al Alcalde, según previsión expresa de las leyes de Régimen Local (Ley de 24 de junio de 1955, arts. 264 y 117, *d*) y de Orden Público (Ley de 29 de julio de 1933—adaptada al Fuero de los Españoles por el Decreto de 18 de octubre de 1945—arts. 6, 15, 18, 37), salvo en la hipótesis de estado de guerra, en que estos poderes pasan a la autoridad militar (Ley de Orden Público, art. 58), momento en el cual la requisita civil se confunde con la militar (art. 101 de la Ley de Expropiación).

Un problema específico de las requisas civiles que, aunque no aludido no está tampoco excluido por la Ley, es la posibilidad de atribuir el carácter de beneficiario a personas o entidades particulares que no lo habían solicitado previamente (comp. art. 17), con la consecuencia de una atribución forzosa del deber de indemnización, en una u otra cuantía. Este principio está ya formulado en cuanto a las situaciones comunes de estado de necesidad por el Código penal, artículo 20, regla segunda, y aun en el caso más benigno de la simple gestión oficiosa civil, por el artículo 1.893 del Código civil. Con más consecuencia procede en estas situaciones administrativas, dado que la Administración es gestor exclusivo, y no facultativo como en esas hipótesis, de la seguridad y del orden públicos en función de las cuales actúa la requisita civil. Esta causa de la intervención debe matizar la posibilidad de determinar beneficiarios singulares a efectos de la indemnización; no lo son todos aquellos que se benefician personalmente de las disposiciones policiales de seguridad, sean cuales sean, sino sólo los que se benefician patrimonialmente y de un modo concreto e inmediato, de las requisas efectuadas sobre otros bienes o derechos, precisamente; pues la seguridad personal es un servicio general a que todo ciudadano tiene derecho, en tanto que el sacrificio de una propiedad particular en beneficio de otra propiedad excede ya del contenido de ese derecho a la seguridad.

Encontramos una aplicación de este criterio en el artículo 56 de la Ley de Aguas, para el caso de inundaciones en el que se establece que la indemnización por los daños de requisita civil «correrá, res-

(77) MAYER: *Loc. últ. cit.*; HAURIOU: *Op. cit.*, págs. 593 y ss.; PETERS: *Lehrbuch der Verwaltungsg.*, Berlín, 1949, págs. 382-3; VIRGA: *La potestà di polizia*, Milano, 1954, págs. 156 y ss.

pectivamente, a cargo del Estado, de los Ayuntamientos o de los particulares, según a quien pertenezcan los objetos amenazados por la inundación y cuya defensa haya ocasionado los daños indemnizables» (78). Es quizá deseable que el futuro Reglamento de la Ley de Expropiación precise este régimen excepcional matizando todos sus aspectos y aceptando un reparto de la carga indemnizatoria que pondere cuidadosamente los distintos intereses en juego, pues a través de la somera exposición precedente se deduce que tampoco cabe como regla, según hace la Ley de Aguas, atribuir la totalidad del beneficio de las medidas de requisa a las propiedades defendidas, dado que normalmente en una u otra cuantía hay también un inmediato beneficio común, visible elementalmente en el beneficio de la seguridad de las personas, y aún más generalmente del orden público, entendido en su acepción clásica del «buen estado de las cosas que a todos interesan» (*guter Stand des Gemeinwesens*) (79), y que es justamente la causa operante de la intervención como genuina intervención pública o administrativa.

III

LA GARANTÍA PATRIMONIAL DE LOS ADMINISTRADOS

A) LA GARANTÍA EN LA EXPROPIACIÓN PROPIAMENTE TAL

1. *Carácter esencial de esta garantía y sus aspectos.*

Como ya hemos tenido ocasión de indicar, toda regulación de la expropiación forzosa es una regulación que apareja consecuencias sustanciales en el orden de la garantía de los particulares. Es justamente este carácter el que configura la institución en sus orígenes, según observamos. Aunque la evolución posterior haya acentuado el aspecto de habilitación o investidura positiva de la potestad de expropiar, instrumentando la institución como un medio de acción ordinaria y generalizada, es evidente que aquel carácter continúa hasta el punto de constituir un rasgo esencial y permanente de la

(78) En la esfera local puede valer como principio general que imponga esta solución en todas las demás hipótesis de calamidades públicas, el artículo 451 de la Ley de Régimen Local, que hace forzosa la exacción de una contribución especial «cuando las obras, instalaciones o servicios ejecutados por el Ayuntamiento beneficiasen especialmente a personas o clases determinadas o se provocaran de un modo especial por las mismas, aunque no existieran aumentos determinados del valor»; formulación plenamente aplicable a la requisa civil, fundada en el orden público, cuyo carácter de servicio municipal a estos efectos acepta el artículo 452; normas de evaluación de beneficio más matizadas que la elemental de la Ley de Aguas que citamos en el texto, en los artículos 454, 455 y 467 de la misma Ley de Régimen Local. Al tratar del tema de la responsabilidad civil expondremos esta doctrina del beneficio o enriquecimiento como causa normal de imputación de responsabilidad.

(79) MAYER: *Op. cit.*, págs. 1-2. La fórmula procede de los antiguos cameralistas y, concretamente, de SECKENDORFF.

figura de la expropiación forzosa, sin el cual estaríamos en presencia de una institución distinta. Esta garantía ínsita en la sustancia misma de la expropiación se extiende en un sentido general, asegurando, con unos u otros contenidos, la integridad patrimonial de los administrados frente a la acción directa del Estado. En concreto, tal garantía resulta:

1.º Del hecho de que la potestad de expropiar es construída legalmente como un poder circunscrito a límites concretos, aunque más o menos extensos, que se funcionalizan específicamente como presupuestos de validez de tal potestad, de modo que sólo dentro de los mismos el ataque al patrimonio privado puede calificarse de poder jurídico; todo el contorno negativo definido por tales límites integra automáticamente una zona protegida, pues al margen de esos límites no existe expropiación, sino «vía de hecho», no un poder jurídico, sino un despojo ilegal contra el cual el ordenamiento reacciona por su propia virtud y eficacia.

2.º Dentro del campo interno que determinan esos límites de la potestad expropiatoria, en el seno del cual la propiedad y los derechos patrimoniales claudican efectivamente, se instrumenta también una importante garantía al marcarse estrictamente un procedimiento de manifestación de aquella potestad, procedimiento que en las grandes líneas de su desarrollo y en cada una de sus fases particulares es elevado a presupuesto de ejercicio de la expropiación, marcándose así de igual modo una zona legítima y otra ilegítima de tal ejercicio, que se refleja también en acciones materiales de garantía.

3.º En la última hipótesis posible de estar dentro de los límites de la potestad expropiatoria y afectado por ella en formas legítimas de ejercicio, la garantía patrimonial se presenta todavía en el efecto jurídico sustancial derivado de aquel ejercicio, que es la indemnización del expropiado; los derechos privados claudican ante la potestad expropiatoria, pero en el lugar de los mismos el titular ve nacer un derecho a la indemnización correspondiente; aun sometido, pues, a la plenitud del efecto expropiatorio, la garantía patrimonial se presenta todavía, pero no ya bajo forma de restitución, sino bajo forma de crédito pecuniario; su objeto se ha convertido jurídicamente desde la integridad *in natura* y específica a la abstracta integridad de contenido económico; en este sentido se viene hablando tradicionalmente de la expropiación como modo de conversión de los derechos.

4.º Por último, consumada la expropiación y guardados en ella esos tres órdenes sucesivos de garantía, aún se tipifica una garantía última reconociendo al expropiado el derecho a recobrar el bien objeto de la expropiación una vez que se ha comprobado que éste no ha sido efectivamente afectado por el beneficiario al fin impuesto por la *causa expropriandi*; aun tratándose ordinariamente de un acto de tracto instantáneo o no sucesivo la expropiación prolonga sus efectos de garantía hasta esa fecha posterior para sancio-

nar definitivamente a través del enérgico efecto de la retrocesión, reempción o reversión, que el bien expropiado cumpla, en efecto, el destino calificado con que la causa de expropiación había justificado ésta.

Estos cuatro círculos sucesivos de garantía patrimonial, y especialmente los tres primeros, son en mayor o menor extensión, como ya se ha dicho, consustanciales con el instituto de la expropiación forzosa. Caben modulaciones de esas garantías e incluso su reducción; hasta es concebible la excepción total de la tercera de ellas en casos aislados como resultado de valoraciones también específicas (privilegio en estricto sentido, aunque odioso, *relaxatio* de la norma común) (80). Sin embargo, si como principio no se producen esos órdenes de garantías, no cabría hablar de expropiación propiamente tal, sino de una institución distinta en esencia. Es el caso histórico del ejercicio incondicionado y absolutista del *ius emimens*, o la hipótesis de la confiscación o de la socialización generalizada en el proceso de instauración de regímenes comunistas, etcétera.

La Ley que comentamos acoge, e incluso potencia notablemente, este marco de garantías estrictas. Paralelamente a la extensión de la potestad expropiatoria, que hemos estudiado más atrás, la nueva Ley se ha preocupado de erigir un correlativo y más eficiente sistema de garantías, cuya trascendencia efectiva es fácil valorar si consideramos la formidable presencia del Estado en la sociedad de nuestros días. Expondremos a continuación sistemáticamente, conforme al orden indicado, el alcance del nuevo régimen legal sobre esta materia.

2. La protección frente a la «*via de hecho*».

«*Vía de hecho*», en el sentido que aquí nos interesa, es todo ataque a la propiedad, derechos e intereses legítimos que provenga de la Administración, y que, implicando en su contenido una verdadera expropiación, en el sentido que hemos estudiado, no se acomode, sin embargo, a los límites definidores de la potestad expropiatoria, o aun dentro de ellos, no se ejercite precisamente por el cauce procedimental que la ley señala, sino solamente «de hecho» (81).

(80) En algunos casos la excepción al principio de indemnización pretende legitimarse en consideraciones que hacen entrar en juego otros principios concurrentes con el de expropiación y que neutralizan sus consecuencias tópicas: restitución de propiedades mal adquiridas, responsabilidades civiles, aplicación del principio de actos propios en cuanto a las declaraciones fiscales del expropiado, recuperación de plusvalías no ganadas, etc., etc.

(81) Sobre el concepto de *via de hecho* (aunque en la jurisprudencia y en la doctrina francesa con mayor extensión), DESGRANGES: *Essai sur la notion de voie de fait en Droit Administratif français*, París, 1937, y allí citados. ADDE, DUFAU: *La voie de fait*, Thèse, París, 1951; MEURISSE: *Teoría de la «via de hecho» administrativa*, en «Revista de Derecho Privado», 1950, págs. 577 y ss. DESGRANGES trata de probar que la doctrina de la «*via de hecho*» procede del «antiguo régimen», págs. 31 y ss. Este concepto de la «*via de hecho*» y su ré-

Vemos ahora que la amplitud de la potestad expropiatoria, tal como es definida por el artículo 1.º de la Ley, reobra eficazmente—y aun preponderantemente, como ya observamos—sobre el plano de la garantía, pues no sólo la propiedad inmueble, sino toda propiedad y todos los derechos patrimoniales, y aun los intereses legítimos, quedan protegidos a través de este concepto de la «vía de hecho», que a la vez integra no sólo los ataques consistentes en una apropiación definitiva, sino también los que sin tal intensidad contengan cualquier género de «privación singular» en el mismo sentido que el artículo 1.º de la Ley señala, y que hemos analizado más atrás. La «vía de hecho», con tal amplitud definida, queda excluida de la legalidad en nuestro derecho, y frente a ella el particular es armado con acciones defensivas generales, que habilitan una garantía de la integridad patrimonial de los súbditos frente al Estado de una eficacia decisiva.

La acción de protección frente a la «vía de hecho» así entendida está expresamente consagrada por los artículos 124 y 125 de la nueva Ley. Negativamente en el 124, que recoge la fórmula tradicional, aunque ampliada ahora en su significación por la extensión dada al concepto de expropiación. Positivamente en el artículo 125, que remite a «los medios legales procedentes» y hace mención explícita de los interdictos de retener y recobrar. Aunque brevemente, el estudio de la «vía de hecho», en la perspectiva que seguimos, fuerza a considerar al menos dos cuestiones: determinación exacta del supuesto y precisión de las acciones procedentes.

a) Evidentemente, el caso más notorio de «vía de hecho», como está aludiendo su misma expresión, es cuando el apoderamiento por la Administración de los derechos patrimoniales privados se efectúa fácticamente, sin mediar declaración expresa ni procedimiento alguno. Es la hipótesis prototípica.

El concepto, desde este núcleo central, es luego extendido a los casos en que incluso mediando una declaración explícita, y aun un procedimiento más o menos aparente, son absolutamente manifiestas las irregularidades de los mismos (82). Así lo indica el citado artículo 125: «Siempre que sin haberse cumplido los requisitos substanciales de declaración pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito, establecidos en esta Ley, la Administración ocupare o intentare ocupar la cosa

gimen particular es todavía objeto de polémica. Cfr. COUZINET: *La réparation des atteintes portées à la propriété privée immobilière par les groupements administratifs*, Paris, 1928, págs. 170 y ss.; DEVOLVE: *Une crise du principe de la réparation des autorités administratives et judiciaires*, en «Conseil d'Etat. Etudes et documents», núm. 4, 1950, págs. 21 y ss.

(82) *Idem* en Derecho francés, DESGRANGES: Op. cit., págs. 97 y 65.; DE LAUBADERE: *Traité élémentaire de Droit Administratif*, Paris, 1953, págs. 324 y ss. HAURIOU llamaba al primer caso «manque de droit» y al segundo «manque de procédures», *Précis*, cit., pág. 27.

objeto de la expropiación.» El concepto adquiere su relieve en cuanto es contrapuesto a la hipótesis de «vicio substancial de forma o violación u omisión de los preceptos establecidos en la presente Ley», a que se refiere el artículo siguiente, para legitimar una simple acción contencioso-administrativa. El supuesto de «incumplimiento de requisitos substanciales» en que el artículo 125 se refiere no comprende, pues, cualquier violación de procedimiento, que están reguladas por el artículo 126, sino precisamente la omisión de uno o varios de los tres concretos requisitos generales que el precepto enumera, a la que deberá de equipararse un aparente cumplimiento de los mismos que merezca la calificación de inexistente o de nulo de pleno derecho, es decir, un cumplimiento con manifiesta y flagrante irregularidad (83). He aquí algunos ejemplos fácilmente imaginables: elusión del requisito de interposición de ley formal, tal como lo hemos estudiado, e intento de suplirlo por simple resolución administrativa, intervención de autoridades con falta absoluta, y no sólo relativa, de competencia, fijación unilateral del justiprecio, al margen del Jurado de expropiación, etc.

En cualquiera de los dos casos («manque de droit», «manque de procédure») es exigida la circunstancia de que la Administración haya pasado al terreno de la ejecución material, o —dada la alusión legal explícita al interdicto de retener— manifieste de modo indubitado, en los términos de los artículos 1.651 y 1.652, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento civil, su propósito de pasar inmediatamente a ese terreno. Es a lo que la expresión «vía de hecho» alude. En cuanto a la intensidad del ataque ha de tratarse de una verdadera *desposesión* formal o virtual («posesión amenazada o perdida», dice expresamente el artículo 125), pero no de un simple daño (84), que tendrá en la Ley, como veremos, sus posibilidades de reacción por el artículo 121 y no por el 125; es decir, esta hipótesis del simple daño nos coloca ante una calificación de

(83) Aplica a este supuesto la categoría dogmática de inexistencia del acto administrativo, DESGRANGES: Op. cit., págs. 97 y ss. VILLAR PALASI ha hecho aplicación, indistintamente, de los conceptos de inexistencia (*Concesiones administrativas*, cit., págs. 708 y ss., especialmente pág. 710) y de nulidad de pleno derecho (*La doctrina del acto confirmatorio*, «Revista de Administración Pública», 8, 1952, págs. 48 y ss., especialmente en cuanto a la «vía de hecho», páginas 53-4), lo que se explica tanto por la excepcionalidad que la doctrina de la nulidad de pleno derecho presenta en el Derecho administrativo como por su equiparación de régimen con los supuestos de inexistencia propiamente tal. Vid. sobre este tema la bibliografía citada por VILLAR y, además, GARRIDO FALLA: *Los motivos de impugnación*, cit. *passim*, y pág. 70-1. FRAGOLA: *L'invalidità degli atti amministrativi*, en «Rivista di Diritto pubblico», 1910, II, págs. 226 y ss.; JEZE: *Les principes généraux du droit administratif*, I, 3.ª ed., París, 1925, págs. 68 y ss.; ALCINDOR: *Des différents espèces de nullités des actes administratifs*, París, 1941; AUBY: *L'inexistence des actes administratifs*, París, 1951; BENDER: *Der nichtige Verwaltungsakten*, en «Deutschen Verwaltungsblatt», 1953, págs. 33 y ss.

(84) Cfr. DE LAUBADERE: Op. cit., págs. 320-1.

responsabilidad civil, pero no de «vía de hecho», con todas las consecuencias de régimen que esto implica, y constituye así el límite del supuesto de que se trata.

Por último, importa precisar, aunque puede ser obvio, que no será «vía de hecho» una intervención de la Administración en el patrimonio de un administrado que se legitime en un título no expropiatorio, capaz de producir la «presunción de legitimidad» de que normalmente se benefician sus actos (85), por ejemplo, un deslinde de bienes públicos, una ejecución forzosa, etc., sin perjuicio de la posibilidad con que cuenta el interesado de impugnar y discutir la legitimidad de estos acuerdos en los términos ordinarios. Esto es decir simplemente que no toda intervención patrimonial requiere el título de una expropiación formal. Ahora bien (y esto ya no es tan obvio), la perfección del sistema de garantía patrimonial ha de evitar que por este cauce de la simple invocación de títulos no expropiatorios se legitime todo posible intento de un despojo efectivo. Para evitarlo basta extender a los acuerdos de este tipo la doctrina general de la inexistencia o de la nulidad de pleno derecho, la «manque de procédure», que nos conduce directamente al núcleo del concepto de «vía de hecho»; cuando la invocación a unos supuestos títulos no expropiatorios de la intervención o la misma ejecución, presenta caracteres de una irregularidad manifiesta y flagrante cesa la presunción de legitimidad y bajo tales títulos no podrá ampararse el despojo real que directamente se pretende; sale a la luz, pues, la realidad de este despojo, respecto del cual es plenamente aplicable el concepto de «vía de hecho» de la Ley, puesto que, en efecto, intenta realizarse —por hipótesis— fuera del cauce expropiatorio, que es exclusivo para todo despojo o «privación singular» que la Administración trate de realizar.

La aplicación del concepto de «vía de hecho» fuera del campo de la propiedad y los derechos reales, a los demás derechos e intereses patrimoniales que pueden ser objeto de la expropiación, según la nueva Ley, deberá ser resuelta por vía analógica desde estos principios generales.

b) En tales términos, toda la especialidad de la «vía de hecho» consiste en abrir legalmente la posibilidad de una reacción por los modos del derecho civil, privando a la Administración de su privilegio de fuero, y sobre todo de la posición favorable que del hecho central de este privilegio deriva. Al ser la «vía de hecho», en los términos clásicos de LAFERRIERE (86), «une sortie des pouvoirs de l'Administration», ésta pierde correlativamente

(85) Por todos, TREVES: *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936.

(86) *Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux*, I, 2.^a ed., Paris, 1896, pág. 478. Es muy acertada la glosa de VILLAR PALASI, en *Concesiones administrativas*, cit., pág. 710.

todos sus privilegios reduciéndose al estatuto de un sujeto de derecho común; es decir, la exorbitación total de los límites que definen su prerrogativa—y no el solo hecho de su uso meramente ilícito— priva a la Administración de los privilegios que acompañan normalmente a esa prerrogativa. La protección frente a la «vía de hecho» resulta así la más enérgica imaginable.

El sistema está íntegramente recogido en el nuevo texto legal que se analiza, artículo 125, el cual luego de establecer el supuesto de la «vía de hecho», tal como acaba de estudiarse, añade: «el interesado podría utilizar, aparte de los demás medios legales procedentes, los interdictos de retener y recobrar, para que los jueces le amparen, y en su caso le reintegren en su posesión amenazada o perdida» (87). La alusión a «los demás medios legales procedentes» comprende, sin duda, tanto los medios del Derecho civil como los de Derecho administrativo, a arbitrio del interesado; que comprende, en efecto, los primeros resulta, tanto de la confrontación de este artículo con el siguiente, que alude sólo a la acción contencioso-administrativa, como sobre todo de la mención expresa de los interdictos de retener y recobrar, que juega el papel de un argumento *maiore ad minus* si tenemos en cuenta que los interdictos posesorios no pueden utilizarse normalmente contra la Administración; es así patente la intención legal al configurar este régimen especial de protección (la protección civil) frente a la «vía de hecho». Que comprende, finalmente, los medios de protección ordinarios del Derecho administrativo es menos dudoso, dado que la disposición por el administrado de los medios civiles juega como un plus de protección, pero en manera alguna como una carga, y porque, en definitiva, no existe una exclusión legal que autorice a entender cerrado el sistema de la justicia adminis-

(87) El precepto procede de la legislación anterior, artículo 4.º de la Ley de 1879 y artículo 349, § 2.º del Código civil, aunque ha sido manifiestamente ampliado con la expresión «aparte de los demás medios legales procedentes», además de precisado más exactamente en su supuesto de hecho. El Decreto-Ley de 7 de mayo de 1948 reformó el artículo 8.º de la Ley de 7 de octubre de 1939, de expropiación urgente, para excluir de este supuesto de la expropiación una vez hecho el depósito previo, además de los interdictos defensivos, las «acciones posesorias de cualquier clase», ordenando incluso la suspensión y archivo de los pleitos pendientes «ejercitando acciones posesorias». Aunque en forma negativa este precepto nos revela el empleo frente a la vía de hecho de una defensa específica, la del procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, que es sin duda a lo que se alude con el título equívoco (o más bien inexacto) de «acciones posesorias». Es lástima que la Ley de Expropiación no haya recogido este precedente tanto en su lugar sistemático (exclusión de la ocupación urgente de la calificación de «vía de hecho», art. 52, norma 6.ª) como, sobre todo, en el artículo 125 como medida positiva de defensa frente a la vía de hecho ordinaria. La posibilidad de utilizar este remedio parece comprendida en la amplia fórmula de este precepto («los demás medios legales procedentes») y en los principios dogmáticos de la institución que nos ocupa, pero hubiera sido deseable despejar toda incertidumbre al respecto. El futuro Reglamento podría lícitamente incluir esta precisión que desarrolla lo que en la Ley está implícito. Vid. a continuación en el texto.

trativa, cuyos principios comprenden el supuesto con perfecta normalidad, e incluso prototípicamente, considerado el grado de irregularidad de que se trata.

La exclusión de la acción interdictal contra la Administración es una vieja regla de nuestro Derecho establecida invariablemente por la jurisprudencia de conflictos desde sus orígenes mismos hasta la actualidad, sancionada luego por multitud de leyes especiales, decisiones administrativas, jurisprudencia del Tribunal Supremo, y, finalmente, recogida en la legislación del régimen local (88). La vigente Ley de Régimen local de 24 de junio de 1955, recoge esta regla en su artículo 403, 2.ª: «No se admitirán interdictos contra las providencias administrativas de las Autoridades y Corporaciones locales en materia de su competencia»; esta doctrina tiene una vertiente positiva, que concreta así el artículo 404 de la misma Ley, recogiendo también la misma tendencia jurisprudencial: «Las entidades locales podrán recobrar por sí mismas los bienes de su pertenencia que se hallaren indebidamente en posesión de particulares durante un plazo que no exceda de un año» (89). Según que consideremos el *ius possessionis* o el *ius possidendi* como título de la ejecución administrativa, la razón de este régimen privilegiado de la Administración Pública será distinta. En el primer caso quedaría justificada *a fortiori* la clásica tesis de SAVIGNI sobre el fundamento de la protección posesoria: la paz social construida mediante la centralización de la coacción en el Estado, condena toda coacción privada, pero no, naturalmente, la propia coacción del Estado, que no sólo es legítima, sino justamente, según el sistema, la única legítima. Cuando la Administración trata de ejercitar un *ius possidendi* sobre sus cosas, entonces la verdadera razón de su inmunidad a los interdictos así como, positivamente, de su exención a la carga de la demanda judicial, está en el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos, a su vez consecuencia de la presunción de legitimidad de que se benefician (90).

(88) Puede verse un resumen, aunque fragmentario, de esta jurisprudencia en VILLAR PALASI: *Ops. y loc. cit.*; *supra*, en nota 83; RODRÍGUEZ MORO: *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Madrid, 1949, págs. 163 y ss., y en las notas de GONZÁLEZ PÉREZ a la jurisprudencia de conflictos en «Revista de Administración Pública», núms. 3, 9, 15. Para los orígenes de la jurisprudencia de conflictos en la materia, vid. PELÁEZ DEL POZO: *Tratado teórico-práctico de la organización, competencia y procedimientos en materias contencioso-administrativas*, Madrid, 1849, págs. 468, 493, 496-7, 525 y ss.

(89) Sobre la improcedencia de este límite temporal en el caso de recobro de posesión en bienes de dominio público me he referido en *Sobre la imprescriptibilidad del dominio público*, cit.; amplió las observaciones allí contenidas en un apéndice especial («Posesión y Administración») que se incluye con la reedición de este trabajo en el libro *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, cit., págs. 179 y ss.

(90) Así, específicamente, Consejo de Estado, consulta 5.127 de 14 de diciembre de 1949; esa distinción, que no hemos visto recogida en parte alguna, es fundamental y acierta a explicar por sí sola la razón del régimen particular que ha de

Pues bien, en la «vía de hecho» este régimen quiebra totalmente. La Administración queda sometida expresamente, por determinación de la Ley, y por la propia lógica del sistema, según hemos intentado exponer, a la reacción de los interdictos. La Ley no sólo autoriza, sino que positivamente parece excitar a los Jueces para imponer esta medida de defensa del patrimonio privado. La antigua y constante doctrina sobre la inmunidad interdictal de la Administración la había condicionado expresamente a que ésta obrase «dentro del círculo de sus atribuciones»; es el criterio que recoge el artículo 403 de la Ley de Régimen local al precisar que el beneficio alcanza a Autoridades y Corporaciones cuando actúen «en materia de su competencia» y la Ley de Aguas, artículo 252, que refiere esa exención a «las providencias dictadas por la Administración dentro del círculo de sus atribuciones». Es un modo aproximativo de referir el principio de la «vía de hecho», que se nutre, según vimos, de la doctrina de la ineficacia *ex lege* de los actos inexistentes o nulos de pleno derecho. El artículo 125 de la Ley de Expropiación forzosa ofrece un criterio seguro para esta determinación, que ya hemos examinado, y a él habrá que atenerse en la materia. Por cierto, que esto obliga al Juez a una calificación sumaria de la actuación administrativa con criterio de derecho, y no sólo de hecho, como es la norma en los interdictos (artículo 1.656, en relación al 1.652, de la Ley de Enjuiciamiento civil), en lo que, por ministerio de la ley para este supuesto concreto, debe entenderse ampliado al contenido del proceso interdictal. Hasta tal extremo es llevada la protección patrimonial frente a la acción administrativa.

3. *La sanción de un derecho a las formas procedimentales.*

El artículo 126 de la Ley que estudiamos establece que el recurso contencioso-administrativo podrá interponerse contra la resolución que ponga fin al expediente de expropiación o a cualquiera de sus piezas separadas, con fundamento «en vicio sustancial de forma, o en la violación u omisión de los preceptos establecidos en la presente Ley». Al atribuir una acción en protección de las formas y trámites del procedimiento expropiatorio, la Ley sanciona inequívocamente un verdadero derecho subjetivo del particular en el plano del derecho material, cuya pretensión se dirige contra la Administración, a la que así se impone, con la máxima eficacia técnica —la de atribuir un derecho subjetivo con este contenido al interesado— la observancia rigurosa de tales formas en el ataque expropiatorio contra el patrimonio de los particulares; es bien

según se con el dominio público, según lo indicado en la nota anterior, ya que el recobro de su posesión es, sin duda, la ejecución de un *ius possidendi*, no condicionado temporalmente en su ejercicio, y en modo alguno la imposición de una mera situación fáctica de *ius possessionis*; vid. el trabajo a que me remito en la nota anterior.

claro que utilizamos el concepto de acción en su sentido material y no en el procesal.

La aplicación del recurso contencioso con esta amplitud tiene antecedentes en el artículo 35 de la Ley de 1879, pero la Ley de 1954 ha extendido notoriamente el supuesto reconociendo la procedencia del recurso no sólo contra la resolución final del expediente, sino también contra la de cada una de sus piezas separadas, y fundamentándolo, además de en «vicio sustancial de los trámites» legales, en la «violación u omisión de los preceptos establecidos en la presente Ley», con lo cual ciertamente la protección jurisdiccional queda elevada al máximo grado posible.

Se trata, como se habrá observado, del equívocamente llamado recurso contencioso objetivo, que según la doctrina dominante es el instrumentado al servicio, no ya de derechos, sino de simples intereses legítimos. Hemos avanzado ya nuestra propia calificación: no hay aquí un interés (y mucho menos un mero problema de legitimación procesal, como ha llegado a sostenerse con cierta reiteración entre nosotros, siguiendo la tendencia a degradar el concepto), sino, por expresa e incuestionable atribución de la Ley, un derecho subjetivo perfecto en su contenido como en su estructura técnica. Pesa sobre este tema una grave confusión, agravada entre nosotros por la circunstancia de ser aún tributarios de la doctrina de países donde la cuestión se presenta alrededor de problemas concretísimos de sus sistemas positivos (91). El llamado «interés legítimo» en la justicia administrativa, considerado globalmente, no es más que la extensión de la protección de un derecho subjetivo pleno e indiscutido al procedimiento administrativo—en amplio sentido esta expresión—de disposición sobre el mismo (92). Esto explica que ordinariamente falte la atribución legislativa explícita y que su reconocimiento haya advenido de hecho por un movimiento jurisprudencial (93), sobre todo en cuan-

(91) Cfr. *supra*, texto y nota 29 sobre el caso de Italia.

(92) Cfr. ahora en la misma doctrina italiana, CANNADA BARTOLI: *Il diritto soggettivo como presuposto dell'interesse legittimo*, en «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», 1953, págs. 334 y ss.

(93) Es el caso de Francia y de Italia y el dato fundamental que justifica el paralelo del juez administrativo moderno con el pretor romano: el derecho administrativo es verdaderamente un sistema de acciones preferentemente a un sistema de derechos, como lo fué el Derecho romano clásico (Cfr. BIONDI: *Diritto e processo nella legislazione giustiniana*, en *Conferenze per il centenario delle Pontette*, Milano, 1931); es justamente esta inversión de perspectiva con relación al derecho privado actual lo que origina en buena parte el equívoco a que en el texto se alude. En España el Consejo de Estado sancionó también esta protección, calificándola tanto de «interés legítimo» (Real Decreto-sentencia 30 junio de 1847) como de «derecho a las formas» (Real Decreto-sentencia de 27 de julio de 1848), desde los orígenes mismos, como se ve, de nuestro sistema contencioso-administrativo, aun bajo el sistema llamado de justicia «retenida». A través de la jurisdicción de agravios, que tiene desde 1944, el Consejo ha reiterado de nuevo esta posición (Cfr. PÉREZ HERNÁNDEZ: *El recurso de agravios*, Pamplona, 1954, páginas 17 y ss.). Sin embargo, el criterio naufragó definitivamente en nuestro sistema contencioso con la fórmula de la Ley de 1888, que exige la lesión de un «de-

to se partía de la concepción limitativa («sistema de lista») de la materia contencioso-administrativa.

Examinado analíticamente este llamado «interés legítimo» es, en su estructura, en su contenido, en su función, en sus efectos, un inequívoco derecho subjetivo real y verdadero. Así se ve indubitablemente en los supuestos, como este del artículo 126 de la Ley de Expropiación forzosa, en que es la ley y no supletoriamente el juez quién atribuye directamente la acción de protección. Se comprende, sin embargo, que no podemos detenernos ahora sobre este tema, que está, sin embargo, en la base del Derecho administrativo actual.

La observancia del procedimiento expropiatorio se impone no sólo en cuanto a sus trámites formales, sino también en cuanto a su duración temporal. Por vez primera en nuestro Derecho la Ley que estudiamos grava a la Administración con una responsabilidad patrimonial por demora en el procedimiento. El artículo 56 establece, en efecto, que si en el transcurso de seis meses desde la iniciación legal del expediente expropiatorio no se ha llegado a la fijación definitiva del justiprecio, la Administración abonará al expropiado una indemnización que se tasa en el interés legal de ese precio, mediante liquidación retroactiva.

4. *La indemnización expropiatoria.*

a) *La indemnización como garantía.*—Hasta ahora se ha considerado un régimen de protección de los administrados que actúa indirectamente, con fines de acantonar con rigor el ejercicio de la potestad expropiatoria dentro de los límites y del procedimiento que el ordenamiento establece para su ejercicio legítimo. La garantía patrimonial de los administrados llega, sin embargo, más allá, y es operante en el supuesto normal de un ejercicio regular y legítimo de la potestad expropiatoria. El administrado queda sujeto, como ya hemos dicho, al ejercicio de tal potestad y a su efecto directo e inmediato, que es el sacrificio singular en que la expropiación consiste. Pero este sacrificio afecta únicamente a partes específicas de su patrimonio, no a su integridad económica, la cual queda compensada con una indemnización pecuniaria que restablece, al menos en principio, la sustracción de valor en que el sacrificio expropiatorio se concreta.

El principio de la indemnización como elemento esencial de la expropiación forzosa está establecido en nuestro derecho en la

recho subjetivo», en la que el Tribunal Supremo no ha dado cabida nunca a un «derecho a las formas»; hasta tal punto ha sido llevado este criterio restrictivo en la interpretación de ese precepto (que perdura en las refundiciones posteriores de 1894 y 1952), que la reciente y loable tendencia de esta jurisdicción de arbitrar un remedio contra lo que son, precisamente, las más groseras irregularidades de la actuación administrativa ha sido instrumentada en forma curiosa como en virtud de un supuesto «poder de oficio» del Tribunal por razones de «orden público», construcción estimable como postura, pero bastante frágil técnicamente en la mayoría de sus aplicaciones.

fórmula constitucional del artículo 32 del Fuero de los Españoles, reiterada en su sentido específico de garantía por el artículo 124 de la nueva Ley y desarrollado en ella por vía general en el capítulo III de su título II, «De la determinación del justo precio».

Toda expropiación, en el amplio sentido del concepto que ha establecido el artículo 1.º de la Ley, implica en nuestro derecho un deber de indemnizar. Ya hemos tenido ocasión de indicar cómo la eficacia de la Ley de 16 de diciembre de 1954 ha de manifestarse en cuanto a esta consecuencia de un modo decisivo.

Al tratar más atrás del *criterium* de la expropiación han quedado apuntadas algunas ideas sobre el fundamento dogmático del deber administrativo de indemnizar, a las que ahora debemos remitirnos. De la amplia gama de cuestiones teóricas que suscita el tema de la indemnización expropiatoria vamos a reducirnos únicamente a aquéllas que nos sean precisas a la finalidad de exponer las líneas maestras del sistema implantado por la Ley de 16 de diciembre de 1954 y su significación general.

b) *Naturaleza*.—El primer tema que se presenta en un estudio de la indemnización de expropiación es el de su naturaleza dentro del complejo institucional expropiatorio. Una vieja tradición doctrinal ha venido calificando a la indemnización como *efecto* del ejercicio de la potestad expropiatoria: la expropiación se concreta en la producción de un daño legítimo, daño del cual emerge un crédito de reparación que compondría la figura de la indemnización expropiatoria. Tal tesis se extremó en un tiempo hasta sostener sobre ella la partición de la institución de la expropiación forzosa en dos partes: ejercicio de la potestad expropiatoria, regida por el derecho público, y consecuencia de la indemnización, regulada por el Derecho civil, en concreto por los principios que rigen el deber de reparación de daños. Todo el *quid* de la expropiación consistiría en autorizar legítimamente la producción del daño (*damnum quod iure fit*) y aquí se acabaría su efectividad; la reparación del daño una vez producido sería una consecuencia del Derecho común, y regulada conforme al Derecho común.

En MONTESQUIEU esta doctrina está explícitamente sostenida como aplicación del principio general que él propone según el cual «il ne faut point régler par les principes du droit politique les choses qui dépendent des principes du droit civil» (94). «Si el magistrado político —dice— quiere hacer un edificio público, algún nuevo camino, es preciso que indemnice: el poder político es a este respecto como un particular que trata con un particular. Ya es bastante que pueda constreñir al ciudadano a venderle su heredad y que le prive del privilegio que él tiene según la Ley civil de no poder ser forzado a enajenar su bien» (95).

