

LA INDEMNIZACION EN LAS NACIONALIZACIONES

•
POR

GASPAR ARIÑO ORTIZ

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Valladolid

SUMARIO: 1. Planteamiento general del problema: ¿compensación integral?—2. Las razones en pro y en contra.—3. Marco constitucional contemporáneo.—4. Las nacionalizaciones francesas de 1981. Una gran polémica: a) dictámenes técnicos; b) recursos ante el Conseil Constitutionnel.—5. La decisión del Consejo Constitucional. El nuevo texto legal.—6. Las nacionalizaciones en España. El artículo 33.3 de la Constitución de 1978 y el problema de la indemnización.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA: ¿COMPENSACIÓN INTEGRAL?

El tema de la indemnización o justa compensación en las nacionalizaciones está directamente vinculado a la naturaleza y el concepto que de ellas se tenga. La pretendida diferenciación entre nacionalización y expropiación encuentra en este punto su principal razón de ser y su intención última. Se aduce que las nacionalizaciones no están sujetas a las reglas de la expropiación y que, por consiguiente, frente a la reparación o compensación integral (*full compensation*) que preside esta última, en aquélla, razones de orden superior (razones de soberanía, alto interés nacional, independencia e integridad de la patria) justifican una compensación sólo parcial e incluso es pensable, en algún caso, la ausencia de toda indemnización.

Esta tesis se ha mantenido por autores de bastante solvencia (1) y, desde luego, se ha aplicado en más de una ocasión, desde las nacionalizaciones soviéticas o mejicanas de 1917, que se realizaron sin pago alguno, hasta las nacionalizaciones recientes del petróleo venezolano o del cobre chileno que fueron objeto de polémicas y exiguas indem-

(1) Por ejemplo, Jean RIVERO, sin justificarla, pero aceptándola como una realidad. Véase *Le Régime des Nationalisations*, Paris, 1948.

nizaciones (2). En las nacionalizaciones de la Europa oriental, después de la Segunda Guerra Mundial, no hubo ningún tipo de indemnización en muchos casos (empresas que pertenecían a la Alemania nazi o que habían sido colaboracionistas) y en otros, ni fue previa, ni, por supuesto, integral (3).

Y las cosas no discurrieron de modo muy diferente en la Europa occidental. Ciertamente, se proclamaron los principios acerca de la adecuada y justa compensación, pero tales principios fueron, como señaló Mario EINAUDI en su muy solvente estudio sobre el tema (4), más formulados en la teoría que respetados en la práctica. Especialmente en Francia las indemnizaciones fueron muy bajas y en algún caso discriminatorias, aparte de la confiscación pura y simple que se aplicó a RENAULT y a algunas empresas calificadas como colaboracionistas (expropiación-sanción) (5). En Italia, donde las nacionalizaciones fueron llevadas a efecto y valoradas antes de la guerra, pero pagadas después, ya se comprende que, siendo el valor de la lira aproximadamente la mitad, sin que se reconociera ninguna medida de actualización, la indemnización fue en términos reales muy baja. Inglaterra es, quizá, en opinión de EINAUDI, el único país que «adoptó las medidas necesarias para que los principios fueran hechos realidad».

No podemos entrar aquí en mayores detalles acerca de esta experiencia histórica que, más o menos apoyada en una creencia sin fun-

(2) Véase el testimonio de NOVA MONTREAL, E., que resulta especialmente interesante por cuanto fue el letrado que defendió a estos países en algunos pleitos internacionales. Véase de este autor «La nacionalización en su aspecto jurídico», en vol. col. *Derecho Económico Internacional*, Méjico, 1976, pp. 137 y ss., y también del mismo autor *Nacionalización y recuperación de recursos naturales ante la Ley internacional*, FCE, Méjico, 1974; *Defensa de las nacionalizaciones ante tribunales extranjeros*, UNAM, Méjico, 1976, y *La nacionalización del petróleo en Venezuela*, UNAM, Méjico, 1979.

(3) Véase KATZAROV, K.: *Theorie de la Nationalisation*, Neuchatel, 1960, páginas 418 y ss.