(94) *De l'esprit des lois*, Lib. XXVI, cap. XVI. El principio indicado es el epígrafe de este capítulo.

(95) «Ainsi—ha dicho antes—lorsque le public a besoin du fonds d'un particu-

Aun sin llegar ya a este extremo, lo que es aún la concepción general de la doctrina es considerar la indemnización expropiatoria como una obligación de reparación, aunque regida por el derecho público.

Frente a esta construcción se ha sostenido con reiteración que es preciso no olvidar en el plano dogmático una nota fundamental que a la indemnización le está reservada dentro de la estructura institucional de la expropiación desde que ésta fué configurada por la Revolución francesa: su carácter preventivo, que la eleva a presupuesto de legitimidad del ejercicio de la potestad expropiatoria. «*Previa* la correspondiente indemnización», dice el Fuero de los Españoles, con su rango superlegal, y lo repite el artículo 124 de la nueva Ley. En los países, que son la mayoría, en que existe como trámite sustantivo la decisión expropiatoria o de transferencia de propiedad (en la expropiación de líneas clásicas) este acto no puede producirse sin que previamente se haya abonado la indemnización. En Derecho español nunca se ha aislado formalmente este momento (salvo en el sistema judicialista establecido por la Constitución de 1869), y la nueva Ley persiste en este criterio tradicional, pero el efecto final expropiatorio, que será la transferencia de propiedad en la expropiación plena, se produce precisamente por el pago seguido de la ocupación, jugando como títulos formales las actas respectivas de estas dos operaciones (art. 53); si identificamos en la segunda de las mismas la *traditio* y la reservamos su papel general de *conditio iuris* de la transmisión (art. 609 del Código civil), resultará entonces que el verdadero título (en sentido genuino) de la atribución patrimonial, o del desapoderamiento del expropiado, cuando aquélla no reviste carácter directo, es precisamente el pago (o la consignación, en su caso) de la indemnización.

La observación es incuestionable en el derecho positivo y conduce a calificar la indemnización no como un efecto derivado, sino justamente como todo lo contrario, como un presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la potestad expropiatoria. Entonces la relación jurídica trabada entre las partes de la indemnización no podría explicarse como relación de deuda-crédito, ni su contenido referir un deber de reparación, supuesto que el daño a reparar no ha sido producido en el momento en que se efectúa el pago, que implicaría siempre la extinción de la relación obligatoria (art. 1.156 del Código civil). La indemnización entonces debe ser concebida como una *carga* a cumplir por la Adminis-

tion, il ne faut jamais agir par la rigueur de la loi politique; mais c'est là que doit triompher la loi civile, qu'avec des yeux de mère, regarde chaque particulier comme toute la cité même.» Es evidente que esta concepción equipara el derecho público al puro poder; es así rigurosamente correlativa de la construcción del Fisco, propia del Estado de policía a que ya nos hemos referido, *supra*, notas 50 y 52: el acto de poder hacer surgir un crédito contra el Fisco, personificación ficticia del Estado que se rige por el Derecho civil.

tración que pretende llevar a efecto la expropiación, entendiéndola *carga* en el sentido rigurosamente técnico de necesidad de adoptar un cierto comportamiento para obtener un resultado ventajoso, sin que el sujeto a quien afecta pueda ser constreñido a su realización ni la falta de ésta implicar una sanción, sino la simple consecuencia de resultar imposible la obtención del resultado ventajoso (96).

Esta rigurosa calificación de la indemnización puede ser aceptada en nuestro Derecho en la hipótesis del procedimiento ordinario de expropiación a tenor de las normas ya referidas. Se pone, sin embargo, a prueba en hipótesis también comprendidas en nuestra Ley de expropiación, de las que vamos a analizar, por de pronto, dos.

En primer lugar, la hipótesis de la expropiación urgente. La Ley de 7 de octubre de 1939, que ha jugado como uno de los más eficaces disolventes del sistema general de la Ley de 1879, según ya observamos, estableció un procedimiento expropiatorio con la única finalidad de permitir en el supuesto excepcional de la urgencia (97) la ocupación de la finca expropiada de modo inmediato, antes, por consiguiente, de efectuarse el pago de la indemnización. Aunque esta Ley se había justificado en las necesidades extraordinarias derivadas de la reconstrucción subsiguiente a nuestra guerra civil, es un hecho que su generalización, al margen ya de esas necesidades, ha creado un hábito administrativo de muy difícil desarraigo, que la Ley de 1954 se ha visto forzada a recoger (98). El artículo 52 de esta Ley ha consagrado, en efecto, el sistema de la expropiación urgente, en la forma en que fué configurado por la Ley de 1939, si bien complementando eficazmente su sistema de garantías (99). En este procedimiento de

(96) CAPACCIOLI: *Sulla natura dell'indennità di espropriazione per pubblica utilità*, "Rivista trimestrale di Diritto Pubblico", 1953, págs. 363 y ss. Es discutible, con todo, si es el concepto dogmático de "carga" o más bien el de "presupuesto legal" o *conditio iuris* el que mejor cuadra a la calificación de la indemnización expropiatoria. Es este último concepto el que adaptamos en definitiva.

(97) Cfr. CLAVERO ARÉVALO: *Ensayo de una teoría de la urgencia en el Derecho administrativo*, cit., págs. 25 y ss.

(98) Debe decirse que otros derechos conocen la misma institución de la expropiación urgente y con los mismos o análogos efectos. Vid., por ejemplo, BAUDRY: Op. cit., págs. 124-5; CARUGNO: Op. cit., págs. 335 y ss.; CAETANO: Op. cit., pág. 625; WILKIN: Op. cit., págs. 47 y ss.

(99) He aquí las diferencias entre el nuevo artículo 52 y la Ley de 7 de octubre de 1939: 1.º Se sustituye en la declaración previa del Consejo de Ministros la expresión «urgencia en la ejecución de las obras» por la más específica de «urgencia en la ocupación de los bienes afectados por la expropiación», que puede forzar a una administración más responsabilizada de la excepción. 2.º Para el cómputo del depósito previo se capitaliza al 4 por 100 en lugar del 5 por 100. 3.º Se ha suprimido el límite del importe de un año de renta que antes alcanzaba a la indemnización por rápida ocupación, la cual, por tanto, deberá ahora expresarse sin límite alguno todo el valor real de los daños ocasionados. 4.º Así como esta misma indemnización era fijada en la Ley de 1939 a discreción de la Administración y unilateralmente, sin recurso alguno, ahora se acepta que en caso de disconformidad del expropiado se someta la cuestión *ex post* al Jurado de Expropiación, que la considerará a la vez que el justiprecio

urgencia se ha abandonado el carácter preventivo de la indemnización, si bien persiste un eco de este principio en el establecimiento como requisito de la ocupación de la constitución de un depósito previo por el valor del bien que se interesa ocupar tal como resulta de los registros fiscales. Evidentemente, este requisito del depósito previo está tomado del artículo 29 de la Ley de 1879, que lo establecía para legitimar la ocupación inmediata en el caso de discordia en las tasaciones de los peritos, y del que se han tomado igualmente los módulos de valoración y hasta la circunstancia de devengar el interés legal (100). Posteriormente a la ocupación se inicia la fase de determinación del justo precio conforme al procedimiento ordinario.

¿En qué momento se entiende consumado el efecto expropiatorio, especialmente la transmisión de propiedad en la expropiación plena, en este supuesto de expropiación urgente? A mi juicio, aun en esta hipótesis extrema, el pago de la indemnización definitiva o justo precio, en la terminología de la Ley (vid. *infra*), sigue siendo presupuesto para la consumación del efecto expropiatorio. La Ley no ha derogado para este caso la regla común que sitúa en el acta del pago el título formal de transmisión. No puede ser, por tanto, considerado título bastante el acta del depósito previo, dada la función de mera garantía que cumple esta operación, que es iniciada directamente con este carácter y que no es una consignación por el precio ofrecido y no aceptado (101). No es posible acudir para explicarse dogmáticamente la situación creada, como ha sido tradicional, a la figura de la condición sus-

definitivo, de lo que se infiere, además, la posibilidad de que la decisión del Juro, como todas las suyas, pueda ser impugnada judicialmente por lesión; y 5.º Con independencia del interés legal que devenga el depósito previo, y de la indemnización por rápida ocupación se establece una tercera indemnización consistente en el interés legal del justiprecio definitivo a computar desde el día siguiente de la ocupación en concepto de responsabilidad por demora del expediente, haciendo aplicación del principio general que, como vimos, ha establecido esta responsabilidad; la Ley de 1939 prevía únicamente una bonificación en una cuarta parte de los intereses producidos por el depósito. Es, en resumen, notable, como puede verse, la ampliación de compensaciones y garantías.

(100) La Ley de 1939, y ahora el artículo 52 de la actual, no han determinado explícitamente que el interés legal de este depósito corra a cargo de la Caja General de Depósitos, como resultaba en el supuesto del artículo 29 de la Ley de Expropiación de 1879 (R. D. de 19 de noviembre de 1929, art. 6; Orden de 23 de junio de 1943, art. 32), en lugar de gravar a la Administración o al particular beneficiarios de la expropiación por cuenta de los cuales se entiende la indemnización expropiatoria. Una aclaración de este extremo, que reviste prácticamente una gran importancia para los expropiados, es necesaria y es de esperar que la realice el Reglamento de la Ley.

(101) Y aun cuando tuviese este carácter, cfr. CAPACCIOLI: Op. cit., págs. 384 y ss. En el Registro de la Propiedad (argumento, art. 53 que reserva el acta de pago al carácter de título inscribible; ídem, arts. 32 y 63 del Reglamento Hipotecario) el acta del depósito previo puede motivar, a lo más, una anotación preventiva, pero no la inscripción definitiva de transferencia. Parece en contra, ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario. Apéndice-Registros*, Barcelona, 1948, página 37.

pensiva: el pago definitivo de la indemnización principal o justiprecio condicionaría suspensivamente la producción del efecto trasmissivo (102), pues esta construcción falla por la imposibilidad de reconocer efectos resolutorios a la *conditio deficiu*. La explicación del fenómeno de la ocupación urgente sólo puede venir por un aislamiento riguroso del mismo, que implica su calificación como requisición de uso, y que es, en efecto, objeto de una indemnización sustantiva, conforme a las reglas del propio artículo 52 de la Ley (103). Independiente de tal indemnización es la del justiprecio definitivo, hasta cuyo pago, o consignación en su caso, no se entiende consumado el efecto expropiatorio principal, transformándose la requisita de uso existente hasta entonces en expropiación definitiva, con todos sus efectos derivados (104). La naturaleza ordinaria de la indemnización expropiatoria persiste, pues, en este caso extremo.

Otra consecuencia se impone en la hipótesis de otras expropiaciones especiales, y dado el amplio contenido que el concepto de expropiación tiene para el artículo 1.º de la Ley. El caso de las requisas civiles y militares, englobadas, como ya sabemos, en la sistemática de la Ley, es perfectamente claro, pues en ellas la regla viene a ser justamente la indemnización *ex post* (arts. 106 y 120), como ya estudiamos más atrás; como se dijo entonces,

(102) Por todos, MAYER: Op. cit., pág. 66.

(103) Así también BORSI: *Occupazione d'urgenza e requisizione di immobili*, en «Foro italiano», 1920, III, págs. 97 y ss.; LUCIFREDI: Op. cit., pág. 325; LANDI: Op. cit., págs. 53 y ss. Esta construcción encuentra en el Derecho italiano una facilidad que falta en el español: que la ocupación urgente es sólo temporal, caducando si en el plazo de dos años no se ha formalizado la expropiación definitiva; sin embargo, glosando el Proyecto de 1928 que eliminaba esta caducidad, como en el sistema español, LANDI sigue calificando la hipótesis de «requisición de uso que se transforma seguidamente en requisición de propiedad» (pág. 54). Vid. nota siguiente sobre los problemas de esta construcción.

(104) Se comprende la dificultad de mantener esta doctrina en el caso límite de obras públicas concluidas sin haberse hecho efectivo el justiprecio definitivo, que nos presenta la situación anómala de obras públicas radicadas sobre propiedades privadas. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la requisita de uso produce efectos reales plenos en cuanto a la privación al propietario, agudizados por el hecho de que está abocada a la expropiación plena: la privación de los efectos reales de protección a la titularidad dominical del propietario viene impuesta, pues, por la sobreposición a la misma de tal requisita, como es común, por lo que no puede inferirse de la ausencia de tales efectos que esa titularidad haya desaparecido. Que la requisita de uso continúa en este caso límite se manifiesta en la circunstancia de que la ocupación sigue devengando la indemnización independiente por este concepto, según el artículo 52, y en la imposibilidad de que la Administración disponga de un título de dominio, que, por el contrario (art. 53), sigue perteneciendo al propietario; a la vez el justiprecio definitivo reflejará el valor de la cosa *ex nunc* y no *ex tunc*, en el momento de la ocupación (arg. art. 36). Finalmente, debe observarse que la situación que se considera es siempre transitoria, abocada, como hemos dicho, a la expropiación plena, y que cuando sea francamente irregular se dispondrá también de otras medidas de reacción contra la misma (responsabilidad civil de la Administración o de los funcionarios, típicamente).

esta excepción, que no es única en el régimen de las requisas, puede explicarse en virtud del principio legitimador del «estado de necesidad», con lo cual mantendríamos el vigor general de la regla común (105). Más difícil, sin embargo, es la hipótesis de las expropiaciones parciales. La misma Ley, al regular las «ocupaciones temporales», demuestra que, pese al notorio esfuerzo en contrario, no es siquiera posible que en todos los supuestos se sostenga como presupuesto del ejercicio expropiatorio el pago preventivo de la indemnización (arts. 110, 111, 112, 115 y 119), dado que, en definitiva, la cuantía del daño efectivo no es capaz de predeterminarse siempre. Esta misma circunstancia se produce en la mayoría de las expropiaciones parciales no contempladas específicamente por la Ley, y de las cuales hicimos un elenco indicativo más atrás. ¿Qué concluir en estas hipótesis?

La imposibilidad de hecho de cumplir el requisito del previo pago de la indemnización que impone la norma fundamental del Fuero de los Españoles impide (*ad impossibilia nemo tenetur*) la solución fácil de calificar de inconstitucionales las leyes que regulan estos supuestos así configurados, y entre ellas, en primer lugar, como hemos dicho, la propia Ley general de expropiación; por lo demás, de esa eventual calificación pocos efectos, si es que alguno, habrían de derivarse en nuestro Derecho (106). La conclusión es que la singularidad de su régimen debe respetarse, sin perjuicio de que *de lege ferenda* se postule la reducción de estas excepciones sobre ese criterio pragmático de la imposibilidad de predeterminación de evaluación del sacrificio expropiatorio. El juego de la indemnización deja de ser aquí el que hasta ahora habíamos afirmado. La indemnización no es ya un presupuesto del efecto final expropiatorio, sino, rigurosamente, una verdadera deuda de reparación del daño producido. Desde esta especial perspectiva estas expropiaciones especiales o no plenas se encuentran verdaderamente a caballo entre la figura de la expropiación, en la que las incluye el artículo 1.º de la Ley, y la de la responsabilidad civil, aun en su carácter de responsabilidad por daños legítimos, en virtud de su régimen de aplicación.

c) Estudiamos ahora la *extensión y criterios de la indemnización*.—En el Fuero no se sentaba principio alguno al respecto: «indemnización correspondiente». La Ley, sin embargo, asigna a este concepto un contenido exacto: «justo precio». «Justo precio» es el término que la Ley utiliza ordinariamente para referirse a

(105) La requisita de uso en que se traduce, como acabamos de ver, la expropiación urgente seguiría este régimen de la indemnización *ex post* en cuanto tal requisita. Así se concluye el estudio sistemático de la expropiación urgente: requisita de uso, actuable inmediatamente, e indemnizable sustantivamente *a posteriori*, abocada a transformarse en expropiación plena, para cuya efectividad la indemnización sigue jugando normalmente como una carga *ex ante*.

(106) Cfr. FUEYO ALVAREZ: *Legitimidad, validez, eficacia. La significación jurídica y política del sistema de producción de normas*, «Revista de Administración Pública», núm. 6, 1951, págs. 35 y ss.

la indemnización expropiatoria, y operaciones de «justiprecio» llama a las de tasación de esta indemnización. Recoge aquí la tradición inmediata de nuestro Derecho. El concepto de «justo precio» tiene, sin duda, una raíz escolástica; el *justum pretium* era un concepto que jugaba decisivamente en la valoración moral del orden económico, con aplicaciones generales que llegan hasta el propio mundo de los efectos jurídicos: usura, rescisión por lesión, tasa de mercado, etc. (107). Naturalmente, no es a este concepto escolástico, hoy puesto en crisis en su sustantivación por la moderna ciencia económica, que ha abandonado el criterio del valor objetivo, al que quepa entender que la Ley remite. «Justo precio» en el sentido de la Ley es simplemente valor venal, valor en el mercado, *hic et nunc*, del sacrificio en que la expropiación consiste. La justicia del precio expropiatorio se manifiesta también, además de en este contenido sustancial, en el sistema formal de su evaluación objetiva, que culmina en la posibilidad de someter la cuestión al juicio de los Tribunales, cuestión ésta que examinaremos en otro apartado.

El primer problema que se plantea es el de determinar los elementos a valorar. El artículo 36 responde a este tema fundamental: «Las tasaciones se efectuarán con arreglo al valor que tengan los bienes expropiables al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio, sin tenerse en cuenta las plusvalías que sean consecuencia directa del plano o proyecto de obras que dan lugar a la expropiación y las previsibles para el futuro. Las mejoras realizadas con posterioridad a la incoación del expediente de expropiación no serán objeto de indemnización, a no ser que se demuestre que eran indispensables para la conservación de los bienes. Las anteriores son indemnizables salvo cuando se hubieran realizado de mala fe.» De este fundamental precepto resulta:

1.º La indemnización o justo precio sólo se extiende al valor objetivo de los bienes o derechos expropiables, y no, por consiguiente, al valor subjetivo que en la persona del titular pudieran tener; es un principio que domina toda la materia y que impide la indemnización de los perjuicios derivativos o *damnum emergens*; la regla es la misma en todos los derechos (108); sufre excepción este principio en el caso de la expropiación parcial, en cuyo estudio no podemos detenernos (arts. 23 y 46; otro caso, artículo 45) (109); la exclusión de los perjuicios subjetivos está

(107) El tema ha sido estudiado, desde la perspectiva del actual Derecho administrativo, por VILLAR PALASI en su tesis doctoral aún inédita, salvo en algún capítulo suelto, *La técnica del justo precio en el Derecho administrativo*; a este brillante y completísimo estudio, de pronta publicación, debemos remitirnos ahora.

(108) CARUGNO: Op. cit., pág. 183; BAUDRY: Op. cit., pág. 97; FORSTHOFF: Op. cit., págs. 266-7; WILKIN: Op. cit., págs. 83 y ss. Esta regla puede explicarse—como más adelante precisaremos al tratar de la responsabilidad civil—por la exclusión del elemento culpa, conforme al principio general del artículo 1.107 del Código civil.

(109) Vid otras excepciones aceptadas durante la vigencia de la Ley de 1879

compensada por la indemnización alzada llamada expresivamente «precio de afección» tradicional en nuestro Derecho desde la Ley de 1836, y que la nueva Ley ha elevado liberalmente del 3 por 100 en que invariablemente venía cifrándose al 5 por 100 (art. 47); a mi juicio, esta elevación trata de compensar un mayor rigor en el criterio del precio objetivo, que hasta ahora no estaba definido con tal nitidez en nuestro Derecho.

2.º La aprobación del proyecto, normalmente de obras, que da lugar a la expropiación no congela el valor de las cosas a expropiar; este valor ha de referirse justamente al momento de iniciarse el expediente de tasación (110), si bien el justo precio definitivo está sometido él mismo a un plazo de caducidad de dos años (art. 58), en previsión de alteraciones de valor y específicamente de variación de la medida monetaria (111); de este valor hay que excluir el que corresponda en concepto de plusvalía al propio proyecto determinante de la expropiación, regla justa, tradicional y general.

3.º En cuanto a las mejoras, se excluyen de la valoración únicamente las realizadas a partir de la iniciación del expediente expropiatorio, salvo las de conservación; el criterio de nuestro derecho en las expropiaciones por corporaciones locales o por razón de urbanismo es menos liberal, al excluir de la indemnización las mejoras posteriores a la aprobación del proyecto, salvo las expresamente autorizadas por la Administración; el nuevo texto excluye únicamente estas mejoras en el caso de mala fe, pero no en los casos ordinarios, lo que es justo teniendo en cuenta los largos plazos que suelen mediar en ocasiones entre la aprobación de los proyectos y la realización de las obras.

por nuestra jurisprudencia en RODRÍGUEZ MORO: Op. cit., págs. 176 y ss., aunque no todas las que incluye son sistematizables en este lugar; la más importante es la referente a expropiaciones que impliquen daño o quebranto a empresas en funcionamiento, que deben caracterizarse como expropiaciones parciales y seguir el régimen de esta excepción; igual en otros Derechos, en general.

(110) En contra, incluyendo en el proyecto los precios de la expropiación y congelando éstos, consecuentemente, la Ley de 19 de marzo de 1895 de mejora, saneamiento y reforma interior de grandes poblaciones, artículo 17 B). Es esta una tendencia muy marcada en toda la política de *planning* urbanístico, con reflejo expreso en el Derecho comparado.

(111) Se rectifica así el criterio de congelación de la indemnización una vez fijada, y se consagra el criterio que por primera vez en nuestro Derecho (con algún antecedente legal) sostuvo el Consejo de Estado de la necesidad de proceder a nuevas tasaciones en caso de desvalorización monetaria. Vid. el dictamen en que formuló esta doctrina y el comentario de VILLAR PALAST en *Un dictamen del Consejo de Estado sobre aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» en un supuesto de expropiación forzosa*, «Anuario de Derecho civil», tomo I, 1948, págs. 543 y ss. Ha sido el mismo expediente específicamente informado por el Consejo en tal sentido el que ha dado lugar a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1953 que ha recogido íntegramente esa propuesta. En la doctrina extranjera, vid. WILKIN: Op. cit., págs. 94 y ss.; CARUGNO: Op. cit., págs. 224 y ss.; CAPACCIOLI: Op. cit., pág. 397 y citados en página 365; MOSCA: *Gli effetti giuridici della svalutazione monetaria*, Milán, 1948, págs. 151 y ss.

En cuanto a los criterios de valoración propiamente dichos en la Ley se apunta a un criterio formal: el de adoptar como precios expropiatorios los valores fiscales declarados con anterioridad por los mismos expropiados. No cabe negarse que este criterio presenta una coherencia lógica e incluso una estricta justificación jurídica a través del principio de los actos propios: quien ha declarado ante la Administración un valor determinado a efectos de tributación no puede pretender luego un valor más elevado cuando se trata de percibir por la misma Administración la indemnización expropiatoria. En estos términos se ha pronunciado en alguna ocasión el Tribunal Supremo (Sentencia de 10 de marzo de 1913), así como la legislación de régimen local (art. 117 del Reglamento de 14 de julio de 1924, de Obras y Servicios Municipales, que ha regido en este punto hasta esta nueva Ley de Expropiación Forzosa), y el criterio parece apoyado por una tendencia marcada en el derecho comparado (112).

Se ve claramente en el articulado de la Ley que este criterio de los valores fiscales ha sido quizá deseado como meta final, pero que un último escrúpulo ha evitado su consagración definitiva. Podría decirse que las referencias que se contienen en la Ley a este criterio son, en verdad, los restos de un naufragio. Comienza afirmándose, como principio general, que la tasación no es libre, sino sujeta a las normas que en la propia Ley se contienen (art. 37). La primera quiebra adviene inmediatamente al aceptar una ponderación del valor fiscal mediante el valor real, para concretar en su media aritmética precisamente la cuantía de la tasación. Es ya una solución de compromiso. La segunda excepción acaba virtualmente con la regla, y es la que se contiene en el artículo 43, párrafo 1.º: «No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, tanto el propietario como la Administración, podrán llevar a cabo la tasación aplicando los criterios estimativos que juzguen más adecuados si la evaluación practicada por las normas que en aquellos artículos se fijan no resultasen, a su juicio, conforme con el valor real de los bienes y derechos objeto de la expropiación, por ser éste superior a aquél. El Jurado de expropiación también podrá hacer aplicación de este artículo cuando considere que el precio obtenido, con sujeción a las reglas de los anteriores, resulte notoriamente inferior o superior al valor real de los bienes, haciendo uso de los criterios estimativos que juzgue más adecuados.» Es claro que esta autorización, aunque concebida como excepcional, va a jugar *de facto* el papel de regla, imponiéndose así como criterio central de nuestro sistema el del valor real libremente estimado. Por valor real hay que entender, sin duda, como ya se ha dicho, el valor venal o de mercado.

(112) VILLAR PALASI, en su estudio inédito ya citado, señala como acogedoras de este criterio leyes francesas, portuguesas, argentinas y mejicanas. Vid. también RODRÍGUEZ MORO: Op. cit., págs. 154 y ss.

Es elogiable el criterio de la Ley, y en concreto ese último respeto que la ha llevado a adoptar el principio del valor real. Las valoraciones fiscales, al menos en la realidad de nuestro Derecho, no reflejan, como norma, los valores reales, y es obvio señalar que esto no es imputable exclusivamente, ni acaso principalmente, a la actividad defraudadora de cada contribuyente en particular, sino que está en ello implicado un complejo de circunstancias generales, y en primer lugar la propia estructura envejecida de nuestro sistema fiscal (113). Responsabilizar a cada contribuyente, y en particular a una especie particular de contribuyentes, los que tributan por contribución territorial, de tal situación, revertiendo sobre ellos las consecuencias más onerosas de un sistema que, considerado en globo, padecen, ordinariamente, más que disfrutan, hubiese sido, en verdad, injusto. Las graves injusticias que socialmente crea nuestro sistema fiscal se hubiesen visto agravadas sin que se remediase ninguna de las imperfecciones estructurales que sustancialmente le aquejan.

La Ley contiene también otras normas de valoración no atemperadas al criterio dogmático de los valores fiscales y que, aunque presentan el mismo valor indicativo y no preceptivo, pueden de hecho revestir una gran utilidad (por ejemplo, arts. 40 y 41).

¿Obliga la fórmula de la Ley a justificar en razones expresas el abandono de las normas objetivas de valoración que ella misma contiene? Sí, a mi juicio, tanto a las partes como al Jurado, lo que habrá de permitir una fiscalización más completa de los criterios valorativos que en definitiva se adopten, tanto por el Jurado, en relación con las valoraciones de las partes, como eventualmente por la jurisdicción contenciosa en la impugnación por lesión del fallo del Jurado. Este será el juego normal que en la aplicación legal han de dar los criterios objetivos de valoración que la Ley tan circunstanciadamente enuncia.

d) *Sistema de valoración*. — 1) Como sistema de valoración la Ley establece, en primer lugar, el acuerdo amigable, artículo 24, para cuya conclusión fija un plazo de quince días, sin perjuicio de que ulteriormente «en cualquier estado posterior de la tramitación» de la pieza separada del justiprecio pueda formalizarse también este acuerdo mutuo. En la Ley de 1879 no estaba aislado especialmente este sistema del acuerdo amigable libremente negociado, y en ella, formalmente, tal acuerdo podía venir sólo por la aceptación por cada parte de las hojas de aprecio formuladas por la contraria. En la práctica, sin embargo, la negociación solía preceder a la elevación de las hojas de aprecio, de modo que cuando el acuerdo era logrado las hojas se limitaban a formalizarlo. El sistema del acuerdo amigable es ventajoso, desde el punto de vista del expropiado, pues im-

(113) Cfr. VILLAR PALASI, *Observaciones sobre el sistema fiscal español*, «Revista de Administración Pública», núm. 4, 1951, págs. 93 y ss.

plica reducir la forzosidad expropiatoria, excluyéndola en punto tan decisivo como la indemnización. Para la Administración, sin embargo, al lado de la ventaja de la rapidez, presenta un grave riesgo, y es la libre discreción de que disfrutan los órganos negociadores para comprometer el Tesoro público; en muchas ocasiones puede ser fundado temer que los órganos llamados a decidir, aun obrando con independencia y objetividad (lo cual, por la quiebra casi absoluta de nuestro sistema de incompatibilidades funcionariales puede presentarse en algunos casos problemático), se sientan movidos a asentir en precios elevados, e incluso gravosos, por la facilidad de gestión que esto puede, efectivamente, proporcionar. La garantía frente a este riesgo puede venir únicamente del montaje de sistemas internos de control general, independientemente del posible control jerárquico de los servicios, y, a ser posible, centralizando esta función y poniéndola orgánicamente al margen de todo servicio particular, sistema para el cual no faltan ejemplos en el Derecho comparado (114).

¿Cuál es la naturaleza de estos acuerdos amigables? En Derecho francés se ha distinguido con toda corrección (115) entre «cesión amigable», propiamente tal, y «adhesión a la expropiación»; aquélla refiere el acuerdo anterior a la iniciación del expediente expropiatorio; ésta última, la conformidad en el precio una vez iniciado este expediente. En el primer caso se trata, sin duda, de una compraventa (o el tipo correspondiente en la hipótesis de las expropiaciones no plenas), cuya naturaleza de contrato civil o administrativo dependerá del objeto de que en definitiva se trate y del contenido y circunstancias de su acuerdo (116); la «adhesión a la expropiación», por el contrario, es un simple acuerdo sobre la cuantía de la indemnización, en tanto que el efecto transitivo se produce *ope expropriationis* (117). Esta tesis es trasladable a nuestro Derecho.

(114) Vid., por ejemplo, en BAUDRY: Op. cit., págs. 244 y ss., el Decreto francés de 28 de agosto de 1940 que establece una Comisión central y Comisiones departamentales de control para la vigilancia de precios de arrendamientos y de adquisiciones de inmuebles o derechos reales inmobiliarios concertados amistosamente o en curso de expropiación.

(115) BAUDRY: Págs. 37 y ss. y 53 y ss.; en realidad se distinguen tres tipos de acuerdo: «cesiones amigables», antes de recurrir, cuando se tornan imposibles, a la expropiación; «tratados o acuerdos amigables», cuando se ha declarado la utilidad pública, pero no la ordenanza o decreto de expropiación (página 49), y acuerdos de «adhesión», los posteriores al Decreto expropiatorio. Dado que en Derecho español, como hemos indicado más atrás, no existe el acuerdo expropiatorio explícito o (en el caso de expropiación ordinaria) de transferencia de propiedad, operándose ésta por el pago del precio, los dos tipos últimos deben refundirse en uno, como se hace en el texto.

(116) No podemos entrar aquí, naturalmente, en el problema del contrato administrativo en nuestro Derecho. Vid. mi artículo *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, en «Revista de Administración Pública», número 10, 1953, págs. 241 y ss. y bibliografía allí citada.

(117) Cfr. también CARUGNO: Op. cit., págs. 249 y ss., que da al acuerdo de indemnización contenido transaccional sobre el precio, sin otros efectos; la calificación de transacción es artificiosa y no es aceptable en modo alguno a mi juicio, en sus efectos derivados (art. 6 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado, etc.).

Entre las consecuencias de esta calificación podemos citar rápidamente: para el concierto de estos acuerdos de adhesión a la expropiación no rigen las normas de la contratación administrativa o civil, sino las específicas del procedimiento expropiatorio; todo eventual litigio sobre los mismos será siempre contencioso-administrativo; el título de adquisición (en el caso ordinario de expropiación transitiva plena) seguirá siendo el acta de pago, complementada por la de ocupación, y no un concierto substantivo de transferencia; sigue, pues, siendo real, y no consensual el efecto translativo; por la misma razón no es precisa la forma notarial que para los contratos superiores a 250.000 pesetas imponen las normas de la contratación administrativa; y, sobre todo, después del acuerdo el expropiado no es titular de ninguna obligación, sino que la indemnización acordada sigue jugando como presupuesto para la producción del efecto expropiatorio a iniciativa del expropiante, y no, pues, como contenido de una relación deuda-crédito (118).

2) En defecto de acuerdo amigable, inicial o sobrevenido en trámite la pieza separada de justiprecio, y planteada, pues, la discrepancia de las partes sobre el valor de la indemnización, es cuando se plantea el tema específico del sistema de evaluación a adoptar. La justicia en el precio; que se expresa en la locución legal «justo precio», se manifiesta no sólo definiendo un hipotético contenido del mismo, sino, y sobre todo, asegurando que su valoración haya de efectuarse de un modo objetivo y eficiente. En este punto, que es capital de la institución expropiatoria (119), la nueva Ley aporta una innovación fundamental.

El sistema del tercer perito, que era hasta ahora el adoptado por nuestro derecho de expropiación, adolecía, en verdad, de graves inconvenientes. El tercer perito era hasta la Ley de 1879 un árbitro en sentido rigurosamente formal, un dirimente. El artículo 7.º de la Ley de 1836 remitía a este tercer perito, en caso de discordia de las partes (representadas por sus peritos respectivos), la fijación de justo precio. La Real Orden de 30 de julio de 1863 habla expresamente de «*laudos* de los peritos terceros» (art. 1.º), vinculando a la Administración hasta el punto de quedar igualada con el particular en la necesidad de impugnar judicialmente la eventual lesión que el precio fijado en ese laudo pudiese representar para ella (arts. 3.º y 4.º de la misma Real Orden). La Ley de 1879 rectificó este criterio, definiendo a favor de la Administración el privilegio de la decisión previa en la materia, que implicaba para

(118) Cfr. RODRÍGUEZ MORO, pág. 297 y lo indicado más atrás sobre la naturaleza de la indemnización expropiatoria: sólo esta nota condena la tesis de LUCIFREDI sobre la calificación de la expropiación como una ejecución forzosa de un deber de prestación incumplido. Vid. las referencias de la nota 35. *supra*.

(119) «La fijación de la indemnización constituye, como es obvio, el problema capital de una ley de expropiación», dice la Exposición de Motivos de la Ley. Sólo la innovación que aquí efectúa la Ley hubiese justificado la reforma.

ella la libertad de fijación unilateral de la indemnización expropiatoria, reduciéndose el juicio estimatorio del perito tercero a la categoría de «dictamen» no vinculante en cuanto al fondo, aunque de emisión preceptiva. De hecho, sin embargo, aunque legalmente el juicio del perito tercero concretaba un elemento más de juicio, una extensa jurisprudencia del Tribunal Supremo ha asignado a ese juicio prácticamente su antiguo carácter arbitral, haciéndole virtualmente decisivo en la inmensa mayoría de los casos en que se ha llevado a su jurisdicción un conflicto sobre esta materia (120).

No será preciso extenderse demasiado para criticar este sistema. En primer lugar, el tercer perito suele ser un profesional libre que no sólo no tiene razones para defender el Tesoro público, sino al que incluso cabe suponer un cierto interés positivo en satisfacer a los propietarios particulares. Es de toda evidencia que la dureza de imponer el rigor de la Ley no puede ser exigida a quien no haga de ello una dedicación más o menos estable o permanente e incluso su medio de vida; todas las razones que puedan oponerse al juicio por jurados populares, por ejemplo, son de aplicación a este caso, incrementadas por la materia de que aquí se trata, que no llaman tan gravemente como en los juicios criminales a la responsabilidad de defender la sociedad. En segundo lugar, el carácter unipersonal de este órgano dirimente, que de hecho es el tercer perito, y su ocasionalidad para cada uno de los distintos expedientes agrava todos esos riesgos hasta el límite, como es obvio, sin que alcance a compensarlos la garantía de que su designación es realizada por el juez, supuesto, además, el carácter mecánico con que de ordinario se efectúan estas designaciones, ni tampoco la posible utilización de las recusaciones. En fin, todos los motivos que en el sistema general del derecho público han impuesto la proscripción o limitación estricta de la posibilidad de transigir o de someter a árbitros o amigables componedores los derechos de la Administración (121) son íntegramente de aplicación frente al sistema del perito tercero (122).

(120) Vid. con amplias referencias RODRÍGUEZ MORO: Op. cit., págs. 323 y ss. En definitiva, la doctrina jurisprudencial puede concretarse diciendo que asigna un valor de exactitud *iuris tantum* al dictamen del perito tercero, de modo que debe probarse positivamente el error o la irregularidad del mismo para apartarse de él. En la jurisprudencia de la Sala V. a propósito de las expropiaciones de «interés social» de la Ley de 27 de abril de 1946, este criterio está aún más extremado: Vid. LAMO DE ESPINOSA: *La expropiación forzosa de fincas rústicas*, cit., especialmente los expresivos cuadros estadísticos finales, apéndice anejo a), pág. 64. Hay que tener en cuenta que la práctica administrativa tiende a acercarse ordinariamente al dictamen del tercer perito y que los casos fallados por esta jurisprudencia vienen a ser casi en su totalidad los únicos en que excepcionalmente tal criterio no se había seguido.

(121) Cfr. CLAVERO ARÉVALO: *Posibilidades de transacción con la Administración local*, en «Revista de Estudios de la Vida Local», 74, 1954, págs. 161 y ss. y bibliografía que se cita.

(122) La Exposición de Motivos de la Ley es aquí muy precisa: «Y es evidente que el sistema del «tercer perito» que inspira la legislación hasta ahora vigente, reduce, en los más de los casos, a un papel puramente pasivo la función

Es, sin duda, uno de los mayores aciertos de la Ley haber abandonado ese sistema de valoración y haber erigido en su lugar un sistema nuevo verdaderamente ponderado en la eficacia y en la garantía. Este sistema nuevo es el del Jurado Provincial de Expropiación (123). El sistema de Jurados de valoración cuenta en nuestro derecho con antecedentes inmediatos en la Ley de mejora, saneamiento y reforma interior de grandes poblaciones, de 18 de marzo de 1895, Título III, respetado, aunque con carácter opcional para las Corporaciones locales, por el Reglamento de Obras y Servicios municipales, de 14 de julio de 1924, artículo 114 (124), y es un sistema que está en la actualidad presente en el Derecho comparado como una de las tendencias más fuertes dentro del mismo (125). Un Jurado de composición adecuada salva todos los inconvenientes del sistema de peritos, proporcionando, además, las ventajas que enumera con acierto la Exposición de Motivos de la Ley: «La permanencia y especialización de la función, la colegiación (que permite llevar a su seno los intereses contrapuestos) y la preparación, al mismo tiempo, en los aspectos material y jurídico, de la cuestión a decidir.»

Todo el riesgo del sistema de Jurado de evaluación está en el carácter y composición del mismo, y podemos decir que la Ley de 1954 ha acertado de lleno al resolver este problema. En primer

del órgano que formaliza la resolución, aparte de llevar consigo un juego de plazos de excesivo peso para la agilidad de la acción administrativa. Como es natural, en el procedimiento actual los peritajes de las partes están inspirados en el propio interés de éstas, al que se sobrepone la mediación arbitral del tercer perito: teóricamente cabría pensar que el tercer peritaje decidiera de derecho la cuestión como va, las más de las veces, lo hace de hecho. Pero esta solución es insatisfactoria tanto desde el punto de vista de los principios—por cuanto supone la dejación en manos privadas de una cuestión en que están vivamente comprometidos los intereses públicos e intereses privados, e implica, por lo tanto, una ruptura en las bases mismas de la justicia administrativa—como en consideración a los supuestos mismos del fallo. En efecto, en cuanto éste debe resultar de la apreciación de bases tasadas de diferente índole y, excepcionalmente de circunstancias muy singulares que justifiquen en un caso dado el separarse de aquellas no es posible dejar todos estos elementos a juicio de una persona calificada por la sola condición de su pericia en tasaciones de cierta índole. Por otra parte, solo una permanencia de la función, una reiteración de los criterios, un conocimiento de la economía local, puede abrir el paso a lo que constituye, sin duda, el ideal en esta materia: objetivar las tasaciones en forma que sean el resultado de la aplicación de criterios generalizados.»

(123) La Ley extiende la competencia del Jurado incluso a las indemnizaciones a los arrendatarios (art. 44), sustituyendo, pues, en la materia, el sistema de las Juntas de Estimación establecido por la Ley de Arrendamientos Urbanos.

(124) RODRÍGUEZ MORO, buen conocedor de nuestra Administración local, nos informa que en la práctica esta opción a favor del Jurado se ha utilizado rara vez (op. cit., pág. 153), lo que no es extraño si se piensa, primero, en la poco adecuada composición del mismo y en su excesivo número de miembros y, segundo, en la circunstancia de que su organización y puesta en marcha exige un esfuerzo poco acorde con la garantía que de su funcionamiento quepa esperar.

(125) El estudio inédito de VILLAR PALASI, a que ya nos hemos referido, cita entre los países que han adoptado el sistema de Jurados de Evaluación a Francia, Alemania, Holanda, Suecia Noruega, Argentina, Grecia y Turquía.

lugar, el Jurado es un órgano provincial, con excepción de los de Ceuta y Melilla, que la Ley manda constituir en atención a las condiciones geográficas y políticas de estas ciudades (art. 32); se asegura con ello centralizar en un órgano único todas las valoraciones de las expropiaciones de cualquier índole efectuadas en la provincia, facilitando la especialización y objetivación de la función, con abstracción de toda posible consideración particularista, así como con la garantía de una inmediatividad a las circunstancias económicas locales; ello implica, por otra parte, que el Jurado es un órgano permanente y no ocasional para cada una de las expropiaciones, como ocurría con el tercer perito. En segundo lugar, el Jurado presenta en la Ley una composición reducida, cinco miembros, número que proporciona todas las ventajas de la colegiación sin los inconvenientes que ésta presenta cuando se hace excesivamente numerosa. Finalmente, el reparto de esos cinco puestos está resuelto con verdadero acierto, a mi juicio: preside un Magistrado, que designa el Presidente de la Audiencia correspondiente, y del que cabe esperar que con su autoridad, su objetividad y su hábito de decidir litigios asegure una justa integración de los pareceres técnicos de las partes; de los cuatro vocales ordinarios, dos son genuinamente administrativos, y están representados por un Abogado del Estado y un funcionario técnico, variable en atención a la naturaleza de los bienes a expropiar (126), y los otros dos han de postular ordinariamente en favor de los intereses de la parte expropiada; estos dos vocales son: un notario, profesional libre con conocimiento habitual del valor real de las transacciones, y un representante de la Cámara Sindical Agraria, cuando se trate de expropiar bienes rústicos o de los Sindicatos, en otro caso (127).

Idealmente la constitución del Jurado así constituido puede resumirse así: un técnico y un jurista por cada una de las partes, con las ventajas que puede producir esta asociación de especialidades (tanto más cuanto que está presente en el sistema estimativo

(126) El «Boletín del Colegio de Abogados de Madrid» de diciembre de 1954 parece haber entendido que todos los técnicos enumerados por el artículo 32 han de participar siempre en el Jurado, y cifra en ello uno de los motivos de su crítica, página 6. Está claro, sin embargo que de esos técnicos sólo uno, el que lo sea en la materia objeto de la expropiación, participa en la deliberación del Jurado.

(127) En el Proyecto figuraba, en lugar del vocal sindical, uno designado por las Cámaras Oficiales correspondientes a la naturaleza del bien a expropiar. La representación sindical de las Cortes logró esta sustitución, que, de momento puede afectar en algún caso al equilibrio ideal del Jurado. Es conocida la tendencia de los Sindicatos a absorber las Cámaras Oficiales, pero es un hecho que en tanto éstas subsistan su función no es íntegramente sustituible por la que pueden ofrecer los Sindicatos; piénsese nada más que en el caso de las Cámaras de la Propiedad Urbana, cuya efectiva representación de intereses es hoy por hoy difícilmente realizable por los Sindicatos, y nótese que uno de los supuestos más comunes de expropiaciones es justamente el de propiedades urbanas. Es de esperar que en el Reglamento de la Ley se atempere de algún modo este precepto de modo que no se afecte lo que de verdad interesa, que es la garantía de los expropiados.

de la Ley la grave cuestión de los valores fiscales), y un juez neutral, que asegura la objetividad del fallo. El sistema de deliberación interna, ya sin las formalidades rígidas de las hojas de aprecio de cada parte, etc., asegura la posibilidad de llegar, en la mayoría de los casos, a integraciones de criterio positivas y justas.

No interesa a los fines de este trabajo detenerse sobre el régimen interno y procedimental del Jurado, que, en todo caso, la Ley apenas apunta, remitiendo su regulación al Reglamento.

El pronunciamiento del Jurado decide la cuestión y es inmediatamente ejecutorio (art. 35). Su resolución, de la que se exige la condición de ser motivada, sin duda para facilitar su eventual fiscalización jurisdiccional, se impone así a las dos partes. Es otra diferencia radical con el sistema del perito tercero: el papel arbitral que éste desempeñaba de hecho lo es ahora formalmente reconocido al Jurado al que así se responsabiliza directamente en esta función. La Administración ha perdido con ello su importante privilegio de la decisión previa que en la Ley de 1879 disfrutaba y que se traducía en la posibilidad de resolver unilateralmente sobre la cuantía de la indemnización, a reserva de la eventual impugnación contenciosa por parte del expropiado. La Ley de 1954 prueba aquí, una vez más, su tendencia marcada a robustecer las garantías de los particulares.

e) *La garantía judicial de la valoración.* — La justicia en la indemnización expropiatoria queda asegurada estableciendo la posibilidad de que sea cualquiera el sistema de valoración seguido pueda ésta ser sometida a revisión judicial. Ya vimos al comienzo de este trabajo que esta garantía final de los administrados figura explícitamente en alguna Constitución. En el Fuero de los Españoles no se indica nada de modo expreso; pero ya avanzamos allí que poniendo en conexión su artículo 32 con el 17, que consagra formalmente el principio de legalidad de la Administración, sería posible sostener la naturaleza constitucional para nuestro derecho de esta garantía sobre la indemnización expropiatoria.

Cuando no existe un criterio objetivo sobre la extensión de la indemnización expropiatoria, sino que la cuantía de ésta es determinada libremente por las leyes de expropiación, entonces la garantía judicial no asegura más que el principio formal de la recta aplicación de la Ley por los órganos que efectúan la valoración particular. Otro carácter reviste esta garantía cuando está ligada, como en la Ley que estudiamos, a un criterio material de fondo sobre el contenido de la indemnización, el criterio del «justo precio». Entonces, a través de la fiscalización de la aplicación legal, dada la remisión en blanco que ésta efectúa a los valores reales (arts. 36 y 43), se abre al Juez la posibilidad directa e inmediata de evaluar él mismo la efectiva cuantía del sacrificio expropiatorio, tasándolo definitivamente en su valor objetivo y cierto. No cabe entonces, en verdad, una garantía superior, y en virtud de ella la expropiación

queda definitivamente configurada en nuestro derecho, no como una privación de valor, sino como una conversión de derechos patrimoniales específicos en su exacto equivalente económico.

Existía la posibilidad de que la Ley se hubiese amparado en la naturaleza arbitral del Jurado como órgano de estimación en conciencia para imponer, como en el caso ordinario de los Jurados fiscales, la irrevisibilidad de su pronunciamiento. La Ley ha optado liberalmente y con plausible acierto, por ofrecer una garantía más, y ha establecido expresamente la posibilidad de que tanto el expropiado como la Administración, impugnen ante la jurisdicción contencioso-administrativa la resolución del Jurado, artículos 35 y 126.

Con independencia del posible vicio de forma en la fijación del justo precio, que puede ser impugnado específicamente dentro del principio general del derecho a las formas que ya hemos considerado, la Ley habilita una acción de lesión dirigida contra el fondo mismo de la resolución del Jurado y ante la jurisdicción contencioso-administrativa. «El recurso—dice el artículo 126—deberá fundarse en lesión cuando la cantidad fijada como justo precio sea inferior o superior en más de una sexta parte al que en tal concepto se haya alegado por el recurrente en trámite oportuno.» Se sigue el módulo de lesión rescisoria que figuraba ya en la Ley de 1879 y que es más favorable que el que se establece en el Derecho civil (art. 1.291, 1.º y 2.º). Es una innovación la exigencia de que ese módulo se aplique, no a un supuesto valor real libremente estimado por el recurrente en la demanda, sino precisamente al que en el expediente de justiprecio hubiese alegado eficazmente; es una precisión justa, derivada del principio de la buena fe, o si se prefiere, de los actos propios, y que había ya sancionado la jurisprudencia (128).

El carácter ejecutorio del fallo del Jurado, que como dijimos afecta también a la Administración, hace prever ahora a la Ley que el juicio de lesión pueda ser instado por la Administración. En realidad, debía haber dicho por el beneficiario, que es a quien afecta el pago de la indemnización y el único que, por tanto, está legitimado para invocar directamente la lesión sufrida. La precisión tiene ahora interés especial, pues cuando el beneficiario es un particular, concesionario o no, el régimen del recurso es idéntico al que procede en el caso normal de lesión invocada por el expropiado. Otra solución se da, sin embargo, cuando es la propia Administración la beneficiaria de la expropiación, pues entonces habrá que suponer que su eventual posición de demandante se matiza por su condición propia, y específicamente en nuestro Derecho, donde se ha substantivado como institución singular esa po-

(128) Referencias en RODRÍGUEZ MORO: Op. cit., pág. 349.

sición de la Administración demandante en el llamado «recurso de lesividad» (129).

La institución del recurso de lesividad, como su propio nombre está denotando, encubre justamente una acción rescisoria por lesión, más o menos desdibujada hoy (130). En el régimen anterior a la Ley que glosamos (y mucho más en el definido antes de la Ley de 1879, por la Real Orden de 30 de julio de 1863, ya citada) uno de los objetos de la acción de lesividad podía ser, indudablemente, la resolución final administrativa, fijando el montante el justo precio; el anómalo requisito de que cumulativamente a la lesión se produzca la infracción de derechos (131) podía entenderse cumplido por la circunstancia de que la integridad patrimonial está aquí asegurada por un derecho específico, en garantía del cual está concebida precisamente la acción rescisoria que se otorga a los mismos administrados. Se plantea ahora la cuestión de si en el régimen inaugurado por la Ley de 1954 esta solución es aplicable, es decir, si la impugnación de la resolución del Jurado fijando el justo precio puede llevarla la Administración por el cauce del recurso de lesividad, o está más bien sometida a idéntico régimen que el recurso de los particulares. El interés del tema se concreta virtualmente en un único punto, el plazo, pues de aceptar la solución favorable al recurso de lesividad la Administración contaría con un plazo de cuatro años para declarar lesivo el fallo del Jurado y acudir a la vía contenciosa (art. 7 de la Ley de lo Contencioso-administrativo de 7 de febrero de 1952), en tanto que la solución contraria la forzaría el estricto plazo de tres meses, a contar desde la fecha de notificación del acuerdo del Jurado.

El análisis del problema debe comenzar por examinar si el Jurado de expropiación es o no un órgano administrativo (aunque sus decisiones no estén sometidas, evidentemente, a la estructura jerárquica), pues sólo en caso de que lo fuera cabría plantear la posibilidad de promover contra sus acuerdos un recurso de lesividad, que es un recurso que la Administración interpone contra resoluciones administrativas. Esta cuestión puede entenderse resuelta con la observación de que en definitiva si los fallos del Jurado no fuesen resoluciones administrativas *stricto sensu* no serían residenciables ante la jurisdicción contenciosa, a tenor del artículo 1.º de la Ley de esta jurisdicción (132). Por otra parte, su incor-

(129) Vid. GUAITA: *El proceso administrativo de lesividad*, Barcelona, 1953, y mi trabajo, adelanto de otro más amplio inédito, *La configuración del recurso de lesividad*, «Revista de Administración Pública», núm. 15, 1954, págs. 109 y siguientes.

(130) Vid. mi trabajo citado en nota anterior donde se considera específicamente esta cuestión, en general olvidada por la doctrina actual.

(131) *La configuración*, cit., págs. 131 y ss.

(132) En la Exposición de Motivos de la Ley se desliza, sin embargo, la afirmación de que «los Jurados Provinciales de Expropiación... vienen a ser órganos en los que se componen las dos funciones pericial y judicial escindidas en el sistema actual». Apunta esta idea a la circunstancia de que en el Jurado, ór-

poración orgánica a los Gobiernos civiles, órgano administrativo prototípico, está determinada claramente en la Ley, artículo 33, párrafo 4.º. Este carácter, que no se pierde en el caso de expropiación llevada a efecto por Entidades locales o por razón de urbanismo (art. 85, norma segunda *a contrario*), califica inequívocamente al Jurado como órgano de la Administración central, lo que, sin más, excluye a las Administraciones locales de la posibilidad de impugnar sus acuerdos por la vía especial de la lesividad, bien actúen de expropiantes o de expropiadas, y las somete al régimen contencioso ordinario establecido para los administrativos (133).

Reduciéndonos a la Administración central, por consiguiente, debe aceptarse, a mi juicio, la posibilidad de que su eventual impugnación de los acuerdos del Jurado se lleve por la vía especial del recurso de lesividad. Apoyan esta conclusión la naturaleza de esta vía, ligada al beneficio de la menor edad de la Administración, con todas sus razones de fondo (134), su carácter especial de acción de lesión, que encontraría aquí una manifestación típica, la observación fundamental de que en otro caso sería difícil o imposible, las más de las veces, cumplir en el plazo de tres meses todos los trámites internos que se exigen para que la Administración promueva una acción judicial, y, finalmente, el argumento formal de que la referencia a la impugnación administrativa que contiene el artículo 126 de la Ley de Expropiación remite al régimen general contencioso-administrativo, sin declarar en ningún caso una unificación de las posiciones de la Administración y del particular. El importante sacrificio de la facultad administrativa de la decisión previa en la fijación del justo precio, que ha consumado la Ley, y la definición correlativa de la carga de impugnar judicialmente esa fijación, pueden ser parcialmente compensados con el reconocimiento de esa vía especial de impugnación que aquí sería, efectivamente, conforme han calificado la jurisprudencia y la doctrina, una vía privilegiada (135).

gano pericial, se responsabiliza directamente la decisión de fijar la indemnización expropiatoria que eran los dos aspectos separados en el régimen anterior, pero es evidente que esa decisión no es judicial en sí misma. Ha pesado también el carácter arbitral del Jurado y el equívoco sobre la naturaleza del arbitraje. En cualquier caso la calificación del Jurado como órgano judicial no es sostenible técnicamente.

(133) Artículo 2.º de la Ley de lo Contencioso, auto de 31 de enero de 1896, sentencia de 25 de noviembre de 1940.

(134) *La configuración*, cit., págs. 117 y ss.

(135) Sentencias de 12 de junio de 1929, 2 de junio de 1934, 14 de junio y 18 de diciembre de 1943, 9 de marzo de 1948, etc.; FERNÁNDEZ MOURILLO: *Lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1926; págs. 55 y ss.; PI Y SUÑER: *Lo contencioso-administrativo*, Barcelona, 1929, pág. 158; ROYO VILLANOVA: *Problemas de régimen jurídico municipal*, Madrid, 1944, pág. 174; GUAITA: *Op. cit.*, págs. 28, 29 y 34; GONZÁLEZ PÉREZ: *La declaración de lesividad*, «Revista de Administración Pública», número 12, 1950, págs. 61-2, etc. Por mi parte, en el trabajo inédito ya citado, del que es un adelanto el estudio *La configuración del recurso de lesividad* cit., trato de demostrar que después de su origen como un efectivo beneficio, la institución de la lesividad ha pasado a ser actualmente

5. *Retrocesión del bien expropiado.*

La última garantía que el sistema legal erige en beneficio de los administrados se manifiesta posteriormente a la íntegra consumación de la expropiación, y se concreta en el derecho con que se habilita al expropiado para recuperar el bien objeto de la expropiación «en el caso de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, así como si hubiera alguna parte sobrante o desapareciese la afectación» (art. 54). Se trata de un efecto especial producido por el juego de la causa de la expropiación, como ya adelantamos al estudiar este elemento de la potestad expropiatoria. Dogmáticamente podía ser caracterizado como la consecuencia de una «invalidez sucesiva» sobrevinida a la expropiación por la desaparición del elemento esencial de la causa (136), siendo relevante a tales efectos esta desaparición por el carácter cardinal que la causa presenta, según notamos, como destino a que se afecta el bien expropiado después de su expropiación, que hace, por ende, normal su consideración *ex post*. Lo peculiar de esta invalidez es que sus efectos se producen *ex nunc*; es decir, que no condena la validez originaria con que la expropiación fué realizada (137). No hay, pues, anulación de esta expropiación, sino mera cesación de sus efectos, la cual se habilita mediante una transmisión de signo contrario que se ha llamado expresivamente, desde la perspectiva ordinaria de la expropiación adquisitiva plena, reempción, o también reversión, retrocesión, y recientemente, sacando a primer plano la cesación del efecto expropiatorio, remisión de la expropiación (138).

El supuesto de hecho queda enunciado con la mención del texto del artículo 54 de la Ley, que se ha esforzado en dar generalidad a una hipótesis hasta este momento reservada en nuestra legislación a la expropiación tradicional para obras públicas. Por cierto, que aunque este texto no formula reserva expresa, debe entenderse que la hipótesis no se produce normalmente en el supuesto de expropiación previsto en el párrafo 2.º del artículo 15, que se extiende a zonas limítrofes de las inmediatamente necesarias al fin expropiatorio «para previsibles ampliaciones de la obra o finalidad

una positiva carga para la Administración y en manera alguna un privilegio. La aplicación que se propone en el texto estaría en la línea del genuino sentido de la institución.

(136) Sobre el concepto de invalidez sucesiva, S. ROMANO: *Osservazioni sulla invalidità successiva degli atti amministrativi*, en *Scritti in onore de G. Vachelli*, recogido en los *Scritti minori* del autor, II, Milano, 1950, págs. 335 y ss., en especial para la aplicación que proponemos (que no es específicamente prevista en el estudio), a partir de la pág. 341. También GASPARRI: *L'invalidità successiva degli atti amministrativi*, Pisa, 1939. Desde la perspectiva del Derecho privado, SCOGNAMIGLIO: *Sulla invalidità successiva dei negozi giuridici*, en «Annali di Diritto comparato e studi legislativi», Roma, 1951.

(137) ROMANO: *Osservazioni*, págs. 344-5.

(138) MAISONNIER: *De la remise en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique*, Paris, 1954.

de que se trate»; en presencia de tal caso sólo una desafectación expresa podrá legitimar el derecho de retrocesión del expropiado, pero es evidente que no bastará para ello la circunstancia, que es normal en los demás casos, de no construirse la obra o establecerse el servicio, que aquí queda remitida a proyectos futuros; es decir, estos excedentes para ampliaciones previsibles no tienen la consideración de «parte sobrante» en la calificación del artículo 54 (139).

El derecho de retrocesión se reconoce al expropiado y a sus causahabientes, conforme ya precisaba el artículo 43 de la anterior Ley de expropiación de 1879, reformada en este punto por la Ley de 24 de julio de 1918. Este derecho estaba sometido a un plazo de caducidad de treinta años en este precepto anterior, condicionamiento que no recoge la nueva Ley, siendo difícil precisar si esta omisión responde a algún criterio o ha de ser corregida en el Reglamento.

El ejercicio del derecho de retrocesión se limita al plazo de un mes, contado «desde la fecha en que la Administración hubiera notificado la inejecución, terminación o desaparición de la obra o servicio público, o desde que el particular comparezca en el expediente dándose por notificado» (art. 55). Esta última fórmula amplía las posibilidades de ejercicio de este derecho, que en la Ley anterior se condicionaba en todos los casos a la notificación directa o por edictos; se trata de evitar que el derecho del expropiado quede subordinado a la iniciativa procedimental de la Administración.

Elemento de la reversión expropiatoria es la indemnización a la Administración por el bien que se revierte. En la Ley de 1879 se seguía el criterio de que el precio de la reversión se concretaba en la devolución del precio de la expropiación original, acaso por conceptuar la reversión como una invalidación de este acto. En la práctica el sistema resultaba frecuentemente injusto y la Ley de 24 de julio de 1918, que dió nueva redacción al artículo 43 de la Ley de 1879, refirió la indemnización al valor real que la cosa tuviese en el momento de la reversión (140). La nueva Ley persiste en este criterio, que se apoya dogmáticamente, en efecto, en el concepto de invalidez sobrevenida, y no original, de la expropiación que a la reversión corresponde, según se ha indicado, y en los efectos de esta calificación. Sólo si la reversión tiene lugar antes del plazo

(139) Es la solución normal en aquellos derechos que construyen con fines fiscales o de expropiación de plusvalías la que llaman «expropiación por zonas» (no en el sentido de nuestra Ley), que se extiende a las zonas limítrofes a los proyectos determinantes de la expropiación, solución frecuente en las expropiaciones urbanísticas y que la Ley de 16 de diciembre de 1954 (acaso por la remisión en blanco a las normas especiales sobre expropiaciones urbanísticas, art. 85) no ha regulado. Para la inaplicación en tales hipótesis del derecho de reversión, inaplicación fácilmente explicable por la peculiaridad de su *causa expropriandi*, que es la que sostiene este derecho, BAUDRY: Op. cit., pág. 112; WILKIN: Op. cit., pág. 23.

(140) RODRÍGUEZ MORO: Op. cit., pág. 369.

de dos años desde la expropiación (manifestada, como sabemos, en la ocupación y el pago), «se entenderá que el precio debe ser el inicial, salvo que en el objeto expropiado se hubieren realizado mejoras o producido daños que afecten a dicha valoración» (art. 54); evidentemente este plazo de dos años está tomado del artículo 58 que lo establece, como ya dijimos, como período de vigencia del justo precio expropiatorio en cuanto a su pago por la Administración.

B) LA EXTENSIÓN DE LA GARANTÍA A CUALQUIER DAÑO PATRIMONIAL IMPUTABLE A LA ADMINISTRACIÓN

La peculiaridad quizá más notable de la nueva Ley de Expropiación Forzosa es la extensión del sistema de garantía patrimonial de los administrados fuera del supuesto de expropiación propiamente tal, aplicándolo a cualquier daño patrimonial imputable a la Administración y no sólo al despojo expropiatorio. La Ley desborda así los límites reconocidos a la institución de la expropiación forzosa, entrando a regular derivativamente el tema de la responsabilidad civil de la Administración. Teniendo en cuenta la radical reforma que la Ley aporta en esta materia, se encuentra aquí, sin duda, la más trascendental de sus innovaciones, sistemática y políticamente.

1. *La reforma del sistema de responsabilidad civil de la Administración.*

a) *El artículo 121 de la Ley.*—«Dará también lugar a indemnización... toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o [de] la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo».

Esta es la norma esencial sobre el tema, y se comprende en el párrafo 1.º del artículo 121 de la Ley. Sobre sus términos escuetos ha de reposar, en adelante, uno de los puntos cardinales de nuestro ordenamiento positivo.

b) *Oportunidad de la reforma:* aa) *El sistema anterior.*—El sistema vigente hasta esta Ley, en orden a la responsabilidad civil de la Administración, adolecía de una imperfección de gran bulto, que constituía ciertamente una de las quiebras más significativas de nuestro régimen administrativo. El principio fundamental sobre la materia era el contenido en el artículo 1.903, párrafo 5.º, del Código civil: «El Estado es responsable en este con-

cepto cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior.»

Este precepto era susceptible de una interpretación positiva, que aplicó el Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de enero de 1892, y que postuló más tarde con acierto FERNÁNDEZ DE VELASCO: el artículo 1.903 trata expresamente de la responsabilidad por hechos de tercero, y de aquí la referencia «por este concepto» al «agente especial», que, al carecer de la condición de órgano de la Administración, es efectivamente un tercero respecto de ella; en la hipótesis alternativa del «agente especial», es decir, «cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada», la Administración debe responder, no por la teoría de la responsabilidad por hecho de tercero, sino por el principio de responsabilidad por hechos propios, dado que el funcionario es un órgano de la Administración y a su través es ésta verdaderamente quien actúa, lo que expresa con corrección el precepto al remitir para este supuesto al juego del artículo 1.902 (141) (142). Esta interpretación es, en verdad, difícilmente impugnabile; pero, sin embargo, con la excepción de esa sentencia ya citada, el Tribunal Supremo se apartó de ella para llegar al resultado absurdo de sancionar la irresponsabilidad civil de la Administración fuera de la hipótesis excepcional de su actuación mediante «agente especial». Es como si en el caso de las sociedades mercantiles se llegase a sostener que únicamente respondían civilmente por hechos de los dependientes, pero no por los de sus factores y órganos ordinarios, dado que sólo a los dependientes se menciona en el artículo 1.903. Lo que claramente

(141) FERNÁNDEZ DE VELASCO: *Resumen*, cit., II, págs. 445 y ss.

(142) En la jurisprudencia y doctrina civil francesa, que es matizadísima, como se sabe, en toda la materia de responsabilidad, se distingue también ordinariamente, al tratar de la responsabilidad por hechos de otro, entre los hechos de un «agente de ejecución» y los de un «representante», afirmándose que la responsabilidad por hechos de un órgano o representante en el caso de las personas jurídicas es responsabilidad directa, y «por hecho personal», no indirecta. Vid. CHAPUS: *Responsabilité publique et responsabilité privée*, cit., págs. 203 y ss.; MICHOU: *La théorie de la personnalité morale*, 3.^a ed. por TROTABAS, II, Paris, 1952, págs. 243 y ss.; H. MAZEAUD y L. MAZEAUD: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 4.^a ed., II, Paris, 1949, págs. 829 y ss. Es notable el paralelismo de terminología con nuestro artículo 1.903. A continuación hacemos una referencia al problema de las personas jurídicas privadas en nuestro Derecho, que es necesario resolver en el mismo sentido. Sobre el problema general en la responsabilidad de la Administración, calificada como responsabilidad directa y no como responsabilidad por hecho de tercero, especialmente ALESSI: *La responsabilità della pubblica Amministrazione* cit., págs. 142 y ss., criticando la misma doctrina acogida por nuestro Tribunal Supremo y a la que a continuación nos referimos. Recientemente ha surgido una voz disidente en esta construcción, la de CASERTA: *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953, págs. 186 y ss., aunque dentro de una teoría de conjunto que coincide en sus aplicaciones con la doctrina general.

es una ampliación de la extensión de la responsabilidad, la responsabilidad por hecho de tercero, se interpretó como el único caso de responsabilidad posible, negando ésta en la hipótesis ordinaria de los daños producidos por actuación propia. El Tribunal Supremo entendió que de los daños causados por la Administración a través de sus órganos y funcionarios obrando en el ejercicio de sus cargos era responsable el propio funcionario o el titular del órgano de que se tratase, conforme a la Ley de Responsabilidad Civil de los Funcionarios, de 5 de abril de 1904, y Reglamento de 23 de septiembre siguiente (143). La base teórica de esta absurda conclusión no podía ser más endeble: el Estado no es responsable de los daños que resulten a los particulares como consecuencia de la gestión de los empleados públicos porque no cabe suponer en el Estado culpa ni aun negligencia en la organización de los servicios públicos y en la designación de sus agentes, sino, por el contrario, la previsión humanamente posible para que cada servicio responda al bien general (144); en cambio, el Estado debe responder cuando obra por agente especial, porque en tal caso cabe imputarle una culpa *in eligendo*, que es la base de su responsabilidad (145).

Es dudoso discernir cuál de estas dos interpretaciones estaba en el ánimo de los redactores del Código civil (146); pero es un hecho que el Tribunal Supremo hizo naufragar todas las posibilidades del texto legal, incluso, como hemos observado, las posibilidades precisamente más razonables. Pesó sobre esta tendencia decisivamente la concepción que previó en todo el mundo, y no sólo entre nosotros, a lo largo del siglo XIX, y aun hasta nuestros mismos días en países como Estados Unidos e Inglaterra, según la cual responsabilidad y soberanía eran términos rigurosamente antitéticos, imponiéndose la doctrina de la irresponsabilidad civil de la Administración: «de propre de la souveraineté—decía LAFERRIERE en 1896—est de s'imposer à tous sans compensation». La doctrina de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil,

(143) Sentencias de 18 de mayo de 1904, 8 de julio de 1911, 18 de febrero de 1914.

(144) Así expresamente, sentencia de 7 de enero de 1898. El mismo argumento en LAFERRIERE: *Traité de la juridiction*, cit., I, pág. 622.

(145) Sentencia de 18 de mayo de 1904 citada. Como se ve, el Tribunal Supremo concibe la actuación de la Administración por los órganos y funcionarios ordinarios como actuación a través de tercero, construyendo el supuesto de la responsabilidad derivada de esta actuación desde la perspectiva de la responsabilidad por hechos ajenos, y específicamente desde la tesis de la culpa *in eligendo*. Como hemos observado, esto equivale a negar la doctrina del órgano, base de toda organización colectiva.

(146) Pues el párrafo relativo a la responsabilidad del Estado es la única novedad del artículo por relación a su modelo, el artículo 1.384 del *Code*. El precepto tampoco se encuentra en otros derechos de donde pudieran haberse inspirado los redactores del Código. Sin embargo, es preciso reconocer que la doctrina administrativa del momento (Cfr. nota 144 y el texto que sigue) estaba en la línea de la posición negativa.

que impera hasta hoy mismo, llegaba a análogas consecuencias, por la dificultad de suponer una culpa propia de la Administración y no atribuible directamente al agente que obra en nombre de ella.

Así, en nuestro Derecho el artículo 1.903 del Código civil ha jugado como un principio de negación de la responsabilidad civil de la Administración en los supuestos ordinarios, fuera de la hipótesis singular—y excepcionalísima en la práctica—de la actuación de «agente especial». Por mi parte sospecho sobre algunos datos que en la jurisprudencia y aun en la legislación del siglo XIX es posible encontrar criterios más liberales sobre la materia, aunque no es ocasión propicia ésta para verificarlo; a mi juicio en esta institución fundamental, como en otras muchas que están en el quicio mismo de nuestro régimen administrativo, ha de ser posible señalar el ingente bache que el Derecho Administrativo sufre en nuestra patria en el último tercio del siglo XIX, en cuyo fondo se perdieron algunos principios decisivos, que hoy volvemos a valorar, y a intentar recuperar incluso, tras un largo oscurecimiento (147).

En leyes especiales se ha enunciado en alguna ocasión el principio de indemnización por daños producidos con ocasión de sacrificios forzosos, preceptos que vienen siendo citados tradicionalmente como excepciones al principio de irresponsabilidad que re-

(147) Los factores determinantes de esta gran depresión son dos a mi juicio: la pérdida del espíritu de la primera y magnífica generación de administrativistas, y su sustitución por abogados que dejan ya de teorizar el Derecho administrativo como construcción política y de conjunto, y, en segundo lugar, la separación del Consejo de Estado de la función jurisdiccional contencioso-administrativa con el fracaso subsiguiente de la llamada jurisdicción mixta. Aunque brevemente, he notado ya la existencia de este declive en lo que hace a la jurisdicción contencioso-administrativa en general, y a aspectos señalados dentro de la misma, en *La configuración del recurso de lesividad* cit., especialmente págs. 110-1, nota, y *passim*. Datos fundamentales que permiten sostener la afirmación del texto son: la Ley de 9 de abril de 1842, que estableció la responsabilidad del Estado por los daños producidos por las guerras carlistas, adelantándose a lo que en nuestros días ha sido tomado como la solución más avanzada dentro del principio de responsabilidad (Cfr. JEZE: *La réparation integrale des dommages causés par les faits de guerre*, en «Revue de Droit Public», 1915, págs. 5 y ss.; ROLLAND: *La loi de 17 avril 1919 sur la réparation des dommages causés par les faits de guerre*, en la misma Revista, 1919, páginas 367 y ss.; MAYRAS: *La réparation des dommages matériels et corporels causés par la guerre*, en «Conseil d'Etat, Etudes e: documents», Paris, 1948, págs. 54 y ss.; BERLIA: *Essai sur les fondements de la responsabilité civile en Droit public français*, en «Revue de Droit Public», 1951, págs. 685 y ss.; FEDERICO-NICOLETTI: *Il risarcimento dei danni di guerra*, Milano, 1954; ALESSI: *La responsabilità*, págs. 332 y ss.; FORSTHOFF: *Lehrbuch*, cit., págs. 280 y ss.); el artículo 4.º del Reglamento de 22 de junio de 1894 para la ejecución de la Ley de lo Contencioso (que procede del texto de 1888), que supone indemnizables, según principios sustantivos que no son los del artículo 1.903 del C. c., los perjuicios dimanados de actos discrecionales no fiscalizables en vía contenciosa, etc. Vid. también referencias a antigua doctrina jurisprudencial en el mismo sentido, en S. ROYO VILLANOVA: *La responsabilidad de la Administración*, Madrid, Tipografía de Archivos, 1933, págs. 63 y ss.

sulta del artículo 1.903 del Código civil (148), pero que en su gran mayoría quedan hoy comprendidos dentro del amplio concepto de expropiación forzosa que resulta del artículo 1.º de la nueva Ley que estamos estudiando (Ley de expropiación propiamente tal, requisas civiles de la Ley de Aguas, indemnización por inejecución de sentencias contencioso - administrativas, rescate de concesiones de puertos, requisas y sacrificios sanitarios y por epizootias, servidumbres forestales, indemnización a los testigos de juicios penales, y, finalmente, artículo 4.º del Reglamento de 1894 para la ejecución de la Ley de lo contencioso) (149).