(4) Mario EINAUDI: *Nationalisation in France and Italy. A comparative Study of Nationalisation Policies*, Cornell University Press, Itaca, 1955, pp. 39 y ss.

(5) Todas las valoraciones se hicieron en Francia, en base a la cotización media en Bolsa durante el año anterior (1945). En el caso del Banco de Francia y de los otros cuatro grandes bancos nacionalizados, se pagó aproximadamente la mitad de su valor de liquidación y más o menos al mismo nivel se pagaron las acciones de las empresas de gas y electricidad. Los modos de pago en el caso de la Banca no fueron tampoco muy compensadores (obligaciones amortizables a cincuenta años con un 3 por 100 de interés fijo); en el caso de la industria eléctrica, del carbón y gas fueron algo más remuneradores, pues, además, del interés se beneficiaron de una indexación suplementaria del 1 por 100 sobre la cifra de ventas, por lo que han obtenido buenos beneficios con el alza de los precios del petróleo; en la SNCF se entregaron títulos amortizables en cuarenta y cinco años, al 6 por 100 de interés. La opinión generalizada, hoy, de estas leyes de 1945-1946 es que constituyeron una verdadera expropiación.

damento —el carácter semisagrado de las nacionalizaciones—, ha reconocido como buena una praxis verdaderamente expropiatoria, impropia de un Estado de Derecho.

2. LAS RAZONES EN PRO Y EN CONTRA

Las razones en las que esta praxis se ha basado son deleznable para un jurista (aun cuando sea «legitimadoras» para los políticos que adoptan estas decisiones). Tales razones son: la soberanía estatal como poder omnímodo y absoluto para decidir las reglas de la organización social, la explotación capitalista de los países ricos sobre los tercermundistas, la imposibilidad de nacionalizar (especialmente en estos últimos países) si hubiera que abonar en su integridad el justo precio expropiatorio, el carácter colectivo por naturaleza de determinados bienes (minas, aguas, recursos naturales en general) sobre los cuales nadie puede consolidar derechos de propiedad plena, la necesidad de tomar en cuenta las posibilidades del Estado nacionalizador. Y así, otros razonamientos semejantes.

Frente a tales «razones», más sociopolíticas que jurídicas, el principio indiscutible universalmente aceptado desde la Edad Media a nuestros días en todas las sociedades civilizadas —verdadero «estándar mínimo» de civilización— es el respeto a los derechos adquiridos y en especial, como paradigma de todos ellos, el derecho de propiedad válidamente constituida con arreglo a las leyes del país. Por consiguiente, toda privación de propiedad sin una compensación «adecuada, pronta y efectiva» es un acto ilícito, una confiscación (6). Una vez esto asentado, puede admitirse como solución operativa aceptable la práctica de «acuerdos globales de indemnización» (7), que aun suponiendo, en muchos casos, indemnizaciones inferiores a las que procederían de aplicarse los criterios expropiatorios, sean aceptadas por ambas partes como un medio de valorar y liquidar operaciones de gran envergadura (expropiaciones petrolíferas de Méjico, nacionali-

(6) Muchos de los pronunciamientos doctrinales recaídos sobre este punto, lo han sido en el campo del Derecho Internacional, por la incidencia que las nacionalizaciones han tenido sobre empresas extranjeras. Véase un buen resumen de doctrina y jurisprudencia internacional en MEDINA ORTEGA, M.: *Nacionalización y acuerdos globales de indemnización*, en el número 40 de esta REVISTA (1963), páginas 88 y ss.

(7) Véase sobre ellas el trabajo de MEDINA ORTEGA, citado en la nota anterior.

zación del Canal de Suez). Pero en *ningún caso debe aceptarse como un principio válido el de la indemnización parcial de las nacionalizaciones*.

3. MARCO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO

Hay que decir, por lo demás, que al menos en el derecho interno de cada país, las tendencias al reconocimiento pleno de indemnización en las nacionalizaciones es hoy predominante. Alemania, Francia o España lo tienen proclamado en sus Constituciones, y los países anglosajones, no sólo proclamado (enmienda 5.^a de la Constitución norteamericana), sino practicado con bastante fidelidad (nacionalizaciones inglesas). La Constitución alemana remite en bloque, para la fijación de la indemnización en las nacionalizaciones, al instituto de la expropiación forzosa, lo cual supone la aplicación de un ordenamiento jurídico muy elaborado y con un conjunto de garantías muy sólidas para el afectado. La Constitución francesa exige igualmente la «justa y previa indemnización» (art. 17 de la Declaración de Derechos de 1789, incorporada hoy, con pleno valor normativo, a la Constitución de 1958) y tanto el *Conseil d'Etat* como el *Conseil Constitutionnel*, este último, en su decisión de 16 de enero de 1982, han aplicado el principio con la más completa firmeza como uno de esos «principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República» que la Constitución consagra como principios de valor constitucional. En la Constitución española, la procedencia de indemnización se encuentra firmemente asentada en la protección constitucional que el artículo 33.3 dispensa a la propiedad privada y aun cuando se han planteado algunas polémicas sobre el carácter previo de aquélla, no puede dudarse de su existencia misma y de su carácter completo, al menos, en teoría. La expresión «correspondiente indemnización» ha sido objeto de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, perfectamente aplicable, como criterio interpretativo, al texto constitucional; en ella, la indemnización se concibe siempre como «justa y equivalente», como «equilibrada compensación», como «entrega de equivalencia» (Sentencia de 3 de enero de 1953 y 14 de febrero de 1958), como «sustitución de valor patrimonial» (Sentencia de 7 de octubre de 1961), como «perfecta ecuación» (Sentencia de 4 de junio de 1964) y tantas otras expresiones análogas que podrían citarse. Todo ello ha llevado a concluir a nuestra mejor doctrina que las nacionalizaciones en España entrañan *indem-*

nización total de los afectados, aunque se realicen mediante ley. Y si la ley la negase, sería anticonstitucional (8). Volveremos, más adelante, sobre este punto, con alguna extensión.

4. LAS NACIONALIZACIONES FRANCESAS DE 1981. UNA GRAN POLÉMICA

Por la cercanía y proximidad de nuestros ordenamientos, por constituir la última operación nacionalizadora de gran entidad y, sobre todo, por encontrarnos en este momento en España en una situación de algún modo similar, conviene llevar a cabo un análisis detallado de la reciente experiencia francesa en este punto.

El proyecto inicial del Gobierno socialista valoraba las acciones de las compañías a nacionalizar según un único criterio: su cotización en Bolsa. Los afectados reaccionaron frente a tal sistema, por cuanto la cotización en Bolsa en una época de crisis como la presente no revela, en modo alguno, el valor real de la sociedad. En estas condiciones, el proyecto pasa a informe del *Conseil d'Etat*, el cual, en este punto, propone al Gobierno la incorporación de dos criterios adicionales: el valor de los activos y los beneficios de las empresas, estructurando una valoración llamada «multicriterios».

El Gobierno acepta la reforma propuesta y el nuevo proyecto, finalmente aprobado por el Gobierno socialista, en sus artículos 5.º y 6.º (para las empresas industriales), 17 y 18 (para los bancos) y 31 y 32 (para las compañías financieras) establecen un método de valoración en el que se combinan, con distinta ponderación, tres criterios: en un 50 por 100, la cotización bursátil en los tres años anteriores (esto es, 1978-1979-1980); en un 25 por 100, el valor teórico de la acción o valor neto contable, tal como resulte del balance oficialmente aprobado al 31 de diciembre de 1980; y en el otro 25 por 100, la capitalización al 10 por 100 del beneficio neto medio a lo largo de los tres últimos ejercicios (o como dice el proyecto, «el producto por 10 del beneficio medio neto»). En principio, estos criterios son los habituales en la valoración de acciones, cuando éstas son cotizadas en Bolsa (recordemos aquí, incidentalmente, que estos tres criterios son, sin distinción de ponderación, los que establece el artículo 40 de la LEF). Si no son cotizados

(8) Esta es hoy opinión unánime. Véase, por todos, GARRIDO FALLA, F.: *El modelo económico en la Constitución española*, IEE, Madrid, 1981, tomo I, pp. 75 y 76. También GARCÍA DE ENTERRÍA E., y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, 2.ª ed., tomo II.

en Bolsa, el valor se cifrará en base a los dos últimos criterios, al 50 por 100 cada uno.