La Ley de Régimen Local vigente, en su primera formulación de 16 de diciembre de 1950 (hoy texto refundido de 24 de junio de 1955), había introducido por vez primera en nuestro Derecho, con las anteriores salvedades, el principio general de responsabilidad civil administrativa en la esfera de la Administración local, según la siguiente expresión de su artículo 405: «Las entidades locales responderán civilmente, en forma directa o subsidiaria, según se especifica en el artículo siguiente, de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroge la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios o agentes, en la esfera de sus atribuciones respectivas.» La fórmula parece tomada del Derecho alemán, como luego precisaremos.

bb] *El Derecho comparado.*—Nuestro ordenamiento había llegado a ser una flagrante excepción en el Derecho comparado, dentro del cual se ha ido extendiendo uniformemente el principio de responsabilidad de la Administración desde finales del siglo pasado hasta llegar a hacer del mismo una de las piezas maestras de la construcción positiva del Estado de Derecho. Este desenvolvimiento, que constituye una de las muestras más concluyentes de la vitalidad del Derecho administrativo surgido de la Revolución francesa, ha corrido pareja curiosamente con el paralelo incremento de la acción del Estado durante el mismo período, y se nos ofrece como una contrapartida fundamental con que neutralizar esta fuerte tendencia; sobre lo cual hablaremos más ade-

(148) ROYO VILLANOVA: *La responsabilidad*, págs. 57 y ss.; GARRIDO FALLA: *La teoría de la indemnización de derecho público*, cit., págs. 431 y ss.

(149) Especialmente sobre el artículo 4.º del Reglamento de lo contencioso-administrativo se ha intentado fundar el principio general de indemnización por daños producidos mediante sacrificios legítimos (GARRIDO: *Op. cit.*, págs. 432, 434, 440). Se ha tratado, sin duda, de una construcción forzada por la menesterosidad de nuestro régimen positivo, y laudable en cuanto intentaba remediar tan grave deficiencia, pero objetivamente poco justificada, ya que se trata de una simple reserva legal («sin perjuicio del derecho a las indemnizaciones a que puedan dar lugar tales disposiciones») que nada prejuzga, tanto más cuanto que se trata de una norma procesal y, además, reglamentaria. Cfr. ROYO VILLANOVA: *La responsabilidad*, cit., págs. 59 y ss.; ALONSO OLEA, reseña del citado trabajo de GARRIDO, en «Revista de Administración Pública», número 10, 1953, página 312, nota. Como se verá, ese artículo 4.º ha pesado todavía en la nueva Ley.

lante. Toda una prolija teoría, constantemente en evolución y discusión, ha sido puesta en juego para sostener y alentar este principio de responsabilidad de la Administración, que tan frontalmente afectaba a dogmas seculares tenidos por incommovibles. Desde un modesto y oscuro origen jurisprudencial el principio ha herido tan agudamente la sensibilidad de los juristas, y lo han valorado hasta tal punto como una conquista de primer orden, que han pugnado por plasmarlo y consagrarlo solemnemente en la superlegalidad de las Constituciones, en lo que ha culminado su carácter definidor y central dentro del esquema del Estado de Derecho (150): *ultima ratio* del Estado de Derecho lo llamó expresivamente WALTER JELLINEK (151).

La última manifestación de esta poderosa tendencia ha sido la de los países anglosajones. En un famoso artículo, publicado en 1929, el norteamericano GARNER había sostenido que la única diferencia substancial que entonces separaba el régimen administrativo continental del propio de los países anglosajones era justamente la repulsa que en éstos se encontraba del principio de responsabilidad civil de la Administración (152). La atribución de responsabilidad, según el derecho común (*the ordinary law of the land*), al funcionario o agente ejecutor, que DICEY había visto como una de las superioridades del sistema inglés sobre el *Droit administratif* de tipo

(150) La consagración constitucional de la responsabilidad de la Administración se inicia con la Constitución de Weimar en 1919, artículo 131, y de aquí pasa a todo el movimiento constitucional posterior (Constituciones austriaca, rumana, polaca, griega, checa, española de 1931, yugoslava, etc.), continuándose en el constitucionalismo de esta segunda postguerra (yugoslava de 1945, art. 41; brasileña de 1946, art. 194; japonesa de 1946, art. 17; coreana de 1948, art. 27; las varias de los Länder alemanes; italiana de 1948, art. 28; federal alemana de 1949, art. 34; uruguaya de 1952, art. 24).

(151) Citado por ROYO VILLANOVA: Op. cit., pág. 49. LEGAZ LACAMBRA, *El Estado de Derecho*, en «Revista de Administración Pública», núm. 6, 1951, página 30, afirma concluyentemente que «un sistema de responsabilidad de la Administración... es esencial a la existencia del Estado de Derecho». En Inglaterra el famoso informe del «Committee on Ministers' Powers» de 1932, que tanto influjo ha tenido en el desenvolvimiento del derecho público británico, al recomendar la corrección legislativa del sistema de irresponsabilidad de la Corona (vid., *infra*) se refirió al mismo como una «lacuna in the rule of law» (ROBSON: *Justice and Administrative Law*, 3.^a ed., London, 1951, pág. 439, v en la edición oficial del *Report*, H. M. S. O., pág. 112), y es sabido que esta expresión «rule or supremacy of law», independientemente del sentido peculiar y polémico que le asignó DICEY (vid. más adelante en el texto y nota 153), se utiliza en los países anglosajones con análogo alcance que la expresión continental «Estado de Derecho». La incompatibilidad del principio con el sistema comunista, que lo considera de inspiración «propietarista», en el trabajo del jurista soviético KARADJE-ISKROW: *Notes sur la responsabilité de la puissance publique*, en «Archives de Philosophie de Droit et de Sociologie juridique», 1936.

(152) J. W. GARNER: *La conception anglo-américaine du Droit administratif*, en *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, 1929, págs. 335 y ss., especialmente a partir de la página 362.

francés, caracterizado como un derecho regresivo y antiliberal (153), es insólitamente reconocido de pronto como un serio motivo de inferioridad en el orden de la garantía. Lo que sobresalía no era ciertamente esa afirmación de la responsabilidad del funcionario, sino justamente la negación de esta responsabilidad al ente colectivo que se expresaba en el principio histórico *the king can do not wrong* (154), y que comienza entonces a calificarse llanamente como *the most striking anomaly in our law* (155).

En Norteamérica la rectificación de este estado de cosas ha seguido una vía singular. Siendo la única posibilidad de lograr una indemnización por daños la votación por el Congreso de un *private Bill* al efecto, se generalizó muy tempranamente la práctica de acudir al Poder legislativo en demanda de este remedio excepcional. Esto implicaba, por una parte, la entrega de problemas jurídicos difíciles a un cuerpo político y no técnico, con la consecuencia inmediata, cuando no del error, de la arbitrariedad y del favoritismo más abiertos (156); por otra parte, distraer a un órgano político de la máxima autoridad en el país con cuestiones que no estaban ciertamente a la altura de su responsabilidad. Esta última consideración dió lugar, ya en 1855, a la configuración de una llamada *Court of Claims*, encargada de estudiar las reclamaciones sobre la responsabilidad contractual del Estado, organismo consultivo del

(153) *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1.^a ed., 1885; cito por la 9.^a ed. de WADE, repr., London, 1952, pág. 345. La crítica de DICEY al sistema de «protection of officials» omitía la consecuencia que el sistema implicaba de una vinculación de la Administración en cuanto tal, que resulta mucho más efectiva que la responsabilidad personal de los agentes. «Históricamente, el artículo 75 de la Constitución del año VIII—dice HAURIOU, refiriéndose al precepto mismo que critica DICEY—y la garantía de los funcionarios son la causa, al menos en la misma medida que el principio de separación de los poderes, de la canalización de nuestro Derecho en la teoría del acto; toda la exigencia de represalias ha encontrado su satisfacción en el recurso contra el acto y en las acciones de indemnización contra la Administración» (*Précis*, cit., pág. 33). Vid. también más adelante en el texto.

(154) Cfr. ROBINSON: *Public authorities and legal liability*, London, 1925, págs. 6 y ss. y el capítulo introductorio de MORGAN: *Remedies against the Crown*, páginas XV y ss. «Que esta doctrina—dice GARNER: Op. cit., página 36—haya sido introducida en los Estados Unidos, donde no ha habido rey, donde el jefe del Estado no fué jamás el soberano, donde el poder soberano del Estado se residenció desde el principio en el pueblo, es un misterio, incluso para ciertos juristas americanos.» En el mismo sentido, STREET: «Why this English theory of sovereign immunity, an immunity originally personal to the King, came to be applied to the United States is one of the mysteries of the legal evolution» (*Governmental liability. A comparative study*, Cambridge, 1953, pág. 8). GELLHORN y SCHENCK lo atribuyen «to the financial instability of the infant American States», después de la Guerra de Independencia, más que al influjo de los fundamentos teóricos de la doctrina, en *Tort Actions against the Federal Government*, «Columbia Law Review», 47, 1947, pág. 722.

(155) MORGAN: Op. cit., pág. XVIII. El ya citado informe del «Committee on Ministers' Powers» llama también al principio expresivamente «a gap in the structure of the Constitution, where the supremacy of the Law does not prevail» (pág. 118 de la ed. citada).

(156) GARNER: Op. cit., pág. 370; STREET: Op. cit., págs. 10 y ss.

Congreso en su primera fase, pero que en 1863 se independiza, funcionando como verdadero Tribunal (157). Sin duda, pesaron también decisivamente en esta primera brecha contra el dogma de la inmunidad del Estado las exigencias prácticas derivadas de la contratación pública, que requiere inexcusablemente una garantía de este carácter (158). En materia de *torts* (daños extracontractuales), sin embargo, persistió la práctica de los *private Bills*. En forma creciente el Congreso se vió inundado de peticiones de este carácter. El setenta y cuatro y el setenta y cinco Congresos, por ejemplo, recibieron cada uno más de 2.300 reclamaciones por este concepto, cuya cuantía total de indemnizaciones excedía de los cien millones de dólares (159). El escándalo se mezcló gravemente en el tema. Los dos factores empujaron fuertemente a una reforma que reconociese la persecución judicial de la responsabilidad extracontractual del Estado. Desde 1929 se estudian proyectos en este sentido, que no logran plasmarse en realidad hasta 1946. Como título IV de la *Legislative Reorganization Act*, dictada en esta fedra, se incluyó una *Federal Tort Claims Act*, que acogió, por vez primera, el principio de la responsabilidad extracontractual del Estado americano (160). Es expresiva esta inclusión de la Ley de Responsabilidad en la Ley general de Reorganización del Congreso, porque prueba, mejor que cualquier afirmación, cómo ha sido el cuidado de descargar las labores del Congreso, y, muy principalmente, el de regular y moralizar su actuación (161), las razones que han movido a reforma tan trascendental, aunque, naturalmente, se incluyesen en la cuestión los motivos generales que postulaban la reg'la de la responsabilidad estatal judicialmente exigible. La competencia se atribuye a los Tribunales de Distrito con apelación ante la *Court of Claims*.

En Inglaterra el proceso ha sido distinto. Los inconvenientes del sistema de atribución directa de la responsabilidad por daños al funcionario fueron emergiendo vívidamente en cuanto la Administración inglesa fué extendiendo sus actividades y actuando, por consiguiente, anónima e impersonalmente. En 1921, el Lord

(157) STREET: Op. cit., págs. 11 y ss. En 1887 se traslada a los «Federal District Courts» la jurisdicción sobre cuantías hasta 10.000 dólares. *Ibidem*, pág. 12.

(158) Cfr. SCHWARTZ: *Le Droit administratif américain*, París, 1952 páginas 219 y ss.

(159) STREET: Op. cit., pág. 12.

(160) STREET: *Ibidem*; SCHWARTZ: Op. cit., págs. 227 y ss. El texto de la Ley, en el apéndice a la obra de PARKER, *Administrative Law*, Indianápolis, 1952, págs. 307 y ss.; puede verse su traducción castellana en FRAGA IRIBARNE: *La reforma del Congreso de los Estados Unidos*, Madrid, 1951, págs. 567-577.

(161) TUNC Y TUNC: *Le Système constitutionnel des Etats Unis d'Amérique*, II, París, 1954, pág. 71, nota: «Una fuente importante de despilfarró y de escándalo ha sido suprimida desde que la Legislative Reorganization Act, en su título IV («Federal Tort Claims Act»), ha prohibido la introducción de ciertos proyectos de «leyes privadas» Sobre el sentido general de la Ley de Reorganización, vid. la obra de FRAGA citada en nota anterior.

Canciller designa una comisión de estudio del problema, la cual, en 1927, tras de un extenso estudio, presenta un proyecto de ley que propone abiertamente *make the Crown freely suable in tort*, proyecto que se pierde entre las urgencias políticas (162). El informe del *Commitee on Ministers' Powers*, de 1932, reitera la recomendación (163). Adviene por estas mismas fechas la conocida polémica sobre el Derecho administrativo en Inglaterra, y la revisión del concepto de *rule of law*, de DICEY, entendido como *rule of judge*, polémica que dura virtualmente hasta nuestros días, y tras de la cual se ha puesto definitivamente en evidencia la inferioridad de garantías que el sistema británico ofrece frente al régimen administrativo continental (164); «el punto de vista de DICEY es compartido ya por muy poca gente a este lado del Canal. Incluso los juristas más conservadores están dispuestos a reconocer que el sistema francés ofrece al ciudadano mayores garantías de justicia y mayores ocasiones de reparación en sus relaciones con el Estado que los tribunales ingleses. Ningún jurista inglés pareció dispuesto a sostener lo contrario en la Conferencia jurídica anglo-francesa, organizada en Londres por la Law Society, en 1947» (165).

La habilitación de ficciones jurídicas, de que tan amplia gala suele hacer el Derecho inglés, había acertado a paliar algunos inconvenientes del sistema. Se estableció la práctica, en efecto, de que los Ministerios aceptaban las demandas dirigidas contra un funcionario designado por ellos a estos efectos, y que no tenía ordinariamente la menor relación con el hecho dañoso que se ventilaba, soportando el propio Ministerio las costas, y en caso de vencimiento, la integridad de la condena (166). El arbitrio funcionó hasta 1946, en que la Cámara de los Lores lo hizo saltar juzgando un caso concreto (167). Esta decisión movió a la *Court of Appeal*

(162) STREET: Op. cit., pág. 5. La primera ruptura de la inmunidad de la Corona por daños extracontractuales se presenta, sin embargo, en Austria en virtud de una ley votada por el Parlamento de este país en 1903. Este precedente fué constantemente invocado en el movimiento de reforma. (Vid. MORGAN: Op. cit., págs. XXIX y ss.; STREET: Op. cit., págs. 6-7). Otros países de la «Commonwealth» siguieron este camino con anterioridad a la metrópoli: Africa del Sur, 1910; Canadá, 1927 (STREET, págs. 6-7). Hay que hacer la reserva de que en materia contractual la responsabilidad de la Corona podía hacerse valer por el sistema—imperfectísimo como discrecional, y objeto también de la reforma—de «petition of right» directamente dirigida a la Corona, según una práctica que remonta al siglo XIII (STREET, pág. 1); igualmente las entidades locales, no obstante considerarse como «emanations of Crown», no podían ampararse en el principio de inmunidad (MORGAN, págs. VI y ss.). La inmunidad afectaba, pues, a la Corona, Administración Central, y en materia de «torts», característicamente.

(163) Vid. *supra*, notas 151 y 155.

(164) Un buen resumen en ROBSON: *Justice and Administrative Law*, cit., págs. 419 y ss. y 546 y ss.

(165) ROBSON: *Administrative Law in England, 1919-1948*, en la obra colectiva *British Government since 1918*, London, 2.ª imp., 1951, págs. 87-8.

(166) STREET: Op. cit., pág. 5; ROBSON: *Administrative Law*, cit., pág. 143.

(167) *Adam v. Naylor*, referido por los autores citados en nota anterior; ROBSON acompaña un resumen de la parte dispositiva de la sentencia.

a rechazar meses después el juego de la ficción en otro caso (168). Fue esta la ocasión que aprovechó el Gobierno laborista para llamar la atención sobre la injusticia flagrante del tal régimen jurídico, urgiendo la aprobación, en el mismo año, de la *Crown Proceedings Act*, acordada el 31 de julio de 1947, y que entró en vigor el 1 de enero de 1948 (169). El viejo principio de la inmunidad de la Corona por los daños causados por sus agentes queda roto en Inglaterra definitivamente. «The Crown—dice la nueva Ley en su Sección 2.—shall be subject to all those liabilities in tort to which, if it were a private person of full age and capacity, it would be subject in respect of torts committed by its servants or agents» (170).

Tras de estas significativas conversiones al principio de responsabilidad civil de la Administración puede decirse que apenas ya España, y, por su influjo en buena parte, algunos países hispano-americanos, resultaban extraños a un sistema definitivamente consagrado en la configuración jurídica del Estado contemporáneo (171).

cc) *La necesidad del sistema.*—Después de toda la exposición precedente puede parecer ocioso insistir sobre la necesidad de establecer un sistema de responsabilidad civil de la Administración. Desde el punto de vista jurídico, como veremos, lo que sería preciso justificar sería la solución contraria; es decir, el principio de una inmunidad de la Administración respecto a la responsabilidad derivada de los daños causados por su actuación; esta justificación se ha venido proponiendo secularmente en virtud de principios cuya consistencia dogmática se ha derrumbado estrepiti-

(168) *Roysier v. Covey*, 1947. Se trataba de un accidente de trabajo de una empleada de una fábrica de municiones del Ministerio de Suministros de Guerra (ROBSON: Op. cit., pág. 144.)

(169) Se adujo en las Cámaras (aunque injustificadamente, dada la capacidad jurídica ordinaria de las «Corporations») que el programa de nacionalizaciones extendería ingentemente el sistema de inmunidades. La Ley parte del Proyecto de 1927, aunque reelaborado por el «staff» laborista años después. Sobre la Ley, aparte de las obras de STREET y de ROBSON, citadas, BICKFORD SMITH: *The Crown Proceedings Act 1947*, London, 1948; GRANVILLE WILLIAMS: *Crown Proceedings*, London, 1948; GRIFFITH and STREET: *Principles of Administrative Law*, London, 1952, págs. 246 y ss.

(170) Además la Ley suprime el sistema de «petition of right» en materia contractual, remitiendo también a los Tribunales directamente las reclamaciones sobre esta materia (GRIFFITH and STREET, cit., pág. 250; STREET: *Governmental liability*, cit., págs. 81 y ss.). La reforma ha ejercido influjo directo sobre los países de la «Commonwealth» que no se habían adelantado a ella (*supra*, nota 162) y que ahora han seguido sus huellas (STREET, págs. 6-7).

(171) Puede verse en STREET: Op. cit., págs. 23 y ss. una relación de Derecho comparado bastante completa, con referencias bibliográficas. La fuente general que maneja para los países hispanoamericanos es PUENTE: *The responsibility of the State as a Juristic Person in latin America*, en «Tulane Law Review», 18, 1944, págs. 408 y ss. y 554 y ss. Referencias más próximas, recogiendo evoluciones recientes, en SAYAGUÉS: *Tratado de Derecho Administrativo*. I, Montevideo, 1953, págs. 633 y ss. Sobre la Ley austriaca de 1949 (Amtshaftungsgesetz), no referida en estas fuentes, vid. W. ANTONIOLLI: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 1954, págs. 271 y ss.

tosamente, y no es posible ya encontrar un solo argumento objetivo que abone el postulado de la irresponsabilidad. De esto hablaremos a continuación. Que el sistema de responsabilidad del funcionario no basta a atender las exigencias más elementales que se derivan del supuesto de daños ocasionados por la acción administrativa también es obvio. Faltaría también la razón, en primer lugar, para hacer excepción en este caso del principio general de la responsabilidad por hechos cumplidos por órganos y agentes, habida cuenta de que, indudablemente, como dice expresivamente FORSTHOFF, la Administración es, sin cuestión, y por hipótesis, el señor del servicio (*Herr des Dienstsbetriebs*) por el cual acaece la acción dañosa (172). En segundo lugar, el sistema de responsabilidad personal del funcionario no cubriría nunca supuestos de daños en que no existe una culpa neta imputable al mismo, supuestos que comprenden desde la negligencia impersonal no culposa, que expresivamente suele referirse en Francia con la dicción *faute de service*, por diferencia de la *faute personnelle* del funcionario, y que, dada la ingente y compleja organización administrativa, sería injusto atribuir personalmente al jefe inmediato, conforme al principio *respondet superior* o de *culpa in vigilando*, hasta, sobre todo, todos los casos perfectamente normales de responsabilidad sin culpa: responsabilidad por riesgo objetivo, responsabilidad por hechos legítimos, por lo que llama la nueva Ley española «el funcionamiento normal de los servicios públicos». Finalmente, el sistema de la responsabilidad del funcionario presenta el inconveniente práctico de la normalidad de la insolvencia de la gran mayoría de los funcionarios y agentes administrativos en relación con los daños ingentes que pueden, efectivamente, causar; como ha dicho ROBSON, el sistema es «una reliquia de los siglos pasados que remonta a la época en que el Gobierno estaba entre las manos de algunas personas importantes, independientes y ricas» (173). La imputación de los daños derivados de la actuación administrativa únicamente a la responsabilidad del funcionario, en fin, ha sido absolutamente superada como garantía efectiva, como lo ha aprobado concluyentemente la experiencia espectacular de los países anglosajones, que hasta hace poco tiempo todavía blasonaban del mismo.

Desde otra perspectiva, una atribución rigurosa de responsabilidad personal al funcionario en todos los casos de daños derivados de su actuación se traduciría frecuentemente en una paralización de las actividades administrativas. La responsabilidad directa de la Administración es, por eso, también una garantía para la actuación de los funcionarios, a los que únicamente cabe imputar personalmente los supuestos de culpa personal destacada (174), pero no

(172) *Lehrbuch*, cit., pág. 250.

(173) ROBSON: *Report of the Committee on Ministers' Powers*, en «Political Quarterly», 3, 1932, pág. 346. Análogamente FORSTHOFF: Op. cit., pág. 250.

(174) «Faute détachable», dicen expresivamente en Derecho francés; vsl. nota siguiente y más abajo, en el texto.

más allá, y, por ende, una garantía también para el normal funcionamiento de los servicios públicos. Como una consecuencia derivada de esta necesidad se ha impuesto universalmente la calificación en la responsabilidad del funcionario de un extenso sector de error o de negligencia excusables, o en otros términos, la estimación única del dolo y de la culpa grave, que en nuestro Derecho tiene una manifestación explícita en el caso de los Jueces y Magistrados (art. 903 de la Ley de Enjuiciamiento *a contrario*, art. 260 de la Ley orgánica del Poder Judicial), y que la jurisprudencia ha extendido a los funcionarios no judiciales (175). Para cubrir la distancia entre estas hipótesis restringidas de responsabilidad personal del funcionario y toda la extensión de daños privados atribuibles a la actuación administrativa es, pues, un imperativo la definición de un sistema de responsabilidad civil de la Administración.

Todas estas razones se potencian hasta el extremo en cuanto son proyectadas sobre la realidad de la Administración contemporánea. Todavía en 1904, cuando se dicta nuestra Ley vigente sobre la responsabilidad civil de los funcionarios, podía imaginarse la función de la Administración como limitada a la aplicación impersonal de las leyes; de ahí que pudiese establecerse como requisito para la exigencia de responsabilidad civil a los funcionarios la previa reclamación por escrito del interesado «para prevenir o remediar la infracción», consignando «el precepto legal o reglamentario cuya aplicación se pida» (art. 11 del Reglamento de 23 de septiembre de 1904, en desarrollo del art. 1.º de la Ley de 5 de abril de 1904). Es claro que este requisito sólo tiene sentido cuando se contempla a la Administración reducida a la instrucción y actuación de expedientes; pero es inimaginable pretender hacerlo efectivo, en cuanto la Administración es ella misma prestadora de servicios materiales y se contempla la hipótesis ordinaria de daños acaecidos por consecuencia de esta actividad; *verbi gratia*, y el ejemplo es absolutamente vulgar, daños ocasionados por atropellos por vehículos públicos (176). Actualmente, en efecto, la Administración ha invadido todos los ámbitos de la vida social con su propia y directa acción, sin valerse, como era preceptivo en el sistema liberal para los servicios que implicaban una actividad indus-

(175) Referencias en GUAITA: *El proceso de responsabilidad civil de los funcionarios*, «Anuario de Derecho civil», VI, 1953, págs. 109 y ss., aunque bajo el inadecuado epígrafe de «legitimación» para acudir a este proceso. El sistema es universal. Para Estados Unidos, SCHWARTZ: Op. cit., págs. 208 y ss.; para Inglaterra, ROBINSON: Op. cit., págs. 276-77 y 169 y ss. En el continente la solución es más expedita: para Francia, vid. DE LAUBADERE: *Traité*, cit., págs. 466 y ss.; Italia, ZANOBINI: *Corso di Diritto amministrativo*, I, 3.ª ed., Milano, 1944, pág. 394; Alemania, MAYER: Op. cit., I, págs. 298 y ss.

(176) Es, como se sabe, el hecho concreto que dió lugar en Francia a la primera decisión en que se acepta una responsabilidad administrativa: *arrêt Blanco*, del Tribunal de Conflictos, 8 de febrero de 1873. Sobre esta famosa decisión se tratará más adelante.

trial, de concesionarios interpuestos (177) capaces de asumir ellos mismos la eventual responsabilidad derivada de su actuación inmediatea. La Administración ha creado, en consecuencia, un vasto sistema de riesgos materiales incomparablemente superior al que pueda resultar de la acción de ingentes sectores de la vida privada. No es una casualidad por eso que la extensión del sistema de responsabilidad civil de la Administración haya tenido lugar justamente en el momento mismo en que este incremento de la actuación administrativa se ha desenvuelto y afirmado (178), de lo que es ejemplo, quizá paradigmático, el caso inglés, en que es precisamente un Gobierno laborista quien promueve y establece la reforma. En efecto, sin un sistema de responsabilidad de la Administración, la sociedad quedaría expuesta a constantes y cuantiosos daños patrimoniales que revertirían al azar, sin criterio alguno, sobre las economías individuales, que de esta manera soportarían íntegramente, de un modo desigual, la carga efectiva del régimen administrativo general.

Una última observación para concluir este apartado: sólo el sistema de responsabilidad civil de la Administración puede constituir una garantía del particular respecto a la imperfección de las prestaciones administrativas a que tiene derecho; la importancia de una garantía de esta naturaleza, en un instante en que el orden de las prestaciones positivas de la Administración ocupa un lugar fundamental en la vida social, es decisiva y se confunde de hecho con la única posibilidad jurídica de que el particular dispone para imponer en este sector del actuar público la sumisión de la Administración a la Ley, que no es posible lograr por el cauce ordinario de los recursos y las impugnaciones (179).

2. *El principio de garantía patrimonial como fundamento unitario de la Ley.*

a) *El problema sistemático.*—¿Cómo justificar la inclusión en una Ley de Expropiación Forzosa de la regulación del sistema de responsabilidad civil de la Administración? Una extensión sistemática de este carácter es rigurosamente novedosa en el panorama del Derecho comparado.

Evidentemente ha habido en esta inclusión un claro oportunismo motivado por la gravedad de la imperfección del sistema vi-

(177) Cfr. mi artículo *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, cit., págs. 251 y ss., y mi ponencia al I Congreso Iberoamericano de Municipios, 1955, *La actividad industrial y mercantil de los Municipios*, publicada ahora en «Revista de Administración Pública», 17, 1955, págs. 87 y ss., especialmente 94 y ss.

(178) TENA YBARRA: *Desarrollo y perspectivas del principio de responsabilidad de la Administración*, en «Revista de Administración Pública», núm. 6, 1951, págs. 177 y ss.; FORSTHOFF: Op. cit., pág. 250.

(179) Vid. sobre el tema la exposición de GARRIDO FALLA: *La Administración y la Ley*, en «Revista de Administración Pública», núm. 6, 1951, págs. 133 y siguientes.

gente en la materia y el afán de rectificarlo urgentemente. Pero esta determinación psicológica ha podido apoyarse también sobre un fundamento teórico sólido y seguramente indiscutible, como habremos de ver. La Exposición de Motivos de la Ley expresa con acierto esta doble justificación. Comentando la generalización del concepto de expropiación a que la Ley se acoge, y cuyo alcance efectivo hemos estudiado más atrás, la Exposición afirma: «En consecuencia, la Ley refleja una concepción de la expropiación, según la cual debe ser el estatuto legal básico de todas las formas de acción administrativa que impliquen una lesión individualizada de los contenidos económicos del particular por razones de interés general, y como tal se estructura, sin perjuicio del obligado respeto a las peculiares características de cada figura en particular.» Y añade seguidamente:

«Llevando este principio a sus lógicas consecuencias, se ha intentado, finalmente, llamar la atención sobre la oportunidad que esta Ley ofrece, y que no debiera malograrse, de poner remedio a una de las más graves deficiencias de nuestro régimen jurídico-administrativo, cual es la ausencia de una pauta legal idónea que permita hacer efectiva la responsabilidad por daños causados por la Administración. Bajo el imperio de criterios jurídico-administrativos, que habían caducado ya cuando fueron adoptados por nuestro ordenamiento, los límites técnicos dentro de los cuales se desenvuelve entre nosotros la responsabilidad por daños de la Administración resultan hoy tan angostos, por no decir prácticamente prohibitivos, que los resultados de la actividad administrativa, que lleva consigo una inevitable secuela incidental de daños residuales y una constante creación de riesgos, revierten al azar sobre un patrimonio particular en verdaderas injusticias, amparadas por un injustificado privilegio de exoneración. Se ha estimado que es esta una ocasión ideal para abrir, al menos, una brecha en la rígida base legal que, perjudicando el interés general, no puede proteger intereses de la Administración, insolidarios con aquél... Se ha entendido así, no sin hacerse cargo de que la Ley de Expropiación no puede ser, desde luego, la base normativa en que se integran todos los preceptos jurídicos rectores a este respecto; pero sí, al menos, una norma que puede muy bien recoger una serie de supuestos realmente importantes, en los que, al margen de un estrecho dogmatismo académico, cabe apreciar siempre el mismo fenómeno de lesión de un interés patrimonial privado que, aun cuando resulte obligada por exigencias del interés o del orden público, no es justo que sea soportada a sus solas expensas por el titular del bien jurídico dañado.»

El fondo común que unifica sistemáticamente las instituciones aparentemente disímiles de la expropiación forzosa y de la responsabilidad civil de la Administración es, pues, para el legislador la referencia común a la lesión patrimonial de un administrado producida por actuación administrativa, si bien difieren entre sí por

la forma de producción de la lesión, que es el rasgo específico que aporta cada una. La Ley se configura, en consecuencia, fundamentalmente como una norma de garantía integral al patrimonio privado frente a la acción de la Administración, bien revista esta acción la forma de un despojo directo y querido (negocio «expropiatorio») bien la del funcionamiento de los servicios públicos, en cuanto es capaz de ocasionar una «secuela incidental de daños residuales», en la feliz expresión del preámbulo. Es este contenido esencial de la garantía al patrimonio de los administrados, que se extiende, en principio, a la totalidad de supuestos imaginables, lo que presta a la Ley de 16 de diciembre de 1954 toda su extraordinaria importancia y su gran significación en el sistema del Derecho.

La base constitucional de esta ambiciosa construcción positiva puede situarse en el artículo 30 del Fuero de los Españoles: «La propiedad privada, como medio natural para el cumplimiento de los fines individuales, familiares y sociales, es reconocida y amparada por el Estado.» En la idea política de propiedad privada es fácil incluir el concepto total del patrimonio. Esta protección a que el Estado se compromete ha de comprender, para ser plena, y muy en primer lugar, la garantía frente a su propia acción. La nueva Ley de Expropiación Forzosa atiende a hacer rigurosamente efectivo ese principio.

b) *El problema dogmático: La teoría de la responsabilidad.*— La referencia de la institución de la responsabilidad civil de la Administración a la lesión patrimonial del daño no puede entenderse como un convencionalismo sistemático, forzado en este caso por motivaciones de oportunismo legislativo, bien visibles e incluso confesadas, sino que cabe interpretarla también como una rigurosa toma de posición sobre el grave tema dogmático que plantea la construcción de la institución misma.

Durante mucho tiempo se han esforzado los administrativistas en encontrar un fundamento válido para justificar la consecuencia de la responsabilidad de la Administración. Esta afanosa búsqueda estaba determinada, en buena parte, por dos deficiencias de origen: una fundamental, el carácter puramente empírico con que se presentaba—y aun hoy—en el Derecho común la teoría de la responsabilidad civil; otra, la juventud misma del Derecho público y la imperfección de muchos de sus primeros mecanismos técnicos. En el Derecho civil, en efecto, privaba la teoría de la culpa que, sin embargo, no daba razón de multitud de supuestos de responsabilidad que los propios Códigos admitían y regulaban; faltaba, y debe decirse que falta aún en gran medida, una teoría unitaria de la responsabilidad civil capaz de trascender todos los casos específicos en que la institución desarrolla su juego propio (daños contractuales, extracontractuales, con culpa o sin culpa, acciones de enriquecimiento). En la esfera del Derecho público la consecuencia de afectar una responsabilidad patrimonial al soberano pugnaba

frontalmente con una tradición multiseccular, y se valoraba demasiado vivamente como una conquista positiva en el terreno político para aceptar que pudiese reposar de inmediato sobre simples mecanismos jurídicos, sin necesidad de echar mano de argumentos políticos infraestructurales. El resultado fué una proliferación de teorías substantivas sobre la responsabilidad administrativa (180). Este planteamiento del problema puede considerarse hoy como definitivamente superado. La doctrina parece haber llegado en nuestros días a la tesis común de que la razón que justifica una responsabilidad de la Administración no es, ni tendría razón ninguna para serlo, distinta de la que justifica la posibilidad de aplicar la misma institución a las personas privadas (181).

Ahora bien, en cierta manera en este encuentro final de dos sistemas jurídicos, el común y el administrativo, en materia de responsabilidad, este último ha aportado perspectivas nuevas, y especialmente, la preocupación por una teoría general que el Derecho civil parecía no necesitar, por contar con una serie de soluciones casuísticas, formuladas en tal carácter por el Derecho Romano, que de hecho venían a satisfacer todo el conjunto de necesidades prácticas sobre el particular. El Derecho público, en efecto, hubo de seguir en esto el método inverso al que se caracterizó como propio de la jurisprudencia romana: la teoría de la responsabilidad se inició en él de plano, por la admisión pura y simple del principio, siendo entonces el problema la mayor o menor extensión particular del mismo, su aplicación a los casos concretos. Ahora bien, la transformación social ha concluído por traer al Derecho civil una preocupación análoga al hacerse insuficiente el viejo cuadro casuístico y alumbrarse la necesidad de extender la responsabilidad civil fuera de lo que parecían justificar los clásicos principios. La aparición del principio llamado de «riesgo profesional» en materia laboral ha sido quizá el factor más visible, tras del cual se puso en evidencia

(180) En la citada obra de ROYO VILLANOVA (S.): *La responsabilidad de la Administración*, págs. 8 y ss., puede encontrarse una completa exposición de doctrinas sobre el particular. Para la doctrina posterior, ALESSI: *La responsabilità*, cit., págs. 138 y ss.

(181) ALESSI: Op. cit., págs. 145-147; CASSETTA: *L'illecito* cit., págs. 97 y ss. más enérgicamente aún. Para la doctrina francesa, la reciente y concienzuda obra de CHAPUS: *Responsabilité publique e responsabilité privée*, cit., *passim*, y la conclusión general en págs. 557-558, así como el prólogo de WALLINE a la obra. Vid. también la reseña de GIANNINI a la citada obra de CASSETTA, en «*Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*», 1954, págs. 873 y ss. Esta posición teórica no prejuzga de ninguna manera la cuestión de competencia jurisdiccional, a lo que más adelante nos referiremos. Ha sido la involucración constante de este tema uno de los motivos que confesadamente ha sostenido la tesis autonomista de la responsabilidad administrativa. Cfr. DUEZ: *La responsabilité de la puissance publique*, París, 1938, págs. 318 y ss.; ROUSSEAU: *La théorie générale de la responsabilité en Droit Administratif*, ed. dact. de «*Les cours de Droits*», París, 1952, pág. 76. El mismo «arrêt Blanco» a que luego aludiremos, origen positivo de la teoría, responde a este problema: es una sentencia del Tribunal de Conflictos y su argumentación está marcada por esta perspectiva. Cfr. CHAPUS: Op. cit., págs. 83 y ss.

la necesidad de una reconstrucción del sistema, que la tendencia creciente a extender la responsabilidad llamada objetiva no ha hecho sino agudizar (182).