En cuanto al modo de pago, éste se instrumenta a través de obligaciones negociables y amortizables emitidas por unas cajas nacionales creadas al efecto con un interés semestral igual al tipo de rendimiento, en el mercado secundario, de los empréstitos públicos no indiciados (ni en cuanto al capital, ni en cuanto al interés) emitidos a un plazo superior a siete años. La amortización se producirá por sorteo a lo largo de quince años. En el caso de las inversiones norteamericanas (básicamente ITT-France y Honeywell-Bul) el Gobierno decide hacer honor a sus compromisos internacionales de 1959, que prevén indemnizaciones en metálico, por lo que negociará con ellos la forma de hacer efectiva la nacionalización.

Las reacciones a esta forma de valoración y pago son como siempre en estos casos, contradictorias: muchos diputados socialistas opinan que el Gobierno es demasiado generoso; los accionistas dicen que esto va a ser una expoliación.

a) *Dictámenes técnicos*

Los expertos —algunos ilustres juristas que fueron llamados a emitir dictamen sobre la materia— opinaron también de forma diversa (9). Jacques ROBERT y FRANÇOIS LUCHAIRE, profesores de París consultados por el Gobierno, entienden que el objeto de la privación (expropiación) no es el patrimonio social, sino las acciones de la sociedad (los títulos representativos del capital de ésta). Por tanto, «la indemnización debe ser evaluada en función del valor de la acción y no del valor de los bienes sociales». Aquel es, sin más, el que la Bolsa alcanza en cada momento; y corregir al alza ese valor supondría beneficiar a los compradores recientes (si es que se supone que el valor bursátil es inferior al valor real).

Según esta postura, los valores deben ser determinados «en el cuadro de la continuidad de la explotación» (Badinter, J.O. Deb. A.N., página 1734), por consiguiente se debe «excluir toda posibilidad de calcular la indemnización tomando en consideración los valores de liquidación de activos, pues no se trata de apreciar el valor de la empresa en cuanto tal, ya que ésta continúa su actividad; la situa-

(9) Todas las opiniones aquí recogidas se citan a través de *Nationalisations et Constitution*, collection de «Textes, documents et commentaires réunis et présentés par Louis Favoreu, Economica», 1982, 388 pp.

ción del accionista es exactamente la de un titular que por necesidad se encontrara en la obligación de ceder sus acciones».

En cuanto al carácter «previo» de la indemnización, entienden que éste no se refiere al pago, sino a que sea una indemnización «previamente fijada». Tampoco es preciso que sea abonada en metálico (puede hacerse mediante títulos de la deuda u otros valores cotizables en el mercado) y «es el título u obligación lo que constituye la indemnización y no su amortización» por lo que el carácter previo se cumple con la entrega de aquéllos, cualquiera que sea el momento de su conversión dineraria. Por todo lo cual —concluyen— el proyecto del Gobierno se ajusta plenamente a los requisitos exigidos por el Derecho, y, además, «se inscribe plenamente en la tradición jurídica francesa de las nacionalizaciones». El dictamen de estos autores resulta, pues, favorable al Gobierno (su cliente) y se apoya en una especie de absolutización del formalismo jurídico (lo importante son los títulos, y no lo que ellos representan). Ello es, a mi juicio, de dudosa validez.

Por el contrario, los profesores LOUSSOUARN, DRAGO y DEVOLVE, consultados por la *Union pour la Défense et le Développement de l'Actionnariat Prive* (UDDAP) eran fuertemente críticos con el proyecto de ley, tal como este fue adoptado por la Asamblea Nacional el 26 de octubre de 1981 (esto es, incorporando ya el parecer del Consejo de Estado y con algunas precisiones sobre el modo de computar cada uno de los criterios aprobados, por ejemplo, descuento de las acciones liberadas que se hubiesen entregado a los accionistas después del 1.º de enero de 1981 y también de los dividendos que les hubiesen sido abonados en ese año).

En primer lugar, afirman que toda indemnización no hecha en dinero sino en títulos u obligaciones debe ser mirada con circunspección y sólo admitida como justa en función del valor que efectivamente alcancen aquéllos cuando sean convertidos en dinero (o tengan la posibilidad de serlo). Sólo si son de tal naturaleza que «conserven su valor» constituirán una indemnización justa.

En segundo lugar, siguiendo el testimonio presentado ante la Cámara por el presidente de la Comisión de Operaciones de Bolsa, M. BERNARD TRICOT, entienden que el valor de una empresa es necesariamente distinto del valor de sus acciones en Bolsa; cuando una accionista enajena libremente unos títulos aislados, ese es, ciertamente, el único precio posible, pero cuando se enajena un paquete de control, y con mucha mayor razón, cuando estamos ante una transferencia forzosa de la

totalidad de las acciones, sabido es que su valor (su precio) aumenta, en el primer caso porque se está enajenando el poder de control social y, en el segundo, porque nos encontramos, en realidad, ante la enajenación de la empresa como tal (con la totalidad de su patrimonio, aviamiento y clientela) y, por tanto, estamos ante una operación de naturaleza distinta, estamos ante una especie de *liquidación*, que exige dar prioridad en la valoración al activo neto real de la compañía. La nacionalización de una empresa no puede juzgarse con los criterios de valoración de unas acciones aisladas, que se enajenan, sino con los criterios de valoración de una empresa en los supuestos de fusión, de aportaciones parciales de activos o de liquidación (que son las operaciones comparables a la nacionalización). De otro modo, se dejaría en manos del Gobierno la posibilidad de variar la indemnización en función del método de nacionalización adoptado: expropiación de acciones o expropiación de activos, cuando es lo cierto que el resultado final —y real— es exactamente el mismo. Tal es el argumento central de estos autores.

Asimismo, alegan que dado el plazo de tres años, tanto para el cálculo de la media de cotización en Bolsa como del beneficio neto, habría que tomar en cuenta la depreciación monetaria (muy fuerte en esos años) y, finalmente, aducen que con unos criterios *a priori* tan generales es imposible apreciar el valor real de *cada empresa*, que reúne notas y perspectivas cualitativamente diferentes.

Las dos primeras consideraciones son, a mi juicio, plenamente certeras. También lo es la tercera, pues resulta absolutamente necesario en estos tiempos, cuando se opera con valores expresados en moneda, actualizar el valor de ésta. La última, en cambio, aun siendo deseable, es *impracticable*. Toda nacionalización, especialmente cuando se trata de grupos industriales o financieros tan diversificados, lleva consigo una complejidad inevitable y exige una necesaria simplificación y objetivación del cálculo, en garantía también del expropiado, aun sabiendo que aquel puede no ser exacto sino en grado razonable de aproximación. Esta misma circunstancia justifica, o al menos explica, el que no se haya tomado en consideración, para la valoración de las empresas, las cuentas consolidadas de las entidades-madre nacionalizadas, con multitud de filiales en su seno. Ciertamente, ello es un tanto aberrante, a la hora de valorar una sociedad *holding*, pues supone ignorar elementos de hecho determinantes para la valoración. Recordemos aquí que cuando se trata «de una socie-

dad cuyo activo está compuesto en una gran parte por títulos de participación, el balance, aunque regular y sincero, no suministra más que una visión muy incompleta del conjunto económico que está encargado de representar. La consolidación consiste en sustituir el valor de los títulos de participación que figuran en el balance de la sociedad matriz, por el valor que les corresponde en los balances de las sociedades dependientes. Permite así suministrar al público una información más significativa sobre el grupo en cuanto tal, independientemente de la división más o menos arbitraria de la unidad económica entre varias sociedades» (10).

Idéntica crítica merece la ausencia de una previa reevaluación de activos mediante la regularización de balances de las sociedades nacionalizadas como trámite necesario para un cálculo realista del valor teórico de la acción. Como es sabido, el valor de muchos elementos del activo que figuran en los balances no tiene nada que ver con la realidad.

Estas y otras consideraciones sobre aspectos menores de la valoración deben llevarnos a la conclusión de que toda nacionalización de empresas de cierta entidad exige como paso previo una depuración del balance, de forma que éste se convierta, para obtener de él los datos que procedan, en un auténtico *balance real de cesión*, único sobre el cual se puede trabajar con garantía a la hora de calcular una indemnización justa.