La teoría de la culpa se construyó en vista de la responsabilidad aquiliana o extracontractual. Es evidente, por de pronto, que la responsabilidad contractual no podía reposar íntegramente sobre la idea de la culpa, desde el momento en que se habla, como hace el artículo 1.107 de nuestro Código civil, de «los daños y perjuicios de que responde el deudor [que incump]e] de buena fe» (183). Las presunciones de culpa, especialmente en cuanto se nos presentan como *iuris et de iure*, aparte de lo convencional del arbitrio, no son tampoco capaces de explicar la generalidad de los supuestos y, mucho menos, de salvar la hipotética virtualidad del principio. Pero quedan todavía todos los casos de responsabilidad por actividad perfectamente lícita, que en el Derecho civil (aunque con más frecuencia en el Derecho público) se presentan con relativa normalidad (184). El intento de transformar la doctrina de la culpa, desde la «teoría psicológica» al planteamiento normativo y su equiparación pura y simple con la doctrina del ilícito civil (185) es de suyo la confesión de un fracaso, con la consecuencia, además, de dejar al margen todos los casos a que hemos aludido de responsabilidad por actos lícitos en que se pone de relieve que no existe correspon-

(182) La bibliografía francesa sobre el tema es quizá la más concienzuda y sin duda la más completa desde el punto de vista analítico. LALOU: *Traité pratique de la responsabilité civile*, 4.^a ed., Paris, 1949; H. et L. MAZEAUD: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, cit., 3 vols., 4.^a ed., 1947-1950; SAVATIER: *Traité de la responsabilité civile en Droit français civil, administratif, procédural*, 2 vols., 2.^a ed., Paris, 1951, todos con amplias referencias.

(183) La no necesidad de la culpa para dar lugar a la responsabilidad contractual se afirma expresamente como es sabido en la norma fundamental sobre la materia. El artículo 1.101 del Código civil dice: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas.»

(184) Sin pretender agotar los supuestos, enumeremos los siguientes en nuestro Código civil: artículos 356, 360, 361, 369, 375, 422, 453, 454, 522, 554, 555, 557, 562, 564, 588, 612, 1.145, 1.594, 1.729, 1.736, 1.745, 1.779 y 1.893. En la generalidad de estos casos no se cumplen los viejos principios *qui suo iure utitur neminem laedit* y *damnum iniuria datum*. La doctrina aludida luego en el texto v nota 193 ha pretendido que estas situaciones eran peculiares del Derecho público, con notorio error.

(185) Referencias en STARCK: *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947, págs. 32 y ss. Por influjo kelseniano se ha extendido la doctrina de que «el hecho antijurídico civil consiste en la no reparación del daño» (KELSEN: *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. GARCÍA MAYNEZ, México, 1950, pág. 57). Así CESARINI³ SPORZA: *Risarcimento e sanzione*, en *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940, pág. 161; CASETTA: *L'illecito*, cit., págs. 64 y ss., con más referencias. Vid. la crítica que en la citada reseña de GIANNINI a esta última obra se formula en esta doctrina (loc. cit., págs. 873-874) que es claramente un círculo vicioso y que da por resuelto justamente lo que se trata de buscar: el origen del deber de reparación.

dencia necesaria entre ilicitud de la acción y obligación de resarcimiento (186).

La doctrina de la culpa es, sin duda, fundamental en el Derecho civil; pero está claro que no es apta para fundar sobre ella el surgimiento de la responsabilidad, y esto tanto en los casos en que claramente no lo explica, como en aquellos que tradicionalmente viene pretendiendo explicar (187). Las teorías que aspiran a ocupar el lugar central que hasta ahora ha ocupado esta vieja doctrina, no han logrado quizá una perfección definitiva; pero parece establecido que se van acercando hacia un punto común que pone el acento objetivamente en el daño, reduciendo el elemento subjetivo a lo que es su función propia, la imputación particular, que no la causa fundamental y determinante. Acaso la tesis, que ya se apunta, de configurar un principio abstracto de garantía del patrimonio desde el cual explicar el deber de resarcimiento en todos los casos particulares, sea la construcción más progresiva y coherente, reservándose a la culpa una función moduladora de la extensión de la indemnización, un carácter, en los términos de STARK «de pena privada» que se sobrepone al objetivo deber de reparación que surge en todo caso que se afecte a aquel abstracto principio de garantía (188). En cualquier caso el Derecho civil, como ya hemos dicho, se resistirá verosímilmente a abandonarse a un principio único en materia de responsabilidad, dado el riquísimo casuismo que posee, en el cual anidan tesoros de sutileza y pragmatismo elaborados durante siglos enteros, y que indudablemente sería insensato dilapidar en aras de un simple prurito logicista (189).

El caso del Derecho público es bastante distinto, como ya hemos avanzado. El paso del sistema de la irresponsabilidad al de responsabilidad de la Administración ha sido históricamente brusco y absoluto, y no la obra de un progresivo casuismo al cual poder remitirse y sobre cuya objetividad establecida poder apoyarse. El

(186) Un tratamiento temático de este aserto en CESARINI SFORZA: *Risarcimento e sanzione* cit., págs. 149 y ss. (aunque su doctrina esté luego confundida con la adopción de la que se refiere en nota anterior).

(187) *Totum et solum definitum definitio contincat* es un postulado lógico que invalida la posibilidad de una explicación parcial del indivisible fenómeno de la responsabilidad civil.

(188) STARK: *Essai* cit., *passim*, es quizá de cuantos conocemos el autor que más se acerca a la posición señalada en el texto. No podemos detenernos, naturalmente, en el análisis de este tema, que es indudablemente uno de los fundamentales del Derecho. Vid. más adelante, en el texto, sobre la cuestión.

(189) STARK confiesa al final de su obra que la ciencia del Derecho es una ciencia natural, concepción desde la cual justifica su construcción (págs. 496-497). Precisamente porque en el Derecho importan bastante más las aplicaciones que los principios, es decir, porque no es tanto una ciencia de conocimiento neutral como *ars boni et aequi*, es posible rechazar estos principios, con su pretensión de universalidad, y continuar con los viejos eficaces arbitrios, acogiendo los si fuese necesario como simples ficciones en tanto en cuanto interesen a la causa de la justicia que es la única causa absoluta para el Derecho. Los conceptos jurídicos sólo y únicamente se justifican por su eficacia. Con esto tampoco intentamos prejuzgar la cuestión en Derecho civil.

famoso *arrêt Blanco*, de 1873, que históricamente inicia en Francia la teoría de la responsabilidad administrativa, se resistió a formular esta tesis como principio general, dejando su aplicación a la valoración particular de las circunstancias de cada caso (190). Ahora bien: esta reserva fué pronto desbordada. Desde la afirmación contenida en el citado *arrêt* de que la responsabilidad administrativa no es *ni générale ni absolue* se pasó en pocos años a la idea contraria a *le principe générale de la responsabilité de l'Etat* (191). Fué ésta en seguida una verdadera norma en blanco, una incuestionable *Generalklausel*, que los Tribunales administraban; todo lo contrario, pues, de la responsabilidad en Derecho privado, falta de un principio general, reconducida siempre a cerradas teorías particulares y particularistas. Los propios Tribunales administrativos formularon doctrinas abstractas y generales, tal el famoso principio de igualdad ante las cargas públicas (192), dotadas de una fuerza extraordinaria de expansión. La doctrina apoyó esta tendencia considerablemente, por las razones que ya conocemos, y bien pronto así se abrirá el camino para una—necesaria—«teoría general» de la responsabilidad de la Administración.

En el momento presente la opinión dominante está aún dividida. Por de pronto es bastante común distinguir la responsabilidad por actos ilícitos, del deber de indemnización por lesiones causadas por actos lícitos (193). La doctrina francesa, por influjo

(190) «La responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier... cette responsabilité n'est ni générale ni absolue... elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés...», es la afirmación capital de esta famosa decisión; tomo el texto de ROUSSEAU: *La théorie*, cit., págs. 74-75. Como ya hemos avanzado (*supra*, nota 181) el «*arrêt Blanco*» plantea el problema en el terreno de la competencia judicial o administrativa y formula la tesis de la especialidad del principio de responsabilidad administrativa para justificar la solución a favor de esta última jurisdicción. Después de la investigación de CHAPUS parece claro que la extensión del principio de responsabilidad de la Administración es obra bastante posterior del Consejo de Estado, situada en los comienzos de este siglo, hasta cuyo momento sigue afirmándose la irresponsabilidad del Estado por los llamados actos de autoridad (op. cit., págs. 194 y ss.). La misma originalidad histórica de la doctrina del «*arrêt*» es también discutida, citándose precedentes hasta en 1855.

(191) DUGUIT: *Traité de Droit Constitutionnel*, cit., II, pág. 69.

(192) Un análisis completo de la jurisprudencia francesa sobre el tema (que no es tan absoluta ni tan extensa como han pretendido sus intérpretes), en JEANNEAU: *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, París, 1954, págs. 30 y ss. Vid. *infra*, nota 195.

(193) Esta distinción entre *Staatshaftung* y *Oeffentlicherechtsliche Entschädigung* domina aún la doctrina alemana, aunque este último término, como se ha advertido más atrás, tiende a confundirse con el de expropiación. Por todos, FLEINER: *Institutionen* cit., págs. 222 y ss. y 233 y ss.; JELLINEK: *Verwaltungsrecht*, cit., pág. 328. Pesa sin duda en esta partición la caracterización de la responsabilidad estatal como responsabilidad indirecta, como cobertura de la responsabilidad del funcionario, que se toma de la concreta formulación constitucional. FORSTHOFF, partiendo de esta misma idea, se ve forzado

civilista, suele distinguir la responsabilidad por falta y la responsabilidad por riesgo, concepto el último en el que tiende a incluir los supuestos de daños *quod iure fit* (194). Sin embargo, la enunciación de una verdadera «teoría general» de la responsabilidad administrativa parece contar con algún hito firme en la doctrina (195),

a tipificar una tercera modalidad de responsabilidad; distingue, en efecto, la «Staatshaftung» propiamente tal o por falta del funcionario, la indemnización por «rechtmässige Eingriffe», donde integra la expropiación, y, finalmente, la indemnización por intervenciones antijurídicas sin culpa, incluyendo aquí la responsabilidad por riesgo («Schuldlos rechtswidrige Eingriffe und Gefährdungshaftung»); las tres formas son unificadas en un género común que titula «prestaciones estatales compensatorias» («System staatlicher Ersatzleistungen»), germen apenas desarrollado de una verdadera teoría general (*Lehrbuch* cit., págs. 246 y ss.). Construcción complicada y no fácilmente justificable. La distinción de las dos especies de responsabilidad por actos ilícitos e indemnización por actos lícitos domina también la doctrina austriaca (ANTONIOLLI: *Allgemeine Verwaltungsverrecht*, cit., págs. 269 y ss.) y la italiana: ALESSI: *La responsabilità*, cit., págs. 216 y ss., con más referencias. Para nuestra doctrina, en el mismo sentido de distinción neta de dos instituciones, GARRIDO FALLA: *La indemnización*, cit., págs. 411 y ss.

(194) ROUSSEAU: Op. cit., págs. 71 y ss.; DUEZ et DEBEYRE: *Traité de Droit administratif*, Paris, 1952, págs. 419 y ss. HAURIOU añadía una tercer especie, responsabilidad de la Administración, como consecuencia de enriquecimiento sin causa (*Précis*, cit., págs. 513 y ss.), seguido por DUEZ: *La responsabilité*, cit., págs. 16 y ss.

(195) La famosa doctrina de la igualdad ante las cargas públicas, iniciada en Francia por TESSIER (*De la responsabilité de la puissance publique*, Paris, 1906, §§ 147 y ss.) y MICHOUX (*La théorie de la personnalité*, cit., págs. 276 y ss.) y que alcanzó gran predicamento doctrinal e incluso jurisprudencial (*supra*, nota 192), se presenta como doctrina unitaria de la responsabilidad administrativa. Aunque se trata de un argumento de gran vigor plástico, no es sin duda válido como explicación jurídica, como se demuestra por el paralelo del derecho civil, en el que las cargas que generan responsabilidad (ilícitas o lícitas, *supra*, nota 184) no son evidentemente públicas ni se generalizan a través de una indemnización alimentada con fondos comunes. Es un argumento de los que hemos llamado más atrás «infraestructurales» y absolutamente indeterminado en sus aplicaciones, de los que la mecánica jurídica no necesita sino en las fases constituyentes. Cfr. ORLANDO-LESSONA: *Principi di Diritto amministrativo*, Firenze, 1952, pág. 463. Vid. también la crítica definitiva de CHAPUS: Op. cit., págs. 342 y ss. y de HAURIOU: *infra*, en notas 215 y 263. El intento de construir una doctrina más detenida del «riesgo social» capaz de comprender todas las especificaciones de la responsabilidad administrativa no parece tampoco demasiado riguroso. Vid. las referencias de ROYO VILLANOVA: Op. cit., págs. 27-28; también BERLIA: *Essai sur les fondements de la responsabilité civile en Droit public français*, cit., págs. 685 y ss. La tesis más constructiva sigue siendo la que ya hace medio siglo propuso ORLANDO: *Saggio di una nuova teoria sul fondamento della responsabilità*, en «Archivio di Diritto Pubblico», 1893, págs. 328 y ss., a la que únicamente perjudica su estilo «profetista» que hace perder rigor a su argumentación jurídica y que le dispensa de un contraste interpretativo con las soluciones del Derecho positivo; ORLANDO propone fundar la responsabilidad sobre el concepto de *lesión* del patrimonio del dañado, poniendo el acento sobre este término de la relación y no, como en la construcción tradicional, sobre el de la conducta dañosa del agente. La tesis se acerca a la de STARK, más atrás apuntada, aunque sea bastante menos perfilada. Una posición paralela la de ROYO VILLANOVA: Op. cit., págs. 28 y ss. Otras construcciones unitarias menos afortunadas, en ALESSI: Op. cit., págs. 152 y ss.

y a esta tendencia se acoge expresamente la Ley española, ofreciendo una fórmula que carece de paralelo por su abierta y generosa amplitud.

El criterio de la Ley es claro y constituye posiblemente una rigurosa aportación dogmática. Se distinguen netamente dos instituciones: expropiación y responsabilidad, que, no obstante, participan de la nota común de asegurar las dos la integridad patrimonial de los administrados frente a la acción pública. La manifestación de esta actividad pública es distinta en uno y otro caso: en la expropiación se presenta como negocio jurídico dirigido directamente al despojo patrimonial, en la responsabilidad como hecho jurídico, incidental por relación a la posición del administrado, que ocasiona un daño no directa e inmediatamente procurado. En cuanto a su régimen, la diferencia es también clara en uno y otro caso: en la institución de la responsabilidad surge como consecuencia de la lesión un deber de reparación; en la expropiación forzosa, como ya hemos probado, no hay deber de reparación *ex post*, sino una carga preventiva de indemnización que condiciona la posibilidad misma del despojo; la regulación de la expropiación es, por eso, la regulación de un procedimiento positivo, la de la responsabilidad, la de unas consecuencias derivadas de la emergencia de un hecho jurídico, del hecho jurídico dañoso, que se presenta ya como dado e irreversible (*factum infectum fieri nequit*) (196).

La diferencia se monta sobre esas notas estructurales, claramente fijadas. La Ley no contempla otras. Quiere decirse que quedan incluidas dentro del ámbito uniforme de la responsabilidad las dos hipótesis de que la conducta dañosa tenga origen en una actuación bien lícita, bien ilícita. El precepto lo expresa claramente: la lesión determinante puede ser «consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos»; actuación regular o irregular, pues, lícita o ilícita. Es preciso prevenirse frente al posible intento de entender que con el nuevo régimen legal todos los daños causados por actuación administrativa lícita quedan integrados en el régimen de la expropiación propiamente tal. Esto será cierto, como hemos precisado, en tanto que el daño sea ocasionado por un negocio jurídico directa e inmediatamente dirigido al despojo. Pero al margen de esta posibilidad cabe una actuación lícita que, sin embargo, ocasione lesión incidentalmente, residualmente; y esto tanto se trate de una actuación material como de una actuación propiamente jurídica (por actos jurídicos), teniendo en cuenta que esta última tendrá condición de hecho jurídico para el dañado por

(196) Como ya observamos más atrás, la figura de la requisa, entendida como expropiación de necesidad, se acerca por esta última nota al régimen de la responsabilidad civil; sigue siendo, no obstante, expropiación, porque consiste esencialmente en un despojo directo e inmediato, realizado mediante negocio jurídico intencionalmente dirigido a este efecto.

el carácter indirecto de la incidencia de la misma sobre su patrimonio (197).

Ahora bien, si la Ley ha eliminado la consideración de los elementos de ilicitud y culpa para construir la institución de la responsabilidad administrativa, ¿sobre qué apoyar ésta? La misma Ley nos da un criterio: lesión. El giro de la teoría de la responsabilidad desde la perspectiva de la acción dañosa a la del daño en sí mismo queda incumplida. Pero esto fuerza a reconstruir cuidadosamente el concepto de lesión o de daño para hacerle capaz de soportar el ingente peso que sobre él se echa (198).

Vamos a utilizar el término «lesión» que es el que la Ley utiliza. El primer cuidado ha de ser separar el concepto del puramente vulgar de «perjuicio». Posiblemente esta distinción oculte buena parte del escondido principio de una teoría general de la responsabilidad. El concepto de perjuicio es puramente económico, material; el de lesión es ya un concepto jurídico. Lesión sería el perjuicio antijurídico. Obsérvese que no decimos perjuicio causado antijurídicamente (criterio subjetivo), sino perjuicio antijurídico en sí mismo (criterio objetivo), perjuicio que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud. La nota de la antijuridicidad se desplaza desde la conducta subjetiva del agente, donde lo situaba la doctrina tradicional, al dato objetivo del patrimonio dañado. Parece claro que este giro es fecundo y está justificado. Se parte de un principio objetivo de garantía del patrimonio, del cual surgiría el deber de reparar las lesiones causadas a esta integridad. Que este deber no puede explicarse como una consecuencia de una supuesta antijuridicidad de la acción dañosa es claro, tanto porque hay acciones antijurídicas de las que no surge responsabilidad, como porque esta responsabilidad se presenta también en casos de acciones perfectamente regulares para el derecho, e incluso obligadas por éste (199). La idea consiste en fundar la responsabilidad civil directamente sobre la teoría del patrimonio y no sobre la doctrina de la conducta subjetiva (200).

Formular un principio abstracto de garantía del patrimonio, capaz de funcionar objetivamente, parece algo más que un arbitrio.

(197) Cfr. CARNELUTTI: *Teoría general del Derecho*, cit., págs., 228-229.

(198) Desde la construcción clásica se ha sostenido que el concepto de daño es en sí y por sí un concepto absolutamente indiferente para el Derecho: THON (con cita de KELLER): *Rechtsnorm und subjective Recht*, Weimar, 1878, págs. 52 y ss. (pág. 52 de la trad. italiana de LEVI, 2.ª ed., 1951). La tesis que aquí sostenemos es justamente la contraria.

(199) CESARINI SFORZA: (*Risarcimento*, cit., págs. 149-150): «L'atto che produce un danno può essere lecito, e tuttavia risarcibile. E viceversa l'atto violatore di un dovere giuridico può non produrre un danno, e quindi non essere risarcibile». Con más facilidad puede criticarse la doctrina pura de la culpa y en la misma dirección la del riesgo, pues solamente por la comisión de culpas y la creación de riesgos no surge nunca el deber de reparación.

(200) Cfr. STARK: *Essai*, cit., págs. 37 y ss.

convencional, como lo son en rigor esos supuestos deberes generales de *alterum non laedere* o de diligencia y prudencia social que son necesarios para sostener las teorías subjetivas (201). Desde ese principio, la calificación de un perjuicio en justo o injusto depende de la existencia o no de causas de justificación (civil) en la acción personal del sujeto a quien se impute tal perjuicio. La causa de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado: por ejemplo, la exacción de un impuesto, el cumplimiento de un contrato, una ejecución administrativa o procesal (202). Fuera de esta hipótesis, todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto (a una Administración en nuestro caso) será una lesión, un perjuicio injusto, que, por la propia virtualidad de esta última nota, tenderá a su reparación, generando un deber de resarcimiento, que es en lo que se concreta la responsabilidad civil.

Hemos precisado que el concepto de lesión requiere la imputación del perjuicio a un sujeto distinto del titular del patrimonio dañado. Este elemento definitorio parece obvio, puesto que si el perjuicio se imputase al propio titular, o a una causa externa e irresistible, no se daría la nota esencial de antijuridicidad; si fuese al propio titular, porque no es concebible que nadie pueda hacerse agravio jurídico a sí mismo (203), y si se trata de fuerza mayor (204), porque faltando un sujeto no puede trabarse la relación de antijuridicidad (205).

El concepto técnico de daño o de lesión, a efectos de la responsabilidad civil, requiere, pues, un perjuicio patrimonialmente evaluable, ausencia de causas de justificación (civiles), no en su comisión, sino en su producción respecto al titular del patrimonio contemplado, y, finalmente, posibilidad de imputación del mismo a tercera persona. En este último elemento de la imputación se integran ahora, como simples modalidades de la misma, la culpa y el riesgo; pero a su lado existen también otras formas igualmente

(201) MAZEAUD: Op. cit., I, págs. 106 y ss.; SALLYBRASS: *Salmond's Law of torts*, 10 ed., London, 1951, págs. 13-14; ROMANO: *Frammenti*, cit., págs. 99-100; GIANNINI: *Lesione* cit., págs. 270 y ss.; CESARINI SFORZA: Op. cit., págs. 159 y ss., etc., etc.

(202) El artículo 2.043 del nuevo Código civil italiano establece la nota de injusticia del daño, aunque sin hacer por ello dejación de la doctrina de la culpa: «Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire el danno.» Sobre la exégesis del concepto, CASSETTA: Op. cit., págs. 20 y ss. y allí citados.

(203) Dado el carácter esencialmente social del Derecho. El mal autoinferido puede ser, a lo sumo, un acto antijurídico respecto a la comunidad cuando implica también un mal colectivo (por ejemplo, artículo 562 del Código Penal).

(204) Más adelante, al tratar de la imputación por riesgo, especificaremos el concepto de fuerza mayor como «causa extraña» y su diferencia con el concepto de caso fortuito.

(205) Una fuerza natural, como el rayo o la tempestad, no puede lesionar un derecho: CASSETTA: Op. cit., págs. 30-31, sobre un texto de BINDING.

netas de imputación: la comisión material y perfectamente lícita del daño, la comisión voluntaria y formalmente ilícita, aunque con buena fe subjetiva (ejemplo: arts. 360, 361, 375, 453, etc., del Código civil (206); el beneficio patrimonial resultante por el hecho de la lesión misma, aunque no quepa imputar la comisión material del propio hecho dañoso (todos los casos de acciones de enriquecimiento: por ejemplo, artículos 356, 422, 1.145, 1.729, 1.893, etc. del Código civil). El concepto formal de imputación del perjuicio injusto se presenta así capaz de abarcar todas las modalidades de responsabilidad civil.

Quedan apuntadas brevemente las bases de una teoría general de la responsabilidad civil. No puede ser ahora misión nuestra detenernos en un análisis meditado de esta cuestión, que únicamente en cuanto interese a nuestro objeto trataremos aún en la exposición que sigue.

Sólo nos interesa resaltar, en la ocasión exegética en que nos encontramos, que a esa teoría fuerzan positivamente los términos de la nueva Ley de Expropiación Forzosa. Esta queda así configurada definitivamente como formuladora de un principio general y verdaderamente absoluto de garantía del patrimonio de los súbditos frente al Estado. Esta es, claramente, su significación más destacada, y aquí acaso se encuentre también, además de su más trascendente construcción política, su más profunda aportación dogmática.

3. *Lesión determinante.*

El mecanismo de la responsabilidad civil de la Administración surge, como acabamos de considerar, por y en virtud de la producción de una lesión patrimonial. A lo que hemos expuesto sobre el concepto técnico de lesión y sobre su posición central dentro de la teoría de la responsabilidad, debemos ahora remitirnos. Vamos a estudiar en este momento únicamente, circunscritos al análisis de ese elemento de la construcción conjunta, qué valor concreto puede ofrecer la fórmula positiva contenida en el texto de la nueva Ley; en otras palabras: qué tipo particular de lesiones patrimoniales pueden ser causa en nuestro Derecho de una acción de responsabilidad contra la Administración a quien quepa, según lo que trataremos en el número siguiente, imputar su producción.

a) *Limitación del objeto legal.*—El primer problema que se nos plantea, y en términos de extraordinaria gravedad, es el de interpretar la limitación que parece presentarse en el texto del artículo 121: «toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere».

(206) En este concepto los casos de responsabilidad del menor; así De CASTRO: *Derecho civil de España*, II, 1, Madrid, 1952, pág. 192, nota: Se produce la responsabilidad—dice, con cita de THOMASIIUS—«sin causa moral, con sólo causa física».

Una interpretación elemental concluiría que, según el sistema legal, sólo producen responsabilidad civil los daños ocasionados en objetos—bienes o derechos—aptos para la expropiación, capaces de ser expropiados. Lo cual implicaría, automáticamente, la irresarcibilidad de los daños personales, tanto materiales (lesiones o incapacidades corporales, muerte), como morales. Un ejemplo: en la hipótesis de un automóvil del Estado que al atropellar a un hombre montado en una caballería, hiriese solamente a ésta y matase a la vez al jinete, vendría a resultar que la Administración sólo debería reparar el daño causado a la caballería, en tanto que la muerte de la persona no generaría para ella absolutamente ninguna responsabilidad. Esta extremosa interpretación parece contar con el apoyo expreso de la Exposición de Motivos de la Ley. Según esta Exposición, en efecto, si el sistema legal anterior podía reducirse a un «injustificado privilegio de exoneración de responsabilidad» para la Administración, la nueva Ley abre «al menos una brecha en la rígida base legal». Y más directamente: «se ha entendido así, no sin hacerse cargo de que la *Ley de Expropiación no puede ser, desde luego, la base normativa en que se integren todos los preceptos jurídicos rectores a este respecto, pero sí, al menos, una norma que puede muy bien recoger una serie de supuestos realmente importantes*, en los que, al margen de un estrecho dogmatismo académico, cabe apreciar siempre el mismo fenómeno de lesión de un interés patrimonial privado» (207).

Esto no obstante, a mi juicio es claro que tal interpretación restrictiva debe ser desechada. En primer lugar porque conduce al absurdo, conforme luce claramente en el ejemplo anterior; aserto sobre el cual parece innecesario detenerse. En segundo lugar, porque tampoco cuenta a su favor, contra las apariencias, con la letra de la Ley, antes por el contrario; pues, en efecto, cuáles son «los bienes y derechos a que esta Ley se refiere» habrá que determinarlo por la fórmula del artículo 1.º, que habla genéricamente de «propiedad privada [y] derechos o intereses patrimoniales legítimos», términos en los cuales cabe comprender, tanto la presencia de una persona para sus familiares inmediatos, como la propia integridad de los derechos de la personalidad, que indubitablemente—los dos casos—se traducen, al menos, en verdaderos «intereses patrimoniales legítimos» (208). No valdría ahora repli-

(207) Estos mismos conceptos, casi literalmente, los expuso el Ministro de Justicia, señor ITURMENDI, en su discurso de presentación del Proyecto a las Cortes, en la sesión plenaria en que, finalmente, se aprobó.

(208) Como se prueba por su indudable carácter de indemnizables en derecho privado: el *id quod interest* en que esta indemnización se concreta expresa, hasta literalmente, la existencia de un interés patrimonial, cuyo carácter de legítimo procede de los títulos jurídicos que sostienen su integridad positiva. Sobre tal carácter vid. DE CUPIS: *I diritti della personalità*, Milano, 1950, págs. 35 y ss. Con esto no prejuzgamos ya la cuestión de la responsabilidad administrativa por daños morales, a lo que aludiremos más adelante.

car que tales intereses, sin embargo, por no ser expropiables no están incluidos en la fórmula legal. Naturalmente, es la propia fórmula legal la que define el ámbito de lo expropiable (vid. *supra*, II, B, 3), y si este carácter falta, en efecto, a los derechos personales, ello es debido simplemente a que estos derechos tienen un contenido positivo que excede del interés patrimonial, contenido cuya expropiación no autoriza ya el concepto legal. Ahora bien, producido el daño sobre los derechos que consideramos, es la propia naturaleza de los mismos la que presenta el *id quod interest* de su reparación, y este interés patrimonialmente evaluable, está ahora, por el contrario que en la hipótesis de la expropiación positiva, aislado, independiente, substantivo, siendo por ende susceptible de una consideración patrimonial completamente separada. Es la propia distinción funcional de los institutos de la expropiación forzosa y de la responsabilidad civil, que más atrás hemos expuesto, la que proyectada sobre la peculiar naturaleza de estos derechos hace jugar con diversos contenidos una misma, idéntica fórmula legal.

Puede aducirse aún un argumento teleológico. La Ley ha pretendido, evidentemente, ampliar el sistema de responsabilidad civil de la Administración y, sin embargo, en el orden de los daños personales su exclusión pura y simple de tal sistema implicaría una restricción de régimen respecto al derecho anterior. En efecto y por ejemplo, una Ley de 31 de diciembre de 1945 estableció la responsabilidad del Estado en el caso de que las fuerzas militares o de orden público con ocasión del uso reglamentario de las armas en actos propios del servicio produjesen la muerte de una persona o su incapacidad permanente y absoluta para el trabajo (209). Es inconcebible pensar que la nueva Ley ha querido restringir este principio, y, por el contrario, ha de verse que en la generalización de estos y otros precedentes aislados encuentra su finalidad más profunda dentro del sistema general del ordenamiento positivo.

En conclusión, a nuestro juicio, las lesiones patrimoniales determinantes de responsabilidad de la Administración son en el nuevo régimen legal todas las imaginables, siempre que se cumplan las notas que establece el artículo 122 y que examinaremos en seguida. Por el objeto o naturaleza de los bienes sobre que el

sino que tratamos de evitar la exclusión *a priori* del tema por la fórmula del artículo 121 de la Ley.

(209) Más importancia tiene la aplicación del nuevo régimen legal a los daños causados por concesionarios que establecen y regulan el mismo artículo 121, 2.º, y el artículo 123. Este tipo de daños han venido siendo regulados sin esfuerzo por el Derecho civil, y sería anómalo entender que el cambio de régimen legal iba a implicar una exoneración de aquellos daños que justamente son los más graves. Del problema planteado por esta innovación se trata más adelante. Igualmente la cobertura por la Administración de los daños personalmente imputables a los funcionarios, hasta ahora regulados por el Derecho civil (con las especialidades de la Ley de 1904), obliga a una extensión como la que el texto propugna.

daño recaiga no cabe entender que existan, pues, limitaciones pre-determinadas. Es de esperar que el Reglamento ejecutivo de la Ley así lo especifique salvando el grave equívoco a que la redacción actual mueve, y a que las palabras de la Exposición de Motivos parecen impulsar (210). En cualquier caso no parece dudoso que los Tribunales, usando del amplísimo margen que las fórmulas legales les otorgan, se decidan por otra interpretación.

b) *Notas y extensión del concepto*.—El artículo 122, § 1.º, establece a continuación que «el daño habrá de ser efectivo, evaluado económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas».

Estas notas califican la presencia del daño indemnizable a los efectos de la Ley. Son notas genéricas y fácilmente justificables, que tratan de evitar la inclusión de simples «perjuicios» y aun de meras molestias subjetivas, en el supuesto de hecho de la responsabilidad civil. El criterio es el mismo que el sustentado por el derecho privado. Una cuestión se plantea, sin embargo, a propósito del último de los tres caracteres que el precepto señala: que el daño sea «individualizado con relación a una persona o grupo de personas».

¿Estamos aquí en presencia de una nota paralela a la exigida a la privación patrimonial para configurarse como expropiación, la de ser «singular»? La cuestión es aquí algo más compleja. Esa nota de la expropiación, como vimos (211), atendía a deslindar en origen la actividad de limitación de la actividad de expropiación. Ahora bien, no podría decirse que un daño general pueda ser el fruto de una determinación estatal de limitación de los derechos. Pongamos un ejemplo característico: una devaluación de moneda, un cambio de regulación de una profesión, una rebaja en la remuneración de los funcionarios. En todas estas hipótesis no es la nota de generalidad la que evita la calificación de lesión o daño indemnizable, sino precisamente la circunstancia de no cumplirse el carácter esencial de la antijuridicidad, en el sentido en que lo hemos precisado más atrás; pues, en efecto, al poseer el Estado la disponibilidad sobre estas materias, que en el caso más señalado de reforma de *status* objetivos deriva de su misma potestad legislativa, y de la esencial libertad de su ejercicio, ocurre que frente a tales decisiones no pueden ser opuestos por los interesados «dere-

(210) Sin duda la Exposición de Motivos trató de hacer viable la extraordinaria innovación legislativa que supone instaurar el principio general de la responsabilidad civil de la Administración, justificándolo dentro del sistema de una Ley de Expropiación Forzosa. El temor a que naufragase tal iniciativa pudo violentar, posiblemente, la argumentación sobre la unidad sistemática de una y otra institución, unidad que, como hemos intentado exponer por nuestra parte, no requiere de ninguna manera una amputación tan sustancial en una de ellas.

(211) *Supra*, II, B), 5. a).

chos adquiridos» a la permanencia en la situación anterior (212), es decir, no puede esgrimir frente al Estado el derecho a su integridad patrimonial tal como resultaba del *status* anterior. No se trata, pues, de medidas de limitación de los derechos, sino de cambios de *status* legislativos, de medidas de organización social cuya adopción corresponde libremente al Estado. Que es justamente la presencia de esta «causa de justificación» del perjuicio y no la nota de la generalidad de su extensión, lo que impide que tal perjuicio sea calificado como lesión patrimonial o daño indemnizable, se pone de relieve en un simple ejemplo: Si la Administración ocasiona a los funcionarios el mismo perjuicio económico de la hipótesis, pero no por vía de reforma de su *status* legal, sino simplemente infringiendo de hecho este *status*, nada nos impedirá calificar la existencia de una indudable lesión patrimonial, no obstante su generalidad (213).

El requisito de daño «individualizado» atiende en realidad a otro orden de cuestiones. En primer lugar, la precisión quiere indicar que ha de tratarse de un daño perfectamente concreto residenciable directamente en el patrimonio del reclamante; y que exceda, además, de lo que pueden considerarse cargas comunes de la vida social (214). En segundo lugar—y esto es, quizá, lo más significativo—la Ley ha querido probablemente señalar una pauta de prudencia en la aplicación de institución tan generosa como la que regula, indicando la existencia de límites virtuales a la reparación de verdaderos daños o lesiones patrimoniales en sentido jurídico, cuando por afectar a extensos sectores de individuos su reparación se hace imposible para las finanzas públicas, lo que obliga a calificarlas como verdaderas cargas colectivas; principio éste reconocido como uno de los límites naturales de la institución en otros derechos (215). Ahora bien, tales restricciones no han de en-

(212) Sobre este tema son clásicos los conceptos de JEZE: *Los principios generales del Derecho administrativo*, trad. esp., Madrid, 1928, págs. 116 y ss. «La característica de la situación [jurídica] general impersonal y del acto que la ha creado es la de poder ser modificada en todo instante». La aplicación de esta construcción al régimen jurídico de los funcionarios —para comprender el ejemplo del texto—, en págs. 448 y ss.; como es sabido esta tesis concluyó prácticamente con la discusión teórica sobre la naturaleza de la relación entre el funcionario y el Estado. Un ejemplo positivo en nuestro Derecho, de medidas legislativas de minoraciones de los ingresos funcionariales, es la llamada legislación «de restricciones» promovida en 1935 por el ministro CHAPARRIETA.

(213) Sin perjuicio de que en nuestro Derecho positivo esta lesión y los medios técnicos de reparación se rijan por el derecho de funcionarios y no por el de la Ley de Expropiación Forzosa.

(214) Puede equipararse, en este sentido, a la nota de la «especialidad» del daño, formulada por la jurisprudencia administrativa francesa, y especialmente aplicable a la responsabilidad imputada por riesgo. Cfr. DUEZ: *La responsabilité*, cit. pág. 63; DE LAUBADERE: *Traité*, cit., pág. 501; WALINE: *Manuel élémentaire de Droit Administratif*, 4.ª ed., Paris, 1946, págs. 493-494.

(215) Para Estados Unidos, vid. las referencias de VILLAR PALASI: *Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa del mercado*, «Revista de Administración Pública», 16, 1955, pág. 44: «La misma doctrina norteamerica-

tenderse aplicables en todos los casos en que el daño trascienda de una sola persona individual; para cortar el riesgo de una simplista interpretación cuantitativa la Ley habla expresamente de que el daño puede también referirse a un «grupo de personas». Así como al glosar el concepto de «privación singular» como contenido de la expropiación notamos que el criterio individual-general es una simple aproximación al criterio sustancial del sacrificio, así también en este supuesto se hará inevitable acudir al terreno de las valoraciones materiales o políticas para discernir en cada caso lo que debe calificarse como imposición o resultado de cargas colectivas de aquello otro que merece el dictado de comisión de un daño. A mi juicio, en virtud de esta directiva esencial, en cuyo desarrollo sentimos no poder ahora detenernos, habría que concluir, por ejemplo, la imposibilidad de calificar de daños todos los efectivos perjuicios que para los propietarios urbanos resultan de la legislación especial de arrendamientos, y esto tanto los que se imponen por vía general (que esto parece indiscutible) como aquellos otros que en casos perfectamente singulares pueden afectar a algún aislado propietario (suspensión gubernativa de lanzamientos, denega-

na ha llegado a la conclusión de que esta falta de indemnización por las medidas de policía sólo puede encontrar su plena justificación en la imposibilidad real de abonar las indemnizaciones, imposibilidad que se liga a una necesaria reserva de poder en el Estado, aparte de la ley e independiente de la misma.» Para Francia, con crítica expresa de la adopción por el Conseil d'Etat de la doctrina del riesgo, HAURIOU: *La jurisprudence administrative de 1892 a 1929*, I, Paris, 1929, págs. 686 y ss. (sobre el asunto *Regnault-Desroziers* o del Fuerte de la Double-Couronne, 1919), y 698 y ss. (sobre el asunto *Couitcas*, 1923), con un extraordinario vigor crítico sobre las consecuencias presupuestarias; «riesgos ilimitados», «responsabilidades que sobrepasan visiblemente la capacidad de la Administración» («y la proporción de la responsabilidad con la capacidad es ella misma una condición de la justicia»); «el resultado será la parálisis de la legislación social que habrá llegado a ser tan costosa como un plan de obras públicas»; «puerta imprudentemente abierta»; «los contribuyentes franceses sumergidos por la marea de las indemnizaciones destinadas a realizar para cada uno el imposible «equilibrio de las cargas y de los beneficios de la vida común» [alusión a la doctrina sostenida en las decisiones comentadas], podrán hacer suya la exclamación del siglo XVIII: «¡Dios nos guarde de la equidad de los Parlamentos!». DUEZ y DEBEYRE: *Traité* cit., pág. 434: «El Consejo de Estado se resiste a la idea de la socialización integral de los daños derivados de la acción administrativa; apartándola así en buen número de casos del cuidado de una reparación pecuniaria, deja a la Administración un cierto margen de acción enteramente libre.» Y añaden en nota: «Este margen se aproxima al que existe en el contencioso de la legalidad gracias al poder discrecional... se inspira en preocupaciones análogas.» Para Italia, en relación con la indemnizabilidad de los daños de policía (especialmente antes de la Constitución de 1948), VIRGA: *La potestà di polizia*, cit., páginas 207 y ss. y allí citados. En el sentido del texto es inequívoco que entre nosotros un Tribunal no podría ampararse en el principio general de responsabilidad para imponer por sí mismo la indemnización de daños de guerra, por ejemplo (vid. sobre esta cuestión las referencias contenidas más arriba, nota 147). Sobre este carácter se fundamenta la irresarcibilidad de las privaciones de valor de las tasaciones de precios, etc.

ción de autorizaciones de obras, remisión legal de la renta a obreos en paro, etc).

En estos términos genéricos así definidos cualquier lesión patrimonial es capaz de poner en marcha el mecanismo de la responsabilidad administrativa. Entran, a mi juicio, tanto los daños materiales como morales, en cuanto estos últimos cumplan la nota de ser evaluables económicamente. Es posible que, como ocurre en todos los derechos, los llamados daños morales infringidos por la Administración hayan de ser discriminados más restrictivamente que lo que es común en el derecho civil (216), pero también debe tenerse en cuenta que la amplísima fórmula de cobertura de las responsabilidades que habrían de ser imputadas a los funcionarios, que, como luego analizaremos, se contiene en la nueva Ley, hace inútil en realidad casi todo el problema teórico montado alrededor de este tema, al explicarse la responsabilidad de la Administración como una simple consecuencia de tal cobertura, siendo ya menos discutible la posibilidad que los funcionarios tienen de ocasionar este tipo de daños (217).

Una última cuestión referente a la extensión de la lesión determinante de la responsabilidad es la que hace referencia a la posibilidad de que la lesión se presente, no ya en el patrimonio de un administrado, sino en el patrimonio de un agente integrado en la propia organización administrativa. En otros términos: es reparable en virtud de la fórmula legal el daño causado a un agente

(216) Francia, país el más progresivo en materia de responsabilidad civil, de la Administración, ha sancionado el principio de indemnización de los daños morales, aunque en forma restrictiva. ROUSSEAU: Op. cit., págs. 182 y ss., sintetiza así la jurisprudencia: El daño moral debe basarse en un derecho lesionado, criterio que limita la indemnización por accidentes mortales a las personas con derecho de alimentos (criterio, sin embargo, ya superado, como expusimos, *supra*, nota 34); el simple dolor moral no es reparable (*pretium doloris*), concepto por el cual se rechaza indemnización por menciones difamatorias contenidas en decisiones administrativas; esto, no obstante, en los casos en que se niega indemnización sustantiva, tiende a reconocerse más liberalmente el derecho al reembolso de gastos; se indemnizan los atentados al derecho moral del artista, las lesiones de la integridad física en casos de sufrimientos excepcionales y el daño a la integridad moral, como el honor o el prestigio; en muchos casos se condena a la Administración por la suma simbólica de un franco o simplemente a las costas del proceso. Esta materia es la única en la que los administrativistas confiesan la superioridad de la jurisprudencia civil (por ejemplo, DE LAUBADERE: *Traité*, cit. pág. 484).

(217) Así en Italia por la jurisprudencia, aunque no sin discusiones teóricas, vid. CASSETTA: *L'illecito*, cit., págs. 204 y ss. con más bibliografía. Después de la fórmula de responsabilidad indirecta del Estado establecida por el artículo 28 de la nueva Constitución parece mucho menos dudosa: *ibidem*, págs. 268 y ss. ALESSI: Op. cit., pág. 125, da ya la solución por obvia. Igual, en general, en los derechos que adoptan la fórmula de responsabilidad indirecta. Para Inglaterra, con crítica del criterio restrictivo francés, STREET: Op. cit., pág. 77, e *infra*, nota 279. La sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 10 de junio de 1932 declaró la incompetencia de la jurisdicción administrativa para entender de una demanda por daños a la fama personal producidos por una disposición ministerial, por entender que era una cuestión de índole civil (cfr. *infra*, nota 232), pero sin excluir su procedencia.

administrativo—por no utilizar el concepto más restrictivo de funcionario—como «consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos»? No habría ninguna razón para responder negativamente a este interrogante; no parece que quepa distinguir restrictivamente donde la Ley no lo ha hecho, e incluso más, donde la Ley ha utilizado con toda conciencia una fórmula general. Esta extensión es en verdad fundamental y procederá característicamente en dos supuestos típicos, aparte de la generalidad de aplicaciones: actos ilegales contra los funcionarios y accidentes con ocasión del trabajo en la empresa administrativa, corrigiéndose por esta última aplicación la grave desigualdad existente entre los trabajadores privados y los públicos (218).

4. *Imputación.*

No basta la presencia del daño o lesión patrimonial; es preciso para que la responsabilidad surja que su producción sea imputable en algún sentido a la Administración. A la construcción expuesta más atrás y al papel que en la misma juega este elemento singular de la teoría nos remitimos. En este momento estudiaremos analíticamente los problemas de más relieve que para la aplicación del nuevo régimen legal suscita este concepto de la imputación del daño.

a) *Sujetos imputables.*—La Administración se presenta en el tráfico no unívocamente, sino a través de una serie incontable de personificaciones. Es importante a nuestro objeto distinguir los distintos órdenes de personificación administrativa, pues predicándose la imputación precisamente de personas jurídicas (219), el distinto régimen que afecta a éstas puede hacer variable en algún sentido el efecto de tal relación. Distinguiremos a este objeto el Estado o Administración Central; la Administración local y la Administración institucional y, finalmente, por previsión exacta de la Ley, los concesionarios.

(218) Basta comparar el régimen de accidentes de trabajo en la industria (más su complemento de enfermedades profesionales) con el de pensiones extraordinarias en el Estatuto de Clases Pasivas; creo que la Ley de Expropiación Forzosa no deroga esta última regulación, pero sí que extiende el principio de responsabilidad, según su técnica propia, allí donde esta regulación se detenia. Sobre la inferioridad de régimen a que en general ha llegado en nuestra patria el funcionario público por relación al empleado privado, invirtiéndose una tradición justamente inversa, PÉREZ SERRANO: *Proletarización del funcionario*, en *Estudios dedicados al Profesor Gascón y Marín*, cit., págs. 167 y ss. La misma aplicación que se propone en el texto la ha llevado a término la jurisprudencia administrativa francesa tanto en materia de riesgo profesional de los empleados públicos (recogida luego para los funcionarios propiamente tales en una Ley de 1946), como por revocaciones abusivas, etc. (DUEZ: *Op. cit.*, págs. 74 y ss.; ROUSSEAU: *Op. cit.*, págs. 157 y ss.).

(219) Recuérdese que la doctrina kelseniana reduce la personalidad jurídica a este concepto de «centro de imputación», aunque dentro de su general construcción normativista. (KELSEN: *Teoría general*, cit., págs. 94 y ss.).

aa) *El Estado: el problema de los órganos legislativos y judiciales.*—El primer y fundamental problema que se plantea a propósito de la esfera central del Estado es si los órganos legislativos y judiciales pueden ser cauce de la imputación de que se trata o, en términos más simples, si los posibles daños patrimoniales que puedan derivarse de la actividad legislativa y judicial son o no resarcibles según el régimen de responsabilidad que la nueva Ley establece.

La fórmula utilizada por la Ley para la medida de la imputación («siempre que la [lesión] sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa») parece excluir claramente del supuesto el caso de la actividad judicial subjetivamente determinada (220), quiero decir la actividad de los jueces y tribunales ordinarios o especiales (y de todos sus auxiliares) tanto en el *iudicare* como en el *procedere*, pero no de los órganos administrativos que ejercen funciones cuasi jurisdiccionales (221).

A la misma conclusión se llega observando que existe una normativa especial sobre reparación de daños judiciales, que no se puede entender derogada, dada la especificidad del supuesto, que requiere sin duda de precisiones particularizadas (222).

El caso de la llamada responsabilidad por actos legislativos suele plantearse equívocamente. Ya hemos observado en el apartado anterior algo en relación con esta cuestión. Definiendo la Ley el ámbito de lo jurídico positivo mal puede imputarse a sus efectos un perjuicio antijurídico. Los perjuicios derivados de las leyes son

(220) En el mismo sentido en Francia, LEFAS: *Responsabilité de l'Etat du fait des services judiciaires*, en «Conseil d'Etat, Etudes et Documents», 1949, págs. 48 y ss.; DE LAUBADERE: *Traité*, cit., págs., 508-509; DUEZ y DEBEYRE: *Traité*, págs. 462 y ss.; DUEZ: Op. cit., págs. 246 y ss. Para los problemas que plantea en Italia el artículo 28 de la Constitución en relación con este tema, CASSETTA: Op. cit., págs. 286 y ss. Para Inglaterra y Estados Unidos, con idéntica solución, STREET: Op. cit., págs. 41 y ss.

(221) Así en Francia, aunque existe alguna decisión en contra de esta doctrina, DE LAUBADERE: Loc. cit. *Contra*, en Inglaterra, STREET: Op. cit., págs. 42 y ss.

(222) Artículo 960 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, reformado por la Ley de 24 de junio de 1933, con responsabilidad del Estado. Título VII del libro II de la Ley de Enjuiciamiento civil, con responsabilidad personal de los jueces y magistrados (aparte de la derivada de delito: arts. 182, 188, 351 y ss., etcétera del Código penal). Lo que podría discutirse es si en estos últimos casos la fórmula de la nueva Ley de cobertura por la Administración de la responsabilidad imputable a sus funcionarios se extiende también a estas hipótesis de responsabilidad personal de jueces y magistrados. Aunque habría razones favorables a tal extensión la respuesta posiblemente tendría que ser negativa, dado que el régimen que establece la nueva Ley es íntegro y no parece que pueda coger de él sólo aspectos parciales. Acaso esta extensión, sin embargo, pueda ser concretada por el Reglamento ejecutivo de la Ley, lo que sin duda sería deseable.

cargas legales y no daños. Este principio, sin embargo, debe ser corregido con dos observaciones:

1.º Existe la posibilidad de una norma jurídica en transgresión de otra de rango superior, hipótesis en la cual sus perjuicios derivados serían evidentemente antijurídicos; ahora bien, esta precisión retiene todo su valor a propósito de las normas reglamentarias o emanadas de la Administración, pero no precisamente de las llamadas leyes en sentido formal, dada la imposibilidad de hacer jugar jurídicamente la categoría de la inconstitucionalidad de las leyes en nuestro derecho (223).

2.º Cabe, finalmente, afectar indemnización a los efectos dañosos de una Ley formal cuando se entiende que tal Ley presenta una laguna sobre la materia, y en virtud de la integración de tal laguna con los principios generales del Derecho, que están en los preceptos abstractos del Fuero desarrollados por la Ley de Expropiación Forzosa, pero siempre que esté claro que tal laguna no existe, por ejemplo, porque está implícito el propósito decidido de no indemnizar, y mucho más cuando este propósito está preceptivamente declarado, no existen medios técnicos para forzar a la indemnización, ni esta consecuencia podría tomar razón en la Ley de Expropiación Forzosa, dada la precedencia de la *lex posterior*; a esta función de interpretación o de integración de una laguna se reducen los famosos casos que presenta la jurisprudencia francesa, a los que en modo alguno corresponde el inadecuado concepto de «responsabilidad por actos legislativos» o «del Estado legislador» (224).

(223) Vid. FUEYO: *Legitimidad, validez y eficacia* cit., págs. 35 y ss. Idéntica razón en Italia, CASSETTA: *Op. cit.*, págs. 279 y ss. Y Bélgica, CAMBIER: *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, Bruxelles, 1947, págs. 287 y ss. El argumento se repite en Francia (bibliografía más adelante).

(224) Vid. CHAUMONT: *La responsabilité extracontractuelle de l'Etat dans l'exercice de la fonction législative*, en «Revue de Droit Public», 1940, págs. 200 y ss. Nota de JEZE en la misma Revista, 1945, págs. 366 y ss. DUEZ: *La responsabilité* cit., págs. 201 y ss. y las referencias comunes de los tratados generales (DUEZ y DEBEYRE: Págs. 458 y ss.; DE LAUBADERE: Págs. 505 y ss.; WALINE: Págs. 513 y ss.). Sobre el tema en general, con más bibliografía, SAYAGUÉS LASO: *Responsabilité de l'Etat en raison des actes législatives*, en *Livre Jubilaire du Conseil d'Etat*, Paris, 1952, págs. 619 y ss. Los dos únicos casos en que el Conseil d'Etat admitió una supuesta responsabilidad del Estado por daños derivados de sus leyes han sido en los asuntos *La Fleurette* (1938) y *Caucheteux* (1944). En el primero de ellos se trataba de una Sociedad que fabricaba una crema especial a partir de la leche y de otros productos, y que se vió forzada a cejar su negocio como consecuencia de una ley que, con fines de protección de la industria lechera (no por razones sanitarias), prohibió la venta de productos similares no derivados íntegramente de la leche. El segundo caso era del todo análogo, sólo que ocasionado por la protección a los productores de cereales. En los dos supuestos se trataba de los únicos fabricantes de los productos en cuestión en territorio francés, circunstancia tam-

En conclusión, nos resulta que la imputación de daños patrimoniales al Estado como elemento constitutivo de la responsabilidad civil del mismo procede característicamente a través de los órganos administrativos propiamente tales, es decir, los integrados en el tradicionalmente llamado poder ejecutivo. Sólo los daños imputables a estos órganos son causa de responsabilidad del Estado según la nueva Ley. Eventualmente es posible sin embargo que ésta se extienda hasta cubrir las responsabilidades personales de los funcionarios judiciales (225) y a integrar una laguna positiva de una Ley formal; lo primero, sin embargo, no parece hacedero con la simple redacción del artículo 121 y procedería sólo en virtud de complementos reglamentarios expresos que se inspirasen en razón de equidad; lo segundo, implicaría únicamente hacer jugar la Ley como índice de un principio general del ordenamiento; en los dos casos no se trata, pues, más que de aplicaciones excepcionales y parciales, además de simplemente eventuales. La aplicación normal e indubitada del régimen plenario de la responsabilidad civil del Estado queda reservada, pues, para la nueva Ley a sólo la actividad administrativa, entendido este concepto, no materialmente, sino subjetivamente: actividad de los órganos integrados en el llamado poder ejecutivo (226). Sólo estos órganos son cauces válidos de imputación de daños al Estado para que pueda surgir la consecuencia legal de su responsabilidad. 12-

bb) *Los entes locales.*—El problema que se plantea a propósito de estas personas administrativas es previo, en realidad, a la cuestión técnica de la imputación de los daños: simplemente si la regulación de la responsabilidad administrativa que contiene la Ley de Expropiación es o no aplicable a los entes locales. El problema

bién tomada en cuenta expresamente (cfr. *supra*, nota 215). Otra solución procedería en los países con garantía judicial de la Constitución y siempre que ésta estableciese concretamente el principio, y esto en virtud de lo que se ha expuesto más atrás en el texto (antijuridicidad de efecto dañoso); en este sentido Estados Unidos, aunque en forma negativa (inconstitucionalidad de las leyes expropiatorias sin indemnización, aplicando la cláusula constitucional *due process of law*, SCHWARTZ: Op. cit., págs. 217-9), y no por las razones que pretende SAYAGUÉS LASO en el citado trabajo, que entiende aquí aplicable el principio de igualdad ante las cargas públicas; la utilización general de tal principio (de cuya inconsistencia jurídica ya hablamos más atrás) al campo de la actividad legislativa significaría prácticamente la paralización de esta actividad (Cfr. *supra*, nota 215, los textos de HAURIOD).

(225) *Supra*, nota, 222.

(226) Esta caracterización estrictamente subjetiva de la actividad administrativa es la esencial para determinar el contenido de todo el Derecho administrativo y no sólo del de la institución de la responsabilidad de la Administración. La supuesta actividad administrativa de los órganos legislativos y jurisdiccionales no es nunca materia del Derecho administrativo, e inversamente: una hipotética actividad legislativa o jurisdiccional cumplida por la Administración se rige necesariamente por el Derecho administrativo. Vid. en el mismo sentido, GARRIDO FALLA: *Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales*, cit. págs. 11 y ss.

nace del hecho de que la Ley de Régimen Local contiene una regulación específica sobre la misma materia (arts. 405 y ss.). ¿Hay que entender que la Ley de Expropiación forzosa ha derogado a la de Régimen Local en este punto? Sí, a mi juicio, dada la referencia general de la primera a todas las esferas administrativas y expresamente a la esfera local (art. 85), para la que, sin embargo, no reserva ninguna particularidad sobre este tema (227).

Este cambio de régimen legal parece favorable a los administrados. La regulación de los artículos 405 y siguientes de la Ley de Régimen Local (complementados por los artículos 376 y siguientes del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 17 de mayo de 1952) tenía a su favor el prestigio de haber sido la primera manifestación en nuestro Derecho del principio general de responsabilidad administrativa. Era, además, sin duda, una regulación generosa y progresiva (228). No obstante, la nueva Ley de Expropiación la excede en este punto. Así, en concreto, esta Ley establece con el límite que luego veremos, la responsabilidad directa de la Administración en todo caso de daños resultantes del «funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos», en tanto que la de Régimen Local excluía esta responsabilidad directa en el caso de culpa o negligencia graves de las autoridades, funcionarios o agentes en el ejercicio de sus cargos, supuesto en el cual solamente admitía una responsabilidad subsidiaria, que estaba además estrechamente condicionada (art. 409, párrafo 2.º).

cc) *Entes institucionales.*—La imputación del daño puede referirse a los llamados entes institucionales o no territoriales. Respecto de ellos surgen dos problemas, a propósito de la aplicación del régimen de la responsabilidad civil contenida en la Ley de Expropiación Forzosa. Primer problema: discriminación entre las que son verdaderas personas públicas y las que son a todos los efectos personas de derecho común, pues sólo a las primeras

(227) No podría aducirse válidamente la circunstancia de que con posterioridad a la Ley de Expropiación se ha publicado un nuevo texto refundido de la Ley del Régimen Local, el aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955 (*Boletín Oficial del Estado* de 10 de julio), dado el hecho de que esta llamada refundición es en realidad una modificación de artículos referentes a las Haciendas locales, que ha tomado razón en la Ley de reforma de esta materia de 3 de diciembre de 1953. Los artículos 405 y ss., que son los que regulan la responsabilidad civil, como la mayoría de los de la Ley, han quedado inalterados. En realidad sólo por la determinación expresa del mencionado Decreto, que quizá lo ha hecho con fines de facilitar las referencias, puede entenderse que el texto conjunto de la Ley ha de llevar la fecha de 24 de junio de 1955. En cualquier caso es posible que el problema sea resuelto por la norma, especial sobre derogaciones y vigencias prevista en la disposición final 3.ª de la Ley de Expropiación, que aún no ha sido aprobada.

(228) Cfr. ROYO VILLANOVA: *La Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950*, en «Revista de Administración Pública», número 4, 1951, páginas 298-299.

alcanzará la aplicación del régimen legal que estudiamos; esta cuestión, dudosa, como es bien sabido, en ciertos casos límites, debemos darla aquí por resuelta (229). El segundo problema a que aludimos ha de hacer perder gran parte del interés propio de éste primero, y es el que se plantea a propósito de ciertos entes subjetivamente administrativos y por ende públicos, pero que, sin embargo, actúan en el tráfico sometidos al derecho privado. Ahora bien, este problema, que es fundamental a nuestro objeto, no podemos resolverlo por una abstracta caracterización de estas personas jurídicas, pues es lo cierto que la misma consecuencia de la aplicación del derecho privado se presenta hoy en mayor o menor medida en la generalidad de los entes públicos, comenzando desde luego por el propio Estado. No es, pues, un problema de referencia subjetiva de la imputación, sino más bien de condiciones objetivas de la imputación misma, que en tal carácter analizaremos más adelante.

dd) Concesionarios de servicios públicos.—La posibilidad de que daños imputables a los concesionarios den lugar a la responsabilidad civil que regula la Ley de Expropiación Forzosa, resulta de los propios preceptos de esta Ley que así, en efecto, lo establece. El artículo 121, párrafo 2.º, determina que «en los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste». El artículo 123 regula el procedimiento de hacer efectiva esta responsabilidad.

El alcance de esta extensión legal es, sin duda, uno de los principales problemas que la nueva institución ocasiona. ¿Ha de entenderse que toda la responsabilidad civil en que pueda incurrir el concesionario de servicios públicos en ejercicio de la concesión se regirá en adelante por la nueva Ley y no por el Código civil? No, a nuestro juicio. Pero la cuestión debe plantearse sistemáticamente al tratar del tema de las condiciones objetivas de la imputación, y no, como ahora, de los sujetos de la imputación misma, pues en cualquier caso, se rija la situación por las normas civiles o por las administrativas, el sujeto imputable será siempre el mismo. En ese otro tema entramos inmediatamente.

b) La situación iusadministrativa del sujeto como presupuesto de la imputación.—Este epígrafe, quizá en demasía conceptista, pretende en realidad explicar una idea simple. Hemos entrevistado —y ahora lo afirmamos positivamente— que la generalidad de los

(229) Vid. sobre el tema con más referencias, VILLAR PALASI: *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*, en «Revista de Administración Pública», núm. 3, 1950, págs. 103 y ss.; FORSTHOFF: *Lehrbuch*, cit. págs. 375 y ss.; MIELE: *La distinzione fra ente pubblico e privato*, en *Studi in memoria di Francesco Ferrara*, Milano, 1943, págs. 471 y ss.

sujetos que son término de la imputación pueden obrar indistintamente por los cauces del derecho privado o por los del derecho público. Es ésta una característica peculiar del régimen administrativo desde sus orígenes y que justamente en los tiempos actuales se ha agudizado hasta hacer del tema uno de los capitales de nuestra disciplina (230). Pues bien, se trata de indicar que únicamente el régimen legal que estamos exponiendo resultará aplicable cuando los sujetos estén respecto a la producción del daño que trate de imputárseles en una situación propia del Derecho administrativo. Por el contrario, cuando esta situación sea de Derecho privado, la eventual responsabilidad deberá serles exigida como y en virtud del sistema común del Derecho civil. Este requisito es conocido en todos los Derechos (231), y es una consecuencia que se impone en el nuestro, tanto por los propios términos de la Ley que estamos comentando (aunque los criterios para la resolución del problema no estén en ella claros) como por el principio general de partición de la materia contenciosa de la Administración que, como un correlato necesario de la distinción de los respectivos regímenes materiales, formula el artículo 4.º, número 4.º, de la Ley orgánica de lo contencioso-administrativo (232).

(230) Vid. la exposición de conjunto que se hace en mi trabajo *La actividad industrial y mercantil de los Municipios*, cit. págs. 87 y ss. Específicamente, BALLBÉ: *Derecho administrativo*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», I, 1950, págs. 55 y ss.; AMORTH: *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato* (separata del «Archivio di Diritto Pubblico»), Padova, 1938; FORSTHOFF: *Lehrbuch*, cit., págs. 398 y ss.

(231) FORSTHOFF: Op. cit., pág. 247; CHAPUS: Op. cit., págs. 45-190. En Derecho italiano (como en los anglosajones) el problema no tiene relieve práctico porque en cualquier caso es competente la jurisdicción ordinaria, en virtud del peculiar sistema de justicia administrativa de este país (GUICCIARDI: *La giustizia amministrativa*, 3.ª ed., Padova, 1954, págs. 319 y ss.); aunque esto mismo ocurre en Alemania, sin embargo la sustantividad de los principios de la responsabilidad de la Administración y la especialidad de las normas por las que se rige (dos circunstancias que son mucho menos netas en Italia, pues el artículo 28 de la Constitución se extiende también por previsión expresa a la responsabilidad puramente civil) ha impedido la confusión de que se trata.

(232) Ley, texto refundido de 8 de febrero de 1952, artículo 4.º: «No corresponderá al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa... 4.º Las cuestiones de índole civil... pertenecientes a la jurisdicción ordinaria... Se considerarán de índole civil y de la competencia de la jurisdicción ordinaria las cuestiones en que el derecho vulnerado sea de carácter civil, y también aquellas que emanen de actos en que la Administración haya obrado como persona jurídica, o sea, como sujeto de derecho y obligaciones.» El criterio del derecho vulnerado, aplicado estrictamente, haría en cualquier caso incompetente a la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las acciones sobre responsabilidad civil de la Administración. Esta conclusión ha sido sostenida por la jurisprudencia con anterioridad a la nueva Ley de Expropiación: sentencias de 25 de junio de 1888, 21 de mayo de 1892, 25 de febrero de 1902, 21 de abril de 1914, 18 de marzo de 1919, 20 de noviembre de 1922, 10 de junio de 1932, 27 de marzo de 1933, 25 de febrero de 1947. Hay que entender que la Ley de Expropiación ha acabado con este criterio en la materia específica de responsabilidad (art. 123). El otro criterio de este artículo 4.º, el de «cobrar

En el artículo 121 de la Ley de Expropiación parece apuntarse a un principio material: el del «funcionamiento de los servicios públicos»; todos los daños y nada más que ellos, consecuencia de este funcionamiento—normal o anormal—generarían la responsabilidad especial de que se trata, y no la del Código civil. Puede pesar a favor de esta interpretación el recuerdo del famoso *arrêt Blanco* del Derecho francés, que a la vez que establecía las bases de una teoría de la responsabilidad administrativa, sentaba también el principio esencial del servicio público como criterio determinante de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa (233). Ahora bien, nos resistimos a creer que deba darse a esa expresión de la Ley tal significado, por la sencilla razón de que hoy toda la doctrina está acorde en que el famoso principio del servicio público ha hecho crisis completa y en modo alguno puede erigirse sobre el mismo ni el contenido en general del Derecho administrativo (234), ni mucho menos el de la institución de la responsabilidad civil de la Administración (235), y el tecnicismo de la Ley no justifica ciertamente que podamos atribuirla una regresión de tal bulto. La expresión «servicios públicos» hay que entenderla en sentido orgánico y no funcional y equipararla así, pura y simplemente, a actividad de la Administración, sin buscar ningún matiz especial de diferenciación, aparte del que ya hemos considerado de exclusión de la actividad legislativa y la judicial.

Ello nos obliga a buscar fuera de esta Ley un criterio de distinción de los dos regímenes, civil y administrativo, de responsabilidad. Este criterio no puede ser otro que el general de distinción de los dos Derechos en su aplicación a la esfera administrativa. Es natural que no podamos detenernos ahora a precisar este criterio, pero baste decir que el mismo se ordena alrededor de la distinción gestión pública-gestión privada, al que apunta directamente,

como persona jurídica», está enunciado muy imperfectamente, pues es obvio que la Administración obra siempre como persona jurídica, tanto en el campo del derecho público como en el del derecho privado y que tal personalidad es indivisible; no obstante, y salvado su desgraciado tecnicismo, es al que habrá de atenderse, como se expone más adelante, en el texto.

(233) Esta ha sido la interpretación común de la citada decisión hasta muy recientemente, como ya hemos advertido. Vid. CHAPUS: Op. cit., págs. 85 y ss. y *supra*, nota 490.

(234) Vid. mi trabajo *La actividad industrial y mercantil de los Municipios*, cit. págs. 120 y ss. y allí citados.

(235) En Francia desde los primeros años del siglo XX se inicia, en materia de responsabilidad administrativa, el abandono de la teoría pura de servicio público que patrocinó el *arrêt Blanco*, y su sustitución por la distinción estructural «gestión pública-gestión privada» (que no se corresponde con la tradicional de actos de autoridad y actos de gestión); en 1903 el famoso *arrêt Leerrier* sobre conclusiones del Comisario de Gobierno ROMIEU, formula ya con toda nitidez la distinción, para atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa únicamente el conocimiento de los actos o consecuencias derivadas de una gestión pública. El criterio se consolida por el Tribunal de Conflictos definitivamente a partir de 1910 y sigue siendo hoy el criterio central en la materia (CHAPUS: Op. cit., págs. 100 y ss. y 107 y ss.).

aun con grave imperfección técnica, nuestra Ley de lo contencioso —artículo 4.º— al atribuir a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de aquellas cuestiones «en que la Administración haya obrado como persona jurídica [privada]» (236).

Resulta así que para que pueda imputarse a una Administración la producción de un daño patrimonial conforme a los principios y para los efectos de nuestra Ley de Expropiación Forzosa, es presupuesto fundamental, o bien que el acto causal de la imputación sea efectivamente un acto administrativo y no privado, o bien, cuando la imputación no proceda de la emanación de acto jurídico alguno, sino de puros hechos, que la situación en que estos hechos determinantes se produjeron fuese de suyo una situación propia del Derecho administrativo, y no de las que rige el Derecho privado. Fuera de estas hipótesis, como dice FORSTHOFF, «la actividad será Administración, pero no imperan en ella las normas del Derecho administrativo» (237).

El criterio es claro en los casos límites: así es evidente la aplicación del Derecho civil respecto a la actividad bajo cauce mercantil de los entes económicos (238), la gestión del patrimonio privado o fiscal, las relaciones personales acordadas conforme al Derecho laboral común, etc. Para aquellas hipótesis en que esta claridad falte, existe el mecanismo técnico de los conflictos de jurisdicción (Ley de 17 de julio de 1948), que habrá de encontrar en adelante en esta materia una de sus aplicaciones más frecuentes.

El problema más importante a propósito de este requisito se plantea respecto a los concesionarios de servicios públicos. La aplicación del régimen legal de la responsabilidad de la Administración a los concesionarios de ésta es una extraordinaria novedad de la Ley. En Francia, país el más similar a nuestro sistema administrativo, así como el más caracterizado, sin duda alguna, en materia de responsabilidad de la Administración, los daños ocasionados por los concesionarios son resarcibles según los principios del Derecho civil, y no es competente, por lo mismo, respecto de este

(236) Vid. *supra*, nota 232. La concreción de este principio se encuentra en la propia jurisprudencia civil y contencioso-administrativa, y sobre todo en la jurisprudencia de conflictos cuya sistematización puede verse en la obra de PERA VERDAGUER: *Jurisdicción y competencia*, Barcelona, 1952. También las habituales notas de GONZÁLEZ PÉREZ sobre la jurisprudencia de conflictos, en la «Revista de Administración Pública» desde su fundación, 1950.

(237) Op. cit., págs 247. El concepto lo formula justamente al tratar del tema de la responsabilidad.

(238) Aunque ya se ha advertido más atrás, bueno será insistir sobre cómo no es posible establecer una distinción de régimen sobre la base de los tipos o formas de personificación administrativa, pues es hoy tan posible una gestión pública a través de entes a los que se aplica en mayor o menor medida el derecho privado, como viceversa, una gestión privada cumplida bajo formas públicas de personificación y de actuación. Vid. el citado trabajo, *La actividad industrial y mercantil de los Municipios*, págs. 123 y ss.

resarcimiento la jurisdicción administrativa (239). Así ha ocurrido entre nosotros hasta ahora, sin dificultad alguna y sin discrepancia de nadie. La razón de esta calificación es simple: se trata de relaciones patrimoniales entre particulares (240), dado el inequívoco carácter privado del concesionario y de su empresa. En el orden práctico juega también claramente la intención de descargar a la Administración de un volumen de asuntos considerables, ya que la competencia de la jurisdicción contenciosa exigiría necesariamente un pronunciamiento administrativo previo, que se convertiría en el objeto directo de la impugnación (como en nuestra Ley, artículo 123) (241), y habida cuenta de que justamente la dejación de la explotación del servicio es la razón determinante de la adopción del régimen de concesión mismo.

A mi juicio, análoga conclusión ha de prevalecer como principio en el nuevo régimen legal. El concesionario se encuentra como regla en una situación de derecho civil, por la razón simple de que es una persona de derecho civil. De la misma manera que los actos del concesionario no son actos administrativos, o sus contratos administrativos, o sus agentes administrativos, o sus fondos, en fin, fondos públicos, así su eventual responsabilidad no hay razón para que sea una responsabilidad administrativa. Aceptar lo contrario implicaría automáticamente trastocar las bases de nuestro régimen administrativo. Una excepción cabe a ese principio, y a ella habrá que reducir la aplicación prevista por la nueva Ley: la hipótesis de que el concesionario ejercite verdaderos poderes públicos en nombre de la Administración concedente; así, ex-

(239) WALINE: Op. cit., pág. 335; DE LAUBADERE: Op. cit., pág. 601; DUEZ y DEBEYRE: Op. cit., pág. 509 (aunque a este autor le parece criticable esta posición). En otro sentido, la Administración concedente es responsable subsidiariamente—y ante la jurisdicción contencioso-administrativa—en caso de insolvencia del concesionario directamente responsable (DUEZ y DEBEYRE: loc. cit.; DE LAUBADERE: Pág. 500).

(240) DE LAUBADERE: Op. cit., pág. 601.

(241) Recuérdese que los servicios concedidos suelen ser justamente aquellos que originan un tráfico comercial intenso: ferrocarriles, tranvías, autobuses, trolebuses, líneas aéreas, marítimas, suministro eléctrico, de gas, de agua, etc. La fiscalización de todos los daños que pueden ocasionar estos gigantescos complejos industriales, fiscalización que debería ser *in situ*, materialmente, echaría sobre la Administración un ingente, extraordinario volumen de negocio para lo cual no se aprecia ninguna justificación sustancial. Por otra parte, hacer recaer el eventual proceso sobre el acto administrativo en sí mismo y sobre el expediente que le haya precedido, implicaría: 1.º Un apartamiento de los Tribunales de la cuestión de hecho en asuntos en que la cuestión de hecho es fundamental; este cargo se extrema recordando la excepcionalidad de la prueba en el proceso contencioso-administrativo y la separación temporal que forzosamente determinaría la circunstancia de un expediente administrativo previo. 2.º Gravar a la Administración con la ingente carga de acudir a un extraordinario número de procesos sobre asuntos puramente patrimoniales entre particulares, en los que sólo podría tener, cuando mucho, un interés indirecto. No hay razón que pueda convencer de la necesidad de interponer esa supuesta instancia previa.

propiación forzosa (242), imposición de servidumbres, ventas forzosas, etc. Sólo a estos reducidísimos supuestos cabe entender, en conclusión, que alcanza la aplicación de la nueva Ley en cuanto a los eventuales daños resultantes. Sólo, pues, en esta situación es posible predicar de los concesionarios privados la imputación de un daño a efectos de la Ley de Expropiación Forzosa. Declararlo así, despejando el grave equívoco que en otro caso puede resultar, parece una de las tareas más importantes del Reglamento ejecutivo de la Ley.

1E) *Causas de imputación.*—aa) Llamamos causas de imputación a aquellas circunstancias en virtud de las cuales es posible establecer una relación entre el daño y el sujeto imputado que justifica atribuir a éste el deber de reparación que la antijuridicidad del daño impone. En este sentido la imputación es un concepto jurídico y no físico: el daño, en cuanto realización material, puede haber sido causado por persona distinta de aquella a quien, sin embargo, jurídicamente se le imputa; o puede haber sido ocasionado por hecho fortuito, y no obstante no impedirse la imputación a un sujeto, como hemos de ver.

Ya hemos avanzado más atrás, al exponer las bases de la teoría general, una tipificación de causas de imputación, aunque por vía simplemente enunciativa. Esas causas no pueden, en efecto, reducirse a un canon unitario, y es aquí donde se inserta la rica casuística que alimenta todo régimen de responsabilidad civil. Esta casuística falta en nuestra Ley, que ha querido intencionadamente no establecer limitaciones apriorísticas y dejar la aplicación del principio abstracto de imputación que formula (daños «consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos») a la libre apreciación de cada caso. Tampoco, naturalmente, cabe acogerse a la jurisprudencia, dada la radical innovación de esta normativa en nuestro Derecho. Ello nos fuerza a intentar por nuestra parte una descomposición del principio unitario de imputación que la Ley contiene presentando un esquema de las situaciones concretas que pueden ampararse en sus amplios términos.

La amplísima fórmula de la Ley («toda lesión... consecuencia» etcétera) puede comprender indudablemente tanto situaciones contractuales como extracontractuales. Ahora bien, toda la regulación específica de los contratos atiende justamente a establecer los criterios propios para relacionar los patrimonios de los contratantes, determinando en primer lugar qué perjuicios han de merecer la calificación de daños (contenido obligacional del contrato, doctrina de los riesgos), así como la respectiva imputación de los mismos entre las partes, y, finalmente, los principios de la reparación, en su

(242) Aunque si las previsiones de la Ley que estamos comentando se cumplen, la reducción del concesionario a simple beneficiario de la expropiación que gestiona la Administración expropiante (supra II, B. 2) hará inaplicable este supuesto.

caso. La fórmula del artículo 121 de la Ley no habrá de resolver problema ninguno, y puede jugar a lo más como un abstracto principio general de Derecho, cuya articulación deberá buscarse siempre en el mecanismo propio del contrato particular de que se trate. Sólo en aquellas hipótesis—que no son excepcionales—en que la Administración interfiera un contrato suyo en virtud de poderes extracontractuales, en virtud de su propio poder público, que de ninguna manera queda sometido al contratante privado, sólo en estas hipótesis cabría reservar al artículo 121 de la Ley la posibilidad de una aplicación directa, pero esto siempre que ni las normas propias del contrato de que se trate, ni las particulares estipulaciones del mismo o pliegos de condiciones, hayan previsto y regulado la eventualidad de ese llamado, en general, «hecho del príncipe» (243). Pero esto mismo es ya, en cierta manera, una responsabilidad extracontractual, aunque liquidable en el seno de un contrato, por esa razón de que se trata de una interferencia incidental de los poderes rigurosamente extracontractuales de la Administración, de un sacrificio puro y simple de la posición material que el contrato precisamente aseguraba al contratista privado (244).

Esto quiere decir que el campo propio para la aplicación del artículo 121 de la Ley no es el de las situaciones contractuales, sino, por el contrario, el de las situaciones extracontractuales (245). Es aquí donde ha de encontrar todas las fecundas posibilidades de aplicación que contiene. Al tratar, como estamos haciendo, de las causas particulares de imputación, hemos, pues, de precisar que

(243) Vid. especialmente PEQUIGNOT, *Theorie générale du contrat administratif*, París, 1945, págs. 363 y ss.; DE LAUBADERE, *Du pouvoir de l'Administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs*, en «Revue de Droit Public», 1954, págs. 36 y ss., con más referencias. Para nuestro Derecho, mi trabajo ya citado, *Das regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, págs. 268 y ss. La expresión «hecho del príncipe» ha sido adoptada por nuestro Consejo de Estado, aunque en la forma latina *factum principis*: consulta núm. 3.725, de 3 de noviembre de 1948. Vid. un resumen en Consejo de Estado. *Recopilación de doctrina legal, 1948-1949*, Madrid, 1950, pág. 127. La expresión, que está tomada del antiguo derecho (y el propio concepto), fueron propuestos por HAURIUO en 1901 en una de sus luminosas notas de jurisprudencia («Le fait du prince est une de ces théories qui se cachent dans les profondeurs de notre droit administratif pour lui donner sa secrète souplesse»). Vid. en *La jurisprudence* cit., I, páginas 734 y ss.

(244) PEQUIGNOT, op. cit., págs. 452 y ss. PEQUIGNOT rechaza con gran lujo la tesis de JEZE de fundar únicamente en el contrato la justificación del derecho del contratista a la indemnización («ecuación financiera»), y propone por su parte, como coronación de una construcción matizada, acudir al famoso principio de la igualdad ante las cargas públicas que para él es el principio central de la doctrina de la responsabilidad (extracontractual) administrativa.

(245) En el mismo sentido, la doctrina italiana sobre la fórmula de responsabilidad del art. 28 de la Constitución (CASETTA, op. cit., págs. 271 y ss.) y la alemana sobre la del artículo 34 de la «Grundgesetz» (FORSTHOFF, op. cit., pág. 247). La francesa, por supuesto, remite toda la teoría de la responsabilidad a—según el título completo de la clásica obra de DUEZ—*La responsabilité de la puissance publique en dehors du contrat*.

estas causas operan específicamente en tales situaciones extracontractuales, y habrán de tipificarse dentro del marco genérico en que dichas situaciones se presentan.

bb) La realización material directa y a la vez legítima del daño es evidentemente la forma elemental de imputación. A ella se refiere explícitamente la fórmula legal cuando habla del «funcionamiento *normal* de los servicios públicos». Ya hemos indicado más atrás que cabe esta comisión legítima del daño fuera de los cauces propios de la expropiación forzosa, tal como esta institución ha sido configurada por la nueva Ley. Ello tendrá lugar siempre que el daño sea accidental respecto de la actuación administrativa, es decir, cuando ésta se dirija a un objeto sustantivo, resultando indirectamente una lesión patrimonial a un administrado. En el mismo supuesto de que acabamos de hablar, del «hecho del príncipe»: la Administración suprime un servicio público, lo que implica, a la vez, extinguir la concesión del mismo; la Administración reorganiza un servicio público, reforma el proyecto de una obra pública, y esto se traduce en correlativas modificaciones de los contratos en relación con los mismos.

Bajo este concepto de imputación podrán integrarse muchos de los supuestos de responsabilidad calificados en Francia inadecuadamente dentro de la rúbrica de la teoría del riesgo. La doctrina administrativa francesa, y en cierta manera también la civil, tiende a integrar dentro de la teoría del riesgo todos los supuestos de daños por actuación legítima. Esto implica desdibujar la doctrina del riesgo, que queda apenas convertida en una fórmula negativa: todos los daños causados sin falta (246). Lo propio de la teoría del riesgo, como veremos, es la imputación de aquellos daños producidos por caso fortuito, pero de ninguna manera de aquellos que directa y materialmente ocasiona el propio sujeto aun fuera de toda ilicitud. Así, entrarán dentro de esta específica causa de imputación por comisión material directa y legítima los daños derivados de la construcción de obras públicas que no sean consecuencia de falta seguida en esta construcción (247), los daños ocasionados por la

(246) Cfr. ROUSSEAU, op. cit., págs. 126 y ss.: «La idea esencial es que el sistema de la responsabilidad por riesgo es excluyente de toda idea de falta.» DUEZ, op. cit., págs. 58 y ss. Vid. más adelante nuestra exposición crítica.

(247) La responsabilidad por estos daños está reconocida en el artículo 121 de la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877: «... daños y perjuicios ocasionados a terceros en sus derechos de propiedad, cuya enajenación no sea forzosa, por el establecimiento o uso de las obras», aunque atribuyendo su conocimiento a la jurisdicción civil. La nueva Ley integra, sin duda alguna, este supuesto, debiendo entenderse en consecuencia modificada la competencia de jurisdicción. Otra hipótesis legal: art. 56 de la Ley de Aguas. Otras aplicaciones jurisprudenciales en RODRÍGUEZ MORO, *La expropiación*, cit., páginas 176 y ss. El supuesto es caracterizado en Francia como una de las aplicaciones de la doctrina del riesgo: ROUSSEAU, op. cit., págs. 131 y ss.; DUEZ, op. cit., págs. 64 y ss.

represión de desórdenes y calamidades públicas sin falta en la actuación administrativa (248), etc.

En este lugar sistemático hay que colocar el supuesto expresamente referido en la Ley de «adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa». Es una manera de describir la actuación lícita (inimpugnable) y, sin embargo, dañosa, que está tomada, sin duda alguna, del artículo 4.º, número 1, del Reglamento de la Ley de lo contencioso-administrativo (249). Aunque la especificación resulta obvia dentro del principio general de imputación que la Ley establece («funcionamiento normal de los servicios públicos»), puede, sin embargo, ser necesaria para poner de relieve la independencia entre los conceptos de responsabilidad e ilicitud del obrar, y por consiguiente entre responsabilidad e impugnación del acto causal. En virtud de esta precisión legal no habría razón para excluir *a priori* en el nuevo Derecho la responsabilidad resultante de los actos políticos o de gobierno, exclusión que en Francia se afirma por la imposibilidad de residenciar dichos actos en la jurisdicción contencioso-administrativa (250).

cc) Una segunda causa de imputación del daño a la Administración, que ha de ser, sin duda, la más habitual, es la de la comisión material directa, pero ya no lícita, como en el supuesto anterior, sino ilícita por relación a la norma que preside la realización del servicio. Es la doctrina clásica de la culpa. Dado que en cualquier caso la ilicitud es cometida por el titular del órgano o agente administrativo excediendo de su función propia, que ni le impone ni le autoriza una actuación ilícita, el primer problema que se plantea para la imputación del daño a la Administración es el interno de la referibilidad a la persona física agente o a la persona colectiva. Sabemos ya que éste ha sido uno de los escollos habituales de la teoría de la responsabilidad, y en el cual, por cierto,

(248) En este sentido la misma Ley de 31 de diciembre de 1945, ya aludida, sobre indemnización por muerte o incapacidad permanente y absoluta por las fuerzas militares o de orden público con ocasión del uso reglamentario de las armas en actos propios del servicio. En caso de calamidades públicas (inundaciones, incendios, etc.) puede jugar como causa de imputación prevalente la del beneficio directo, como luego referiremos.

(249) Vid *supra* en el texto y nota 149. Se trata, pues, de dar un contenido material expreso a la reserva que formula la regulación procesal.

(250) DUEZ, op. cit., págs. 220 y ss. Sobre los esfuerzos doctrinales que tienden a consagrar la indemnización por estos daños, págs. 242 y ss. Se señala también una leve tendencia del Conseil d'Etat a aceptar esta tesis. Para Italia en el mismo sentido negativo, aunque no por simples razones procesales (quizá ya superadas en virtud del artículo 131 de su Constitución vigente: GUCCIARDI, op. cit., págs. 200 y ss., con más referencias), CASERTA, op. cit., págs. 282 y ss. Sobre el tema de los actos de gobierno es clásica la obra del mismo DUEZ, *Les actes de gouvernement*, París, 1935, con extensas referencias de derecho comparado. En derecho español, FERNÁNDEZ DE VELASCO, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, págs. 169 y ss. GARRIDO FALLA, *El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa*, en «Revista de Administración Pública», 13, 1954, págs. 143 y ss. Véase, no obstante, lo que luego

se había detenido nuestro Derecho hasta este momento. La Ley de Expropiación, sin embargo, salta decididamente sobre esta objeción, al imputar a la Administración todas las lesiones provinientes del «funcionamiento anormal de los servicios públicos». Los límites intrínsecos de esta imputación, cuando hay en efecto un funcionamiento de los servicios públicos, aunque anormal, se funcionalizan como límites de la cobertura por la Administración de la responsabilidad propia del funcionario o agente, tema que estudiaremos específicamente en el apartado siguiente.

¿Qué hipótesis podemos imaginar de «funcionamiento anormal de los servicios públicos»? La doctrina francesa, trabajando sobre una idea análoga, la de la «falta de servicio» (por distinción de la «falta personal» del agente), ha sistematizado tradicionalmente su rica jurisprudencia sobre el tema, alrededor de tres grandes situaciones (251): el servicio ha funcionado mal (*culpa in committendo*; o por acción positiva) (252), el servicio no ha funcionado (*culpa in omittendo*, abstenciones cuando existe un deber funcional de actuar) (253), el servicio ha funcionado, pero tardíamente (falta al de-

se indica en texto y nota 298 sobre el problema general de responsabilidad por actos inimpugnables.

(251) ROUSSEAU, op. cit., págs. 78 y ss. DUEZ, op. cit., págs. 27 y ss., y los Tratados generales.

(252) Algunos casos en la jurisprudencia francesa: heridas por el funcionamiento del servicio de policía; accidentes producidos en ejercicios de tiro o maniobras militares; accidentes por caballos, autos y aviones oficiales; accidentes en los puertos por defectos en el servicio de navegación y practicaaje; ejecución de decisiones ilegales; accidentes de circulación ocasionados por defectuosa dirección de los agentes que la ordenan; entrega de los fondos de una Caja de ahorros a otra persona que el titular, con falta grave; pérdida de un expediente y de documentos; fusilamiento (por el «maquis») por error sobre supuesto espionaje o colaboración con el enemigo; falsa aplicación o violación de una ley o de un reglamento; arrestos arbitrarios; akta en un manicomio de un alienado que comete luego un atentado.

(253) Ejemplos, también de la jurisprudencia francesa: defectos de entretenimiento de una obra pública, inejecución de obras de reparación (y aquí: daños a barcos por defecto de entretenimiento de las instalaciones de un puerto, accidentes de barcos por inexistencia de «señalización» de un obstáculo en un canal, idem de automóviles por la misma razón en una carretera, accidentes de automóviles debidos al mal estado de la carretera, daños ocasionados por el estado de los inmuebles públicos y del alcantarillado, ausencia de vallado protector en una carretera, insuficiencia de las obras de protección contra las inundaciones, lesiones de un niño por el mal estado del patio de la escuela, daños por las caídas de los árboles secos sobre la carretera, daños a personas por defecto de señalización de pasos a nivel); falta de vigilancia y de medidas de protección de la policía (instalación por un Municipio de un tiro de pichón sin garantía para la seguridad de los habitantes; daños y crímenes cometidos por un perturbado dejado en libertad no obstante haberse advertido a las autoridades, daños por fuegos artificiales en fiestas populares, daños ocasionados por alumnos de escuelas oficiales o por presos o por alienados); la omisión sistemática e ilegal de la ley o de un reglamento en cuanto ocasione un perjuicio especial. Sobre los daños derivados del mal estado de las obras públicas, vid. también, en Italia, GIACINTO: *Dei danni dipendenti dalla manutenzione delle opere pubbliche*, en «Rivista di Diritto Pubblico». 1929, I, págs. 359 y ss.: ALESSI: *La responsabilità*, cit., págs. 379 y ss.

ber de diligencia funcional) (254). Obsérvese la extraordinaria importancia de estas calificaciones que parten todas ellas, y, por tanto, lo implican derivativamente, de un *standard* medio de perfección en la realización de los servicios públicos (255). A través de la verificación de la imputación en estos supuestos, la jurisdicción administrativa ha de ejercer un formidable control sobre el grado de rendimiento social de los servicios públicos, como efectivamente viene realizando en Francia el *Conseil d'Etat* (256). De este modo, a la vez que se asegura la integridad patrimonial de los administrados, se ejercita un saludable control sobre el funcionamiento administrativo, imponiéndole positivamente la carga de una diligencia funcional media, que puede operar visiblemente en nuestra un tanto post-trada Administración, si no se ponen obstáculos ulteriores a que el

(254) Retraso en el licenciamiento de un mozo irregularmente llamado a filas, retardo en la transmisión de una reclamación, retraso en la rectificación de una alineación urbanística irregular, retraso en dar trámite favorable a una reclamación fundada, retraso en formular un plan de urbanismo y en ejecutarlo luego, con perjuicio de los propietarios a quienes se suspende la facultad de construir; retraso en dictar el fallo (existiendo plazo legal) un consejo de disciplina, retraso en la aplicación de una ley que debía ser ejecutada inmediatamente en un plazo prefijado. La jurisprudencia francesa, de donde también se toman estos datos, acepta, sin embargo, la invocación por la Administración de motivos de interés general que justifiquen el retraso. En materia de retraso en el procedimiento la propia Ley de Expropiación contiene una aplicación de este principio de responsabilidad, artículo 56, ya examinado.

(255) Así la apreciación de un cierto grado de gravedad que la falta del servicio requiere y que la jurisprudencia francesa ha erigido en presupuesto de esta responsabilidad (DUEZ, op. cit., págs. 40 y ss.; ROUSSEAU, op. cit., páginas 113 y ss.) parte explícitamente del juicio de eficiencia media del servicio, atendida la naturaleza y circunstancias del mismo. Esta construcción excluye la oportunidad de hacer aquí aplicación del concepto de «interés legítimo» como ha propuesto ZANOBINI (*Interessi legittimi nel diritto privato*, cit., págs. 353 y ss.) para los casos en que la regulación del servicio, como ha de ser lo común, se ordene al interés general directamente y no a la protección del particular dañado; pues es el elemento de la lesión, y no en el de la imputación, que es el que aquí corresponde, donde ha de dilucidarse el tema de los derechos perfectos o intereses legítimos; así en los ejemplos de las tres notas anteriores los dañados han sido afectados inequívocamente en sus derechos patrimoniales (lesión), jugando la valoración del funcionamiento del servicio estrictamente como causa de imputación de esa lesión. Es decir, la responsabilidad no surge porque la Administración haya violado esas normas de interés general del servicio, sino porque ha producido un daño o lesión (de derechos patrimoniales perfectos, ordinariamente) que le es imputable, dato este último que advertimos por el funcionamiento del servicio. Como ya observamos, *supra*, nota 30, ZANOBINI, se ha dejado confundir por la doctrina de la acción ilícita del agente como fundamento de la responsabilidad civil que aquí nos muestra una vez más su poca consistencia.

(256) El Consejo de Estado—dice HAURIUO—añade a los poderes propiamente contenciosos del juez los poderes de policía jurídica de un administrador superior. De ahí el carácter pretoriano de la jurisprudencia... debido a una mezcla de jurisdicción y de poder discrecional. *Précis*, cit. pág. 404. Sobre el tema la bibliografía es extensísima; vid. últimamente WALINE, *L'action du Conseil d'Etat dans la vie française*, en *Conseil d'Etat. Livre Jubilaire*, cit., páginas 131 y ss.

régimen de la nueva Ley de Expropiación Forzosa desarrolle todas las virtualidades que contiene.

dd) Una tercera causa de imputación nos la ofrece el riesgo creado por la Administración. Indudablemente la operatividad de esta causa de imputación resulta de la expresión legal «consecuencia del funcionamiento normal de los servicios públicos». La doctrina del riesgo supone justamente este funcionamiento normal, no irregular, a diferencia de lo que ocurre con la doctrina de la culpa; pero, a diferencia también de lo que señalamos al estudiar el primer motivo formal de imputación, la comisión material y legítima del daño, aquí la producción del daño no es físicamente imputable al hecho de la Administración, sino, característicamente, al caso fortuito. La doctrina del riesgo consiste, en esencia, en atribuir jurídicamente la reparación de un daño fortuito (257), por la razón (causa de imputación) de que ese caso fortuito se ha producido por actualización de los riesgos creados en interés—no necesariamente económico—de su empresa por la persona a quien se declara responsable (258).

El análisis de esta causa formal de imputación se descompone así en dos elementos: primero, determinación del concepto de caso fortuito; segundo, riesgos creados por la empresa administrativa. El caso fortuito, a los efectos de la doctrina del riesgo, se define por contraposición a la fuerza mayor (259). El caso fortuito se caracteriza por dos elementos: la indeterminación y la interioridad; a la

(257) «Se puede incluso decir que la teoría de la responsabilidad sin falta, dicha todavía teoría del riesgo..., no tiene otro objeto que eliminar el caso fortuito como causa de exoneración», dicen las conclusiones en que se basa uno de los famosos «arrêts» del Conseil d'Etat sobre la materia, el de *Gas de Beauvais* de 1929. En el mismo sentido, aunque desde la construcción tradicional de «responsabilidad por hecho de las cosas», CHAPUS, op. cit., pág. 267.

(258) Para una exposición de las teorías sobre el riesgo, con más referencias, STARK, op. cit., págs. 18 y ss. Para su aplicación a la esfera administrativa, DUEZ, op. cit., págs. 58 y ss.; ROUSSEAU, op. cit., pág. 126, y los capítulos correspondientes de los tratados generales. La comparación entre los regímenes civil y administrativo sobre la materia, CHAPUS, op. cit., págs. 265 y ss. Para Alemania, FORSTHOFF, op. cit., págs. 253-254 y 280 y ss. (aunque con constantes invocaciones a la ejemplaridad de la jurisprudencia francesa); en el mismo sentido, con mínima y aun ninguna admisión del principio, Italia, los países anglosajones, etc.

(259) COLLIER, *Le préjudice dans la responsabilité administrative*, Paris, 1938, págs. 123 y ss., y bibliografía de la nota anterior. La doctrina administrativa sobre este tema (que quizá parte de HAURIU, nota al *arrêt Ambrosini*, 1912, en *La jurisprudence* cit., I, págs. 510 y ss.) ha extremado esta distinción, que tenía raras precedentes en la doctrina civil y que habían iniciado los tratadistas de derecho social sobre el pie forzado de la legislación sobre accidentes de trabajo (vid. las propias referencias de HAURIU, loc. cit.). Para el valor de la distinción en la jurisprudencia civil francesa actual vid. CHAPUS, op. cit., págs. 444 y ss. En nuestro propio Código civil (cuyos arts. 1.905-1.910 hay que incluir dentro de la doctrina del riesgo) hay base para esta distinción, como resulta expresamente de los artículos 1.905 («sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor») y 1.908, número 3.º («cuando no sea ocasionada por fuerza mayor»).

fuerza mayor, por el contrario, corresponden las notas opuestas de la determinación irresistible y la exterioridad. Indeterminación del caso fortuito: el accidente que ocasiona el daño—dice la fórmula consagrada—resulta de una causa desconocida; es, dice HAURIUO, una «falta del servicio que se ignora» (260). El elemento esencial, y el que da razón incluso de ese anterior, es el de la interioridad del evento por relación a la empresa en cuyo seno se presenta el daño; se trata de un evento directamente conectado al objeto dañoso, a su constitución, a su naturaleza íntima, al funcionamiento mismo de la empresa o servicio que integra ese objeto; por ejemplo, en una fábrica la explosión de una caldera, en una mina la inflamación del grisú. Por el contrario, estos dos elementos faltan en la fuerza mayor, que viene a caracterizarse por los opuestos: frente a la interioridad del evento fortuito, la fuerza mayor es una causa extraña, exterior por relación al objeto dañoso y a sus riesgos propios; en lugar de la indeterminación en que se producía el *casus*, la fuerza mayor se presenta con una exacta determinación, y por ello su nota propia es la «irresistibilidad» como rezaba ya el antiguo concepto: *cui humana infirmitas resistere non potest*. Para depurar, finalmente, la calificación del *casus* hay que excluir otras dos fuerzas extrañas a la empresa: la falta de la víctima y el hecho de un tercero (261).

Concretar ahora la extensión de los riesgos creados por la empresa administrativa, y de cuya actualización fortuita puede surgir responsabilidad, no es ciertamente una tarea capaz de ser afrontada teóricamente. Es, por el contrario, una cuestión de hecho, sin que pueda servirnos para exponer sus problemas acudir a una experiencia jurisprudencial de que carecemos. La Administración se presenta en nuestra época, como ya observamos más atrás, como una vasta empresa material que pone en pie un ingente sistema de riesgos. Determinar cuáles son, en efecto, esos riesgos de la empresa administrativa dependerá de la perspectiva que adoptemos. En Francia,

(260) HAURIUO eleva esta nota a primer plano, quizá inadecuadamente; la idea esencial del concepto es la siguiente, la de interioridad, que es la que justifica prescindir del origen del accidente y presentarlo así como una simple hipótesis, que engloba tanto la falta del empresario como cualquier otro motivo distinto de la fuerza mayor. Vid. HAURIUO, loc. ult. cit. No hay razón ni jurídica, ni seguramente científica, para aceptar con este autor que «la causa primera del accidente es desconocida porque la técnica industrial y científica es impotente para revelárnosla; pero este carácter desconocido no es más que provisional y un día llegará, gracias a los descubrimientos científicos, en que la luz se haga sobre las causas de parecidos accidentes»; HAURIUO apunta con esto claramente a la reconstrucción de la doctrina del riesgo sobre el esquema de la presunción de falta; es decir, niega, como hará más tarde claramente (vid. referencias sumarias *supra*, nota 215) la sustantividad de esa doctrina. Este es *a fortiori* todo el sentido del comentario jurisprudencial a que nos estamos refiriendo («detrás del caso fortuito había un defecto del servicio que con los perfeccionamientos de la técnica puede ser evitado») cuya conclusión puede resumirse en esta admonición: «il faut se garder d'étendre aux matières administratives la théorie du risque» (pág. 514).

(261) Detenidamente, CHAPUS, págs. 444 y ss.

por la desnaturalización de la doctrina del riesgo a que ya hemos aludido, y por el criterio de explicar el fundamento de la responsabilidad que esta causa de imputación pone en marcha por el indeterminado principio de la igualdad ante las cargas públicas, se tiende, aunque sólo doctrinalmente (pues el *Conseil d'Etat* ha conservado su prudencia), a integrar como riesgos administrativos la generalidad de los riesgos de la vida social y específicamente todas las consecuencias que la acción directa o indirecta del Estado pueda ocasionar en contradicción con dicho postulado de igualdad económica. Se ha llegado así a formular como una tendencia, y como una tendencia estimulable, la llamada «responsabilidad por riesgo generalizado» (DUGUIT) o de «socialización del riesgo» (262). Esta doctrina no es ciertamente una tesis jurídica ni puede pretender ampararse en los trazos netos que la idea del riesgo proporciona (263). Esta idea es únicamente capaz de referir los eventos derivados del aparato material de la Administración (accidentes), y, a lo sumo, los que se presenten como riesgos conexos con el desarrollo de este aparato (accidentes de trabajo de los servidores públicos, en la extensión que se acepta respecto a las empresas privadas) (264). Es la idea del caso fortuito, como hemos dicho, entendido como evento interior de la empresa administrativa, la que limita la extensión del concepto, y la que excluye del mismo, por consiguiente, todas estas indeterminadas aplicaciones, así como la hipótesis de la comisión directa y lícita del daño, que ha de regirse por los principios singulares que ya hemos expuesto.

Así depurada la extensión y contenido de esta causa formal de imputación, la actualización de la misma se nos presenta de una extremada utilidad, en tanto ha de permitir prescindir en todos aquellos casos en que sus elementos propios se presenten de la idea de culpa de la Administración, del juicio sobre la regularidad o irregularidad en el funcionamiento del servicio, que puede implicar,

(262) DUGUIT: *Traité*, cit., III, págs. 435. MIGNON: *La socialisation du risque y La socialisation généralisée de la réparation des conséquences dommageables de l'action administrative*, en «*Dalloz Hebdomadaire*», *Chronique*, 1947, págs. 37, y 1950, pág. 53, respectivamente.

(263) Contra la misma es contra la que propiamente reacciona HAURIOU (vid. las referencias de la nota 215). Hay en la crítica de este autor una conclusión bellamente expresada: «L'équité n'est pas du droit, par cela seul qu'elle n'a pas de catégories, et par conséquent, pas de limites. Le droit possède des catégories, la faute en est une. L'enrichissement sans cause en est une autre; la légitime défense elle même en est une. L'équité n'a point de catégories, elle n'est qu'un sentiment. «Coeur pensif, ne sait où il va» (op. cit., pág. 724). Es preciso también evitar entre nosotros la creencia de que el principio general del artículo 121 de la Ley abre paso a una equidad libremente interpretada por los jueces; no puede verse en esta fórmula una «*Flucht in die Generalklausel*» conforme a la famosa caracterización crítica de HEDEMANN, sino una estructura amplia y general, pero perfectamente rigurosa y orgánica, de una institución positiva.

(264) Vid. para nuestro Derecho, PÉREZ BOTIJA: *Curso de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1950, págs. 260 y ss. y lo que más atrás hemos aducido sobre el tema al estudiar la titularidad del daño.

sin duda, aunque indirectamente, una censura política (265). Así, en forma negativa, cabría decir que en principio todos aquellos accidentes ocasionados por o dentro de la empresa administrativa que no puedan ser referidos a una «causa extraña» (fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de tercero) podrán ser imputados a la Administración en virtud de este principio del riesgo creado (266). Al dar cabida la nueva Ley a esta posibilidad, en virtud de su fórmula «toda lesión consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» da muestra de una amplitud de criterio que es menester resaltar entre sus aportaciones de mayor alcance.

ee) Una última causa de imputación que permite indudablemente la fórmula del artículo 121 de la Ley es la del enriquecimiento sin causa a favor de la Administración (267). La imputación no se justifica aquí, como en los casos anteriores, por la relación material entre la producción del daño y la actividad del sujeto imputado, sino que se hace abstracción de estos dos factores y se atiende únicamente al beneficio resultante a dicho sujeto (o el perjuicio eliminado: *dammum cessans*) del hecho del daño (o de la actividad en donde se ha producido) acaecido al perjudicado. Sería exceder los límites sistemáticos de este trabajo intentar apurar y precisar la aplicación de este principio dogmático al cuadro de la Administración, bastándonos ahora con enunciar su simple posibilidad abstracta (268). Algunos casos están ya regulados legislativamente en nuestro Derecho (devolución de pagos indebidos, ejercicio por el particular de acciones judiciales en interés del municipio, etc.) y habrá que entender que en la fórmula del artículo 121 cabe un principio general análogo al del Derecho civil (269), que obliga a la restitución del enriquecimiento torticero.

(265) Cfr. DUEZ Y DEBEYRE: *Traité*, pág. 445.

(266) Algunos ejemplos tomados de la jurisprudencia francesa (incluyendo solo los que convienen al concepto de riesgo que se adopta en el texto y separando los clasificables teóricamente en otros lugares): daños por ejercicios militares en campos o polígonos de tiro, maniobras, etc.; accidentes de trabajo de funcionarios, empleados y colaboradores ocasionales o por buenos oficios; daños por la explosión de polvorines (lo inicia el famoso *arrêt Regnault-Desroziers*, o del fuerte de la *Double Couronne*, 1919, uno de los que sientan las bases de la teoría), de fuertes, de barcos de guerra, de vagones de municiones; accidentes de automóviles en ausencia de culpa del conductor.

(267) Entre los autores que aceptan esta tesis, dentro de la teoría de la responsabilidad. HAURIOU: *Précis*, págs. 540 y ss. DUEZ, op. cit., pág. 86 y siguientes. La tendencia ya aludida a extender la noción de riesgo administrativo ha cortado en Francia esta doctrina, que en todo caso en los autores citados viene siempre a confundirse con la imputación por comisión directa y legítima del daño. La doctrina de la gestión de negocios y del enriquecimiento propiamente tal, fuera de esos casos, no suele ser conducida a la teoría de la responsabilidad por los autores que se ocupan de ella. Vid. nota siguiente.

(268) Vid. B. GENY: *Essai d'une théorie générale de la collaboration des administrés avec l'Administration*, Paris 1930; DE JANER: *El enriquecimiento sin causa origen de instituciones administrativas*, Madrid, 1955 (todos con más bibliografía). WALINE: *Traité*, cit., pág. 489 y ss.

(269) NUÑEZ LAGOS: *El enriquecimiento*, cit., págs. 1 y ss.

d) *La cobertura de la imputación del funcionario y sus límites; acciones de regreso.*—La teoría de la imputación que acaba de exponerse afecta directamente, según hemos cuidado de precisar, a la Administración como sujeto de derecho. Sólo al exponer la imputación por causa de culpa (funcionamiento anormal de los servicios públicos) notamos que se suscitaba un problema que en los demás casos no existía: el de determinar los límites entre la imputación directa a la Administración y la imputación directa al funcionario o agente moralmente responsable de la irregularidad. Aunque la Ley contiene en su artículo 121 un claro precepto de cobertura de los daños imputables directamente al funcionario culpable, el problema de determinar esos límites sigue presentando un interés relevante en función de dos aplicaciones: 1.º, extensión de esta cobertura, que es evidente que no puede ser indefinida, de forma que alcance a cubrir los daños derivados de actos puramente personales del funcionario; 2.º, aun dentro del ámbito positivo de esta cobertura procede especificar cuáles son efectivamente los daños que deben imputarse a los funcionarios, a efectos, tanto de la eventual elección del deudor por la persona perjudicada, como, muy especialmente, del ejercicio de las acciones de regreso que a favor de la Administración reconoce el artículo 121 («sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios por tal motivo») (270).

A mi juicio, la fórmula legal se extiende a todos los daños que de la acción del funcionario resulten, siempre que esta acción se haya manifestado en el desempeño o ejercicio del cargo. Sólo la actividad dañosa ejercida por el funcionario fuera de las funciones del cargo queda excluida de la cobertura de la Administración. A análoga extensión se ha llegado en los Derechos francés (271),

(270) Es decir, que se trata de deslindar estas tres zonas sucesivas de imputación: 1.º Daños imputables directamente a la Administración; 2.º Daños imputables directamente al funcionario, pero a los que se extiende la cobertura de la Administración; 3.º Daños personales de los funcionarios, que les son directa y exclusivamente imputables, sin cobertura de la Administración. En el primer caso, la acción de responsabilidad debe ser dirigida contra la Administración exclusivamente; en el segundo caso, puede dirigirse, alternativamente, a elección del dañado, contra la Administración o contra el funcionario; en el tercer caso, únicamente contra el funcionario. A la vez: en el primer caso la Administración, no puede repetir contra el funcionario; en el segundo caso, en la hipótesis en que se haga efectiva su garantía o cobertura, la Administración dispone de acciones de regreso contra dicho funcionario; en el tercer caso, finalmente, no es planteable este problema.

(271) DE LAUBADERE. op. cit., pág. 476; DUEZ, op. cit., págs. 94 y ss. ROUSSEAU, op. cit., págs. 292 y ss. La doctrina fué formulada frente a la antigua tesis de «nom cumul des responsabilités», por el *arrêt Lemonnier* (1918), sobre conclusiones del comisario LEÓN BLUM; influyeron definitivamente en esta innovación dos artículos de JEZE, con el título de *Responsabilité des patrimoines administratifs au cas de faute personnelle des agents public*, aparecidos en la «Revue de Droit Public», 1910, páginas 72 y ss. y 1914, páginas 569, en que criticaba acerbamente la doctrina anterior. Vid también LONG: *La responsabilité de l'Administration pour les fautes personnelles commises par ses agents à l'occasion*

italiano (272), inglés (273) y, en principio, el alemán, que sin embargo, excluye las hipótesis del dolo y de la negligencia grave, supuestos en los cuales sólo se acepta una responsabilidad subsidiaria de la Administración (274). Para precisar esta amplísima cobertura, que se formula sin excepción alguna, hay que indicar que «funcionario» no es aquí un concepto formalmente determinado por la aplicación de la legislación funcional (275), sino materialmente, por el simple hecho de ejercitar funciones públicas integradas en la organización administrativa (276), comprendiendo, por tanto, a autoridades, funcionarios *stricto sensu*, empleados o contratados, e incluso al mero gestor oficioso o de facto (277), y que el ejercicio de

du service, en «Conseil d'Etat. Etudes et Documents», 1953, págs. 80 y ss. Esta jurisprudencia ha acabado con la rígida distinción de una «faute personnelle», y otra «faute de service», que vale ya sólo a efectos de la elección del demandado por el dañado y de la repetición por la Administración contra el funcionario culpable.

(272) CASSETTA, op. cit., págs. 253 y ss. y 268 y ss.

(273) La llamada «vicarious liability» de la Corona se entiende «for torts committed by officers in the course of functions vested in them as such by the law»: GRIFFITH Y STREET, op. cit., pág. 248.

(274) FORSTHOFF, op. cit., págs. 249 y 252. La precisión viene determinada por el propio texto constitucional: «Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten». La responsabilidad subsidiaria de la Administración, en virtud del § 839 del B. G. B. Como ya advertimos, de este sistema procede la fórmula de nuestra Ley de Régimen local, artículos 405 y ss.

(275) Así, sin embargo, en Inglaterra, en que la responsabilidad de la Corona, por previsión de la Ley (Subsección 6, de la Sección 2), sólo cubre la actividad de los «officers» directa o indirectamente nombrados por la Corona y pagados, además, con cargo al Presupuesto. GRIFFITH Y STREET, op. cit., página 247. CLAVILLE WILLIAMS: *Crown Proceedings*, cit., págs. 30 y ss., ampliamente. Es curiosamente, la posición contraria a la de nuestro artículo 1.903 del Código civil, tal como vimos que se interpretaba comúnmente.

(276) Esta nota de integración en la organización administrativa falta a los concesionarios, los contratistas administrativos (aparte de los que son contratistas de trabajo o servicios) y, en general, a los titulares del llamado ejercicio privado de funciones públicas. En este sentido CASSETTA, op. cit., pág. 266, con más referencias. A mi juicio esta simple nota excluye a los notarios de la cobertura legal del artículo 121, dado que en nuestro derecho posiblemente haya que integrarlos en esa última categoría de ejercicio privado de funciones públicas. Sobre la cual, vid. la monografía clásica de ZANOBINI: *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, en el *Tratato de ORLANDO*, II, 3.ª parte, Milano, 1920 (resumido en el tomo III de su *Corso*, 3.ª ed., Milano, 1946, págs. 301 y ss.); específicamente respecto a los notarios, pág. 317 del *Corso* y 178 del tomo V de esta misma obra («i notari integrano nel modo più esatto e completo la figura dei privati professionisti esercenti pubblica funzione»). Parece recoger esta caracterización NÚÑEZ LAGOS: *El Derecho notarial*, en «Revista de Derecho Notarial», 5, 6, 1954, pág. 248. Sobre el tema de «La responsabilidad civil del notario», el artículo de este título de F. GÓMEZ-ACEBO, en la misma revista acabada de citar, págs. 311 y ss. Dentro del tipo de organización profesional de nuestro notariado, ningún sistema positivo grava a la Administración con una responsabilidad por los daños que el mismo pueda ocasionar, ni primaria ni subsidiariamente.

(277) Concepto análogo al del artículo 119 del Código penal. La misma extensión en Italia (CASSETTA, págs. 265 y ss.) y Alemania (donde justamente el artículo 34 de la G. G. ha evitado con este designio la palabra «funcionario» que empleaba el artículo 131 de la Constitución de Weimar, sustituyéndola por el

la función ha de manifestarse, no únicamente en relación con el lugar y el momento, sino intrínsecamente, patentizándose como tal (278). En estas condiciones no parece que deba excluirse ni el dolo penal (apoyándose así la progresiva actitud jurisprudencial, desde la Sentencia de 20 de octubre de 1943, de incluir a la Administración entre las «entidades y organismos» cuya responsabilidad subsidiaria declara el artículo 22 del Código Penal) siempre que, efectivamente, el daño resultante se haya presentado externamente como debido al «funcionamiento anormal de los servicios públicos» (279).

¿Cómo se articula técnicamente esta cobertura en los casos, que luego analizaremos, de que el daño sea personalmente imputable al funcionario? Como una responsabilidad solidaria de la Administración (280). El dañado puede, pues, dirigirse primariamente contra la Administración, en cuya organización operaba el funcionario (281) o, a su elección, contra el funcionario mismo, o simultáneamente contra ambos, conforme al principio de la solidaridad pasiva del artículo 1.144 del Código civil. Evidentemente, para perseguir al funcionario deberá atenerse a la Ley especial de 1904 sobre la materia, que no cabe entender derogada ni modificada por la promulgación de la que estamos exponiendo. Esta posibilidad de elección alternativa del deudor resulta del hecho capital de que la cobertura de la Administración (tradicionalmente llamada con el nombre equívoco de «responsabilidad indirecta») está concebida, no como una garantía del funcionario (282), sino como una garantía del

impersonal «jemand»—«jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes».—FORSTHOFF, op. cit., pág. 249; VON TUREGG, op. cit., pág. 320, y por supuesto Francia a través del concepto genérico de «falta de servicio» y de la extensión del «cumul», aducida ya en nota 271. Sobre el funcionario de facto, los trabajos de FUEYO: *La doctrina de la Administración de facto*, en «Revista de Administración Pública», núm. 2, 1950, págs. 35 y ss. y de MARTÍNEZ USEROS: *Consideraciones sobre los funcionarios de hecho*, en *Estudios dedicados al profesor Gascón y Marín*, cit., págs. 97 y ss., los dos con más bibliografía. (278) FORSTHOFF, op. cit., pág. 251.

(279) Así en Francia (DE LAUBADERE, op. cit., pág. 469), Italia (CASSETTA, op. cit., pág. 269), Inglaterra y Estados Unidos (en virtud de la «vicarious liability» común; se discute como caso límite la responsabilidad de la Administración por la injuria expresada por un marido funcionario—en ejercicio de su cargo—a su mujer, dado que la mujer no podría directamente perseguir a su marido: STREET, op. cit., pág. 38. GLANVILLE WILLIAMS, págs. 63-64), y subsidiaria en Alemania, en virtud del principio común ya aludido. Sobre la jurisprudencia en relación con el artículo 22 de nuestro Código penal y sus antecedentes, CUELLO CALÓN: *Derecho Penal*, I, 9.ª ed., Barcelona, 1948, pág. 663. El Código de Justicia Militar de 1945 establece ya claramente este principio en su artículo 206.

(280) Así también CASSETTA, op. cit., págs. 262 y ss. SANDULLI: *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1952, pág. 410.

(281) Sobre el problema en los casos de disociación de las llamadas relación orgánica y relación de servicio del funcionario, vid. GARCÍA TREVIJANO: *Relación orgánica y relación de servicio en los funcionarios públicos*, en «Revista de Administración Pública», núm. 13, 1954, págs. 94 y ss.

(282) En Francia, sin embargo, se tiende a considerar la responsabilidad de la Administración en estos casos dentro de la tradición de la garantía personal

administrado. Es evidente en todo caso que la reclamación directa a la Administración ha de ofrecer, normalmente, una mayor seguridad, especialmente en cuanto se presente dudosa la posibilidad de imputación personal al funcionario, cuestión que analizaremos inmediateamente.

En cuanto a los criterios de imputación al funcionario, la nueva Ley nada establece, y habrá que estar a las reglas generales del Derecho civil, y a las propias del Derecho de funcionarios, que en este extremo está desarrollado por la Ley de 5 de abril de 1904 y Reglamento de 23 de septiembre siguiente (283). Lo importante es observar que, como más atrás hemos expuesto, sólo el dolo y la falta grave e inexcusable han de ser medidas de la imputación al funcionario de la irregularidad del servicio. A lo dicho entonces nos remitimos.

Determinada la imputación al funcionario de un daño que, sin embargo, la Administración se ha visto obligada a resarcir, ésta dispone, como prevé el artículo 121 (y define ya como principio el artículo 1.904 del Código civil), de una acción de regreso contra dicho funcionario culpable. Es evidente que esta acción ha de ejercitarse por la vía administrativa y no por la judicial, mediante el procedimiento de la decisión ejecutoria y de la acción de oficio, como establece el artículo 8.º de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado específicamente. La Ley nada dice sobre este ejercicio, y sería conveniente que el Reglamento lo precisase, tanto para evitar la impunidad del funcionario culpable y la pérdida por el Tesoro de un crédito de suyo irrenunciable (art. 5.º de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado) (284), como para for-

al funcionario, herencia del famoso artículo 75 de la Constitución napoleónica del año VIII, derogado en 1870. En este sentido una extensa práctica administrativa hace habitual que el Prefecto suscite conflicto de jurisdicción con los Tribunales judiciales en cuanto tiene conocimiento de que éstos tratan de depurar a instancia de parte una eventual responsabilidad del funcionario en ejercicio de su cargo: el conflicto, fallado de conformidad, implica no sólo el cambio de jurisdicción, sino también y sobre todo, la sustitución del demandado, que pasa a serlo ya la Administración. Vid. DE LAUBADERE, op. cit., págs. 471 y ss. El criterio es tan arraigado que se prolonga incluso en la renuncia de la Administración a las acciones de regreso contra el funcionario culpable, como luego veremos. Es evidente que el sistema carece de justificaciones serias, e incluso más, que es una de las notorias imperfecciones del Derecho francés en una materia donde abunda más ciertamente su ejemplaridad. En este sentido, observando que conduce a la irresponsabilidad de los funcionarios, con el peligro de «a poor standard of public service», STREET, op. cit., pág. 77. Para nuestro Derecho el aserto del texto parece inquestionable. La garantía de los funcionarios ha de operar, como se ha avanzado en otra parte y se repetirá luego, imputándoseles únicamente y como regla las faltas graves, pero de ningún modo mediante la impunidad absoluta, solución injusta e inmoral.

(283) Sobre esta normativa, el trabajo de GUAITA: *El proceso de responsabilidad civil de los funcionarios*, ya citado.

(284) Así de hecho ha pasado en Francia, donde se afirma que hasta 1951 no había repetido nunca la Administración contra el funcionario culpable (STREET, op. cit., pág. 65; con alguna excepción, DE LAUBADERE, op. cit., páginas 481 y ss.). Vid. también WALINE: *De l'irresponsabilité des fonctionnaires*

malizar el procedimiento en garantía del mismo funcionario que le proteja de una arbitrariedad de origen. Estas exigencias parece que deberán cumplirse dando aplicación al ya citado artículo 8.º de la Ley de Administración y Contabilidad, sobre el procedimiento de reintegro a la Hacienda, que desarrolla la Ley orgánica del Tribunal de Cuentas de 3 de diciembre de 1953, erigiendo la competencia de este Tribunal (art. 1.º, núm. 3.º, y art. 19: «el ejercicio de la función jurisdiccional del Tribunal sobre los expedientes de alcance y reintegro, *que son de su exclusiva competencia*») (285). Bastará, pues, indicar que la acción de regreso o repetición se actuará conforme a este procedimiento ya establecido, y por dicho Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de las especificaciones que la índole del objeto requiera (286).

Para concluir este apartado observaremos que, evidentemente, la extensísima cobertura de la responsabilidad propia de los funcionarios que la Administración realiza, conforme a la nueva fórmula legal, ha de justificar, y posiblemente imponer, una extensión de la exigencia de fianza a los agentes públicos con posibilidades más abiertas de lesionar por esa vía el patrimonio administrativo (287). La previsión del artículo 3.º de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado habrá de funcionalizarse en virtud de esta nueva perspectiva.

5. *La efectividad de la garantía.*

Producido un daño con el carácter que hemos considerado y predicada la imputación del mismo a la Administración (bien directamente, bien a través de la cobertura de la culpa del funcionario personalmente imputable) surge la consecuencia de la responsabilidad civil de la Administración, que se concreta en un deber de reparación frente a la persona dañada (288). Estudiaremos separadamente, al considerar esta última pieza de la construcción legal, la acción de responsabilidad con que la Ley habilita al dañado para hacer efectiva su garantía patrimonial, y la indemnización como forma de reparación.

publics pour leurs fautes et des moyens d'y remédier, en «Revue de Droit Public», 1948, págs. 5 y ss. Desde esa fecha indicada de 1951 (*arrêt Laruelle*, con nota del mismo WALINE, en «Revue de Droit Public», 1951, págs. 1087 y ss.), parece iniciarse una tendencia como la que se sostiene en el texto. Así DE LAUBADERE, loc. cit., ROUSSEAU, págs. 312 y ss.

(285) Vid. sobre este procedimiento, GARCÍA TREVIJANO: *La nueva Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas*, en «Revista de Administración Pública», 12, 1953, págs. 268 y ss.

(286) Sobre la intervención de los Tribunales de Cuentas en estas materias, con abrumadoras referencias de Derecho comparado, SICCA: *Il controllo sulla Pubblica Finanza*, Roma, 1955, págs. 444 y ss.

(287) Así también en Derecho alemán, FORSTHOFF, op. cit., pág. 253.

(288) Técnicamente se habla de la responsabilidad como «sujeción a la sanción» en base a la clásica distinción entre débito y responsabilidad. Vid. últimamente CASSETTA, op. cit., págs. 72 y ss. y allí citados.

a) *La acción de responsabilidad.*—Todo el formidable mecanismo de la responsabilidad de la Administración que la Ley ha construido pende, en última instancia, de la configuración de esta acción como instrumento de efectividad.

A este respecto, la Ley tampoco nos defrauda. El artículo 122 comienza por establecer un plazo de reclamación directa: el de un año, que si es cierto que lo ha tomado directamente del artículo 24 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado, no lo es menos que, una vez que la cuestión está definida como de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, se presenta, desde esta calificación, como verdaderamente generoso. No se señala trámite de la reclamación, que se entiende habrá de someterse a las reglas generales o particulares del procedimiento administrativo. Se nota, no obstante, que debe precisarse (y ello será, sin duda, función del Reglamento) un destinatario preciso de la reclamación, dada la grave incertidumbre con que en otro caso se encontraría el dañado, al que no puede ya servir de pauta la regla de agotar la vía administrativa, que justamente, en un intento de simplificar hasta el extremo este procedimiento, la Ley ha suprimido aquí con evidente acierto. A mi juicio, en el caso concreto de la Administración estatal se impone centralizar el órgano receptor y decisor de las reclamaciones, a fin de evitar un particularismo de los servicios en materia tan importante, y a fin, también, de garantizar convenientemente los intereses de la Hacienda. Este órgano central parece que debiera situarse en la Presidencia del Gobierno, dada la función de fiscalización general administrativa que su actuación implicará, y servirse de funcionarios peritos en estas materias. De la especialización de este órgano administrativo cabría esperar la posibilidad de un fecundo diálogo con los Tribunales, de modo que se asegurase la suerte definitiva de institución tan delicada como la que estudiamos y su arraigo.

La reclamación se entiende desestimada, dice el artículo 122, por el transcurso de cuatro meses sin que la Administración resolviera. La Ley hace aplicación de la doctrina del silencio administrativo en una materia de primera importancia (289). Es a partir de este momento, si antes no se ha producido decisión (290), cuando, sin necesidad de apurar ninguna vía previa, el reclamante puede

(289) En cierto modo el artículo 24 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado aceptaba ya la institución del silencio en esta materia, aunque con un plazo más extenso, el de un año. Sobre los problemas de la institución en general, vid. GARRIDO FALLA: *La llamada doctrina del silencio administrativo*, en «Revista de Administración Pública», 10, 1955, págs. 85 y ss., con más referencias.

(290) La redacción del artículo 122 parece que permite la consecuencia de que la resolución tardía (es decir, una vez vencidos los cuatro meses de silencio) inicia un nuevo plano de recurso contencioso. A favor de esta tesis (que es, sin embargo, peligrosa en el orden práctico por autorizar fáciles connivencias), GARRIDO FALLA, en el trabajo citado en nota anterior, págs. 104 y ss. criticando la jurisprudencia de agravios que ha establecido la regla contraria.

acudir directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, dentro ya de los plazos comunes que la Ley de esta jurisdicción señala.

La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa se impone por las reglas generales que sostiene su construcción: fuero personal de la Administración en cuanto no actúe por los cauces privados. Sobre éstos, y en cuanto a los criterios de partición de las jurisdicciones administrativa y ordinaria, correlato de la aplicación de los regímenes de responsabilidad de la Ley de Expropiación o del Código civil, hemos hablado más atrás y a ello nos remitimos. El hecho, a que también nos hemos referido, de que los fundamentos de la responsabilidad no sean distintos en el Derecho administrativo y en el civil, no obsta a esa partición de regímenes y de jurisdicciones. Positivamente, porque es una realidad que los artículos 121 a 124 de la Ley de Expropiación no coinciden en sus aplicaciones con los artículos 1.902 y siguientes del Código civil. Pero también en el orden teórico: la responsabilidad no es de suyo materia exclusiva de un Derecho, sino más bien una doctrina común a todos ellos, y, por tanto, también al Derecho administrativo (291). Si es cierto que uno de los elementos de la teoría de la responsabilidad, que es, además, el radical, el de la lesión patrimonial, es idéntico e indiscernible en el Derecho administrativo y en el civil, no lo es menos que el segundo elemento, el de la imputación varía también en uno y otro caso; así la imputación por culpa y la imputación por riesgo y en menor medida todos los tipos de imputación imaginables) parten de una valoración de la actividad administrativa pública, que es evidente que no puede realizarse más que por los criterios propios del Derecho administrativo, así como verificarse por una jurisdicción administrativa especializada. Por otra parte, es una realidad indiscutible que las jurisdicciones administrativas han llevado más allá el principio de sujeción de las Administraciones públicas a responsabilidad civil que lo han hecho las jurisdicciones ordinarias (292) e incluso que las jurisdicciones ordinarias respecto de los propios sujetos privados (293).

(291) Refiriéndose al Derecho italiano, en que la responsabilidad de la Administración se rige por las normas del Código civil y se aplica por la jurisdicción ordinaria, dice SANTI ROMANO: «le norme contenute nelle leggi di diritto privato debba avervi riguardo, in quanto esse affermano principii che sono comuni anche al diritto pubblico e che in quelle leggi hanno trovato la loro dichiarazioni, come molti altri, per ragioni meramente storiche e di opportunità». *Corso di Diritto amministrativo*, 3.ª ed., Padova, 1937, págs. 299-300. En último término la cuestión se reconduce a la relatividad de la división derecho público, derecho privado, sobre la cual, con la misma consecuencia de aceptar regulaciones comunes a los dos derechos, vid. últimamente EISENMANN: *Droit public, Droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du Droit civil français du XIX au XX siècle)*, en «Revue de Droit Public», 1952, págs. 903 y ss.

(292) Es clásica a este respecto la obra de DEBEYRE: *La responsabilité de la puissance publique en France et en Belgique*. París, 1936, donde efectúa esta comparación desde tal perspectiva. Sobre el cierre de las posibilidades del artículo 1.903 del Código civil, entre nosotros, por obra de la jurisdicción ordina-

Un problema específico se plantea a propósito de este proceso contencioso-administrativo a que remite el artículo 122, en el caso concreto en que la imputación se realice a través de un actuar ilícito (por actos jurídicos y no por simples hechos) de la Administración: ¿Debe el particular dañado postular sustantivamente la declaración de esa ilicitud, sólo conseguida la cual se plantearía la de la reparación de los daños resultantes? El problema no es propiamente el de la posible dualidad de procesos, dado que entre nosotros no existe, como en Francia, por ejemplo (294), un proceso especial para la anulación de los actos administrativos irregulares y otro para la declaración de responsabilidad (295), sino que siendo incuestionable, a mi juicio, la unidad de proceso para postular estos

ria, ya hemos hablado más atrás. A la misma conclusión de exoneración llegaron las jurisprudencias (civiles) inglesa y norteamericana, como es sabido. Finalmente, es un hecho histórico incuestionable que la doctrina de la responsabilidad de la Administración fué llevada a su extremo en Francia, por la jurisdicción especial del Conseil d'Etat.

(293) La afirmación de que la responsabilidad de la Administración, tal como ha sido definida por el Conseil d'Etat, es más extensa que la de los propios sujetos privados, según la jurisprudencia del Tribunal de Casación, es general en Francia; la reciente obra de CHARPUS, citada reiteradamente en este trabajo, la ha puesto en crisis, sin embargo, al probar, tras un abrumador estudio analítico, que las diferencias de una y otra jurisprudencia no son más que de detalle, y que las dos, como no podía ser menos, se influyen recíprocamente sin cesar; el subtítulo de la obra es justamente «Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire». (Ya antes EISENMANN: *Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extracontractuelle des personnes (collectivités) publiques*, en «Jurisclasseur périodique», I, 1949, págs. 742 y ss.). La cuestión está en realidad determinada por la particularidad a que más atrás nos referimos: la necesidad de acudir a principios generales de responsabilidad en el Derecho administrativo frente a la actitud conservadora del tradicional *casuismo* civil. Así, es evidente que la fórmula del artículo 121 de nuestra Ley de Expropiación excede bastante de la del 1902 del Código civil, aunque, en definitiva, como es justo, las aplicaciones de uno y otro sistema (teniendo en cuenta que el sistema civil no está sólo definido por el art. 1.902) no deben resultar disímiles.

(294) Dentro de la distinción entre los procesos de «excés de pouvoir», cuyo objeto es la anulación, y «de pleine jurisdiction», cuyo objeto específico es la reclamación patrimonial, la jurisprudencia francesa se ha visto forzada a admitir que este último es suficiente para declarar la ilegalidad de un acto como base de la declaración de responsabilidad; esto, no obstante, tal concentración procesal no es completa, puesto que se niega a la declaración de ilegalidad efectos sustantivos de cosa juzgada, limitándola al único efecto de la responsabilidad, pero sin producir la anulación objetiva del acto. DUEZ, op. cit., pág. 168. DELBEZ: *De l'excés de pouvoir comme source de responsabilité*, en «Revue de Droit Public», 1932, págs. 183 y ss.

(295) La distinción de un «recurso de anulación» y otro «de plena jurisdicción» en la esfera local, recogida hoy en el artículo 1.º del texto refundido de la Ley de lo contencioso, está tomada hasta literalmente del derecho francés, pero habiendo confundido lamentablemente su significación, pues se hace reposar sobre la distinción entre derecho e interés, entre recurso «objetivo» y «subjetivo». En cualquier caso tal distinción de recursos no tiene relevancia a nuestro objeto, como a casi ninguno, por la regla del artículo 67 de la referida Ley que permite «ejercitar en un sólo proceso el recurso de plena jurisdicción y subsidiariamente el de nulidad», lo que por cierto es lo habitual en todos los casos en la práctica forense.

dos pronunciamientos, lo que debe dilucidarse es qué régimen especial seguir, si el propio de la impugnación de los actos, que obliga a agotar previamente la vía administrativa, a que el acto «cause estado» (296), o el que abre el artículo 122 de la nueva Ley, que permite prescindir de este requisito y acudir directamente a la vía jurisdiccional. El problema se complica observando que hay ciertos actos administrativos cuya impugnación no se residencia en la jurisdicción contencioso-administrativa, sino en jurisdicciones especiales, tal, en el caso más notorio, los actos sobre «personal», sobre los que es competente la jurisdicción de agravios. Esta encrucijada debe resolverse por el Reglamento ejecutivo de la Ley, y a mi juicio los criterios de solución más razonables han de ser: 1.º, reconocer que cuando se pretenda declarar la responsabilidad como consecuencia de un acto administrativo ilegal, debe perseguirse directamente la impugnación de este acto, y, por consiguiente, seguir la vía administrativa previa; en esta vía sólo podría pedirse tal impugnación, y si fuese estimada habría que pedir la reparación del órgano especial competente en estas materias, conforme a lo que más atrás hemos dicho; si, por el contrario, tal estimación no se produjese, en el proceso contencioso-administrativo se podría pedir simultáneamente la anulación del acto y la responsabilidad civil subsiguiente; 2.º, cuando la impugnación de actos administrativos deba llevarse a una jurisdicción distinta de la contencioso-administrativa parece evidente que en tal impugnación no podrá pedirse la reparación del daño, dado que en esta materia es ya competente, por el artículo 122 de la nueva Ley, la jurisdicción contencioso-administrativa y nada más que ella; en esta hipótesis se hace inevitable la dualidad de procesos: sólo después de que la ilegalidad del acto haya sido declarada por resolución firme cabrá pedir, en base a la misma, la responsabilidad civil por el trámite común del artículo 122: petición a la Administración y eventual recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la misma.

En la situación actual de nuestro régimen contencioso-administrativo aún queda otro problema de alguna trascendencia: responsabilidad como consecuencia de los actos administrativos que están expresamente excluidos de revisión jurisdiccional. El artículo 121 habla expresamente de responsabilidad por «medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa», con lo que es evidente su intención de independizar la responsabilidad del régimen de impugnación de los actos. Ahora bien, tal precisión no es capaz de comprender más que la reparación de aquellos daños causados por actuación lícita, como ya hemos notado. Lo propio de la discrecionalidad, a la cual debe equipararse por su régimen la exclu-

(296) Sobre la significación y régimen de este requisito, SERRANO GUIRADO: *El recurso contencioso-administrativo y el requisito de que la resolución cause estado*, en «Revista de Administración Pública», 10, 1953, págs. 109 y ss. GARRIDO FALLA: *La llamada doctrina del silencio*, cit. págs. 91 y ss.

sión de impugnación jurisdiccional (297), es que en su ámbito propio, es decir, dentro de sus límites reglados (298), la decisión administrativa es siempre lícita en cuanto que la potestad que se ejercita es de libre determinación. No cabe plantear, en resolución, la posibilidad de una responsabilidad administrativa, como consecuencia de este ejercicio, que pretenda basarse en ilicitud (299).

b) *Indemnización.*—aa) El contenido de la acción de responsabilidad es la pretensión de la reparación del daño determinante. Esta reparación se concreta, según el artículo 121, como indemnización pecuniaria, como *id quod interest*.

La Ley no prevé la restitución *in natura*, y esto no es una omisión, ni tampoco una exclusión positiva, sino simplemente una exacta construcción sistemática. La reintegración *in natura* se presenta en la Ley dentro de la teoría de la «vía de hecho», que ya hemos estudiado. Fuera de esta hipótesis, que comprende los casos posibles de remoción del estado de cosas dañoso, y con independencia de la anulación de los actos ilícitos y de sus efectos, todas las demás reparaciones debidas por la Administración se presentan, en efecto, como reparaciones pecuniarias (300).

bb) El primer problema es el de la medida de la indemnización debida. La Ley remite expresamente esta cuestión al criterio de indemnización en los casos de ocupación temporal y de expropiación de muebles (art 121, por la remisión del 120).

Ahora bien, ya sabemos que el criterio propio de la indemnización expropiatoria es el del valor objetivo, *damnus emer-*

(297) Cfr. VILLAR PALASI: *Poder de policía*, cit., págs. 74-75.

(298) La discrecionalidad se presenta siempre y necesariamente con límites reglados, aunque sea el mínimo de la determinación de la competencia absoluta y relativa para su ejercicio. Incluso el fin propio de la discrecionalidad es reglado (explícita o implícitamente) y así el control jurisdiccional de la desviación de poder («*détournement de pouvoir*») es un control de legalidad y no de moralidad, un control que no afecta, por tanto, a la esencial libertad de la discrecionalidad. Vid. por todos GARRIDO FALLA: *El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad*, cit. *passim*. DE LAUBADERE: *Traité*, cit., págs. 223 y siguientes. *Contra*, en lo relativo al «*détournement de pouvoir*», que entiende como una fiscalización de fondo de la discrecionalidad, HAURIOU, *Précis*, cit., página 351 y ss. y la conocida obra de WELTHER: *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Nancy, 1929.

(299) Cfr. CASSETTA, op. cit., págs. 155 y ss.

(300) Son equívocos, pues, los asertos comunes de la doctrina de ser imposible la restitución *in natura* en el Derecho público (por ejemplo, ALESSI, op. cit., págs. 214-5; DUEZ Y DEBEYRE, op. cit., págs. 449), que olvidan la mención sistemática de la teoría de la «vía de hecho» que es justamente eso, aparte de la anulación de los actos ilícitos, cuando el daño es causado por ellos, que implica también la remoción de la situación ilegal creada y la reintegración al estado anterior. La no restituidibilidad en forma específica de los daños causados legítimamente deriva de este mismo concepto, al cual nos remitimos, y que se concreta justamente en una potestad de sacrificio (ALESSI, op. cit., págs. 220 y siguientes).

gens (301). Si hemos de entender estrictamente la remisión legal, resultará que la indemnización por responsabilidad de la Administración habrá de seguir siempre esa rigurosa medida.

Tal conclusión parece injusta. Es, cabalmente, aquí donde se impone discriminar entre daños causados con culpa y los ocasionados sin culpa. Sólo a éstos debe corresponder el beneficio de la limitación de la reparación. En el otro supuesto (especialmente en sus formas extremas: dolo, culpa grave) la imputación efectiva de la totalidad de los daños o perjuicios derivados (valor subjetivo del daño, en equívoca denominación reparación integral) parece incuestionable. Esta distinción está recogida, como se sabe, en los artículos 1.106 y 1.107 (con el 1.103) del Código civil. Aquí es donde se inserta, en la teoría de la responsabilidad, toda la peculiaridad de la doctrina de la culpa (302). A mi juicio, esta conclusión es perfectamente aplicable a la responsabilidad de la Administración sin necesidad de violentar un texto legal tan expreso como el artículo referido. Se trata de recordar simplemente que esos supuestos de dolo y de culpa grave corresponden justamente a las hipótesis de imputación personal al funcionario, y que en estos casos la responsabilidad de la Administración opera en nuestro derecho como responsabilidad indirecta, como cobertura de la responsabilidad personal del funcionario. La limitación de la indemnización se refiere así a los casos de responsabilidad directa de la Administración, pero no a estos otros en que su responsabilidad se extiende hasta donde se extienda la responsabilidad personal de sus funcionarios y ésta es ya regida por las reglas comunes del Código civil, a tenor de la Ley especial de 1904; lo único que ha hecho aquí la Ley de Expropiación ha sido extender esta cobertura de responsabilidad, pero no alterar, según ya dijimos, sus reglas

(301) *Supra*, en el texto. Sin embargo, en el caso concreto de la indemnización por ocupación temporal, el artículo 115 de la Ley permite otra conclusión menos rígida, a la cual puede acogerse, por la remisión legal, la indemnización por daños del artículo 1.21; dice la Ley, en efecto: «Las tasaciones en los casos de ocupación temporal se referirán siempre a la apreciación de los rendimientos que el propietario hubiere dejado de percibir por las rentas vencidas durante la ocupación, agregando, además, los perjuicios causados en la finca o los gastos que suponga restituirla a su primitivo estado». Aunque hay mención expresa del *lucrum cesans*, obsérvese que en todo caso esto es debido por la peculiaridad del supuesto, pero que falta toda referencia a los perjuicios subjetivos particulares sufridos por el ocupado. La extensión de la indemnización sigue siendo objetiva.

(302) Por todos STARK, op. cit., págs. 354 y ss., aunque en una construcción quizá no convincente. El intento de sustantivar la teoría de la «indemnización de derecho público» de la doctrina de la responsabilidad de la Administración (cfr. *supra*, nota 193) se ha fijado en la circunstancia de que en el primer caso se produce sólo reparación del daño objetivo, en tanto que en el segundo, además, del subjetivo. (GARRIDO FALLA: *La teoría de la indemnización*, cit., págs. 439-40, por ejemplo); naturalmente esta diferencia es general en los mismos Códigos civiles y es debida al juego de la doctrina de la culpa, en la que de ninguna manera puede integrarse, como ya sabemos, la totalidad de la teoría de la responsabilidad.

propias, y mucho menos, dada la explícita intención contraria de la Ley, en perjuicio de la garantía de los administrados (303).

cc) La remisión del artículo 121, a través del 120, a los criterios propios de la indemnización expropiatoria, plantea otro problema, y es el relativo al sistema de fijación de la indemnización una vez acordada su procedencia. Si hemos de entender íntegra esa remisión resultará que la fijación de la indemnización por daños habrá de realizarse, en defecto de acuerdo de las partes, por el sistema general de la expropiación, es decir, por el Jurado Provincial. Una tal conclusión debe ser evitada por el Reglamento, pues es evidente que si ese sistema de valoración estaba justificado en el caso de la expropiación forzosa, no lo es menos que nada lo impone (especialmente en cuanto implica la pérdida de la capital prerrogativa de la decisión previa administrativa) en el de la responsabilidad civil, y es, por el contrario, capaz de traer a la regulación de esta institución una notable perturbación. El sistema de la reclamación administrativa y el de la disposición inmediata del recurso contencioso contra esta resolución parecen suficientes garantías, y no son otras, en definitiva, las que arbitra el Derecho civil. La estimación concreta de la indemnización debe, pues, ser realizada por la Administración cuando ella acepta su procedencia, y contra esta estimación (304), así como contra la resolución negativa de la responsabilidad, en su caso, basta la eventualidad de una fiscalización jurisdiccional, la cual, incuestionablemente, ha de operar con plena libertad en la estimación de los daños causados.

dd) Pago de la indemnización. Una gran parte de las posibilidades del sistema legal reposa por lo que hace al Estado sobre una simple circunstancia: la habilitación en los Presupuestos generales de un crédito especial para atender a las indemnizaciones por responsabilidad. La centralización de la gestión de estos problemas en un órgano único, como hemos propuesto, permitiría consignar a disposición del mismo una partida presupuestaria con este objeto. Así lo propugnamos. Entre tanto, la ausencia de una disponibilidad presupuestaria con tal objeto puede comprometer, como hemos dicho, las posibilidades del sistema, tanto porque la Administración será reacia a aceptar una obligación en tales condiciones

(303) En el mismo sentido, todos los países que enuncian la responsabilidad de la Administración como responsabilidad indirecta: Alemania, Italia, Inglaterra, Estados Unidos. En Francia, dentro de una solución que es análoga a la adoptada en nuestro derecho, la regla es, según los expositores, la de la reparación integral del perjuicio en todo caso; sin embargo, las soluciones jurisprudenciales son muy matizadas. Vid. Durr, op. cit., págs. 104 y ss., por todos.

(304) La remisión del artículo 121 a los criterios de la indemnización expropiatoria plantea también el problema de la exigencia o no de un margen mínimo de lesión cuando se impugne la estimación de los daños hecha por la Administración, conforme al artículo 126. 2.º.

(aunque por ser una obligación legal no requiera para su validez la previa existencia de crédito presupuestario que impone el artículo 39 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado), como porque la eventual condena por la jurisdicción contencioso-administrativa tendría los mayores riesgos de no ser ejecutada, dentro de nuestro imperfecto régimen contencioso-administrativo sobre el particular.

6. *Las posibilidades del sistema legal.*

Creo que la formidable construcción positiva de la nueva Ley de Expropiación Forzosa, y especialmente dentro de ella lo relativo a la responsabilidad civil de la Administración, ha de hacer época en nuestro Derecho administrativo. A través de la exposición de sus principios, que en este trabajo he intentado, espero que al menos pueda quedar clara la ambición de sus regulaciones y su incuestionable trascendencia. Sólo nos resta decir que, sin embargo, será difícil que todas las virtualidades que encierra la nueva Ley (y ni siquiera acaso las más sustanciales) puedan ser extraídas con el imperfectísimo sistema de jurisdicción contencioso-administrativa de que disponemos (305). Los amplios poderes de conformación dados al juez por la Ley, y el desarrollo que en la misma tiene el flexible juego de los principios, exige ineludiblemente una especialización en la jurisdicción contencioso-administrativa y un impulso creador en sus fallos que hoy desgraciadamente no existen. Esta Ley postula por sí misma, si no hubiese otras razones sustantivas, una reforma radical del sistema de justicia administrativa. El Ministro de Justicia, que tan generosamente y con tan clara visión alentó y llevó a término la innovación de la nueva Ley, ha prometido realizar también esa otra reforma. Si así llegase a hacerlo en definitiva, y la reforma alcanzase la amplitud y la perfección obligadas, podría decirse sin hipérbole que su nombre quedaría para siempre ligado a la historia de la constitución de nuestro régimen administrativo, a la grande, aunque oscura, historia del continuo sometimiento del Estado al Derecho.

(305) Vid. mi trabajo *Sobre un texto refundido de la legislación contencioso-administrativa*, en «Revista de Administración Pública», 6, 1951, págs. 279 y ss. y el de GONZÁLEZ PÉREZ: *La reforma de la ley de lo contencioso-administrativo*, en su libro *La sentencia administrativa. Su impugnación y efectos*. Madrid, 1954, págs. 55 y ss.