En cuanto al sistema de indemnización y al modo de pago, los juristas consultores del accionariado entenderán que:

«no reciben, pues, inmediatamente una indemnización compensadora: sólo al final de los quince años serán completamente reembolsados los capitales, o, al menos, ocho años si se tiene en cuenta la duración media de la espera... Por lo demás, los propietarios de las acciones no son asegurados ni del rendimiento de las obligaciones que les serán entregadas, puesto que este depende no solamente de la suerte que corra el mercado de obligaciones, sino también de las decisiones del Estado fijando la tasa de interés de los empréstitos emitidos por él, ni tampoco del mantenimiento del valor de dichas obli-

(10) LOUSSOUARN y otros: «Consultation», en *Nationalisations et Constitution*, citado, p. 191.

gaciones a la hora de su amortización, puesto que el reembolso a la par, no tiene evidentemente en cuenta la evolución de la moneda.»

b) *Recursos ante el «Conseil Constitutionnel»*

Más o menos, en estos términos, recogiendo los argumentos de uno y otro lado, fueron formulados los recursos ante el Tribunal Constitucional (*Conseil Constitutionnel*). En el texto del recurso formulado por los diputados de la oposición se insiste en las siguientes ideas:

— El carácter previo de la indemnización, que prevé la Declaración de Derechos de 1789, no significa previamente fijada, sino previamente abonada; o al menos, en un plazo razonable, en cuyo caso el pago hecho a plazo debe ser *equivalente al valor del que lo fuera al contado*, lo cual exige dos condiciones: pago de una renta o interés y garantía contra la depreciación del capital.

— Las críticas, verdaderos motivos de inconstitucionalidad, que se imputan al proyecto en este punto son: confiscación del dividendo de 1981, ausencia de garantía contra la depreciación monetaria y, finalmente, insuficiencia de la indemnización en relación con el valor real de los bienes. El primero no tiene explicación ni justificación (recuérdese que fue introducido en la asamblea); dado que las obligaciones en pago de las acciones no producen interés más que a partir del 1 de enero de 1982, ¿qué razón hay para privarles de los dividendos de 1981? El segundo es igualmente obvio: una indemnización pagadera a medio o largo plazo y no iniciada realiza una confiscación parcial disimulada: la moneda de 1997 (fecha final del pago) no tendrá probablemente el mismo valor que la de 1981 (fecha en que ha sido calculada la indemnización). Encierra, además, un principio de desigualdad, pues al amortizar todas las obligaciones por el mismo nominal es evidente que los que entren en el primer sorteo (1983) serán mucho más beneficiados que los del último (1997).

— En el tercer argumento (insuficiencia, ya desde este momento, de indemnización) se repiten los ya conocidos: inadecuada ponderación del valor de los activos (sólo en un 25 por 100), falta de regularización previa y de consolidación de los balances, imposibilidad de asimilar la operación nacionalizadora con la voluntaria enajenación en Bolsa de unos títulos aislados por un accionista (antes bien, de lo que se trata es de la adquisición total de la empresa, en cuyo caso

los criterios de valoración justa no son ni la cotización bursátil ni la situación contable sino el *valor real de los activos* y los *resultados previsibles* de la empresa).

En el recurso de los senadores se reiterará la necesidad de «individualizar» cada sociedad para llegar a una valoración justa, pues el simple cálculo aritmético de sus cotizaciones de Bolsa equipara en cuanto a su valor las empresas en alza (cuyas cotizaciones son crecientes) y las empresas en baja (con cotizaciones decrecientes, por su falta de perspectivas), lo cual no es razonable. Se insistirá en que la toma de control por el Estado del 100 por 100 constituye una compra de empresa, por lo que hay que someterse a las reglas de la práctica nacional e internacional para estas operaciones, y se repetirán, con datos y cuantificaciones ejemplificativas, las graves distorsiones de valor a que conducen los balances contables no depurados.

Por su parte, la Memoria presentada en nombre del Grupo Socialista de la Asamblea Nacional, recoge los argumentos formulados en favor del proyecto del Gobierno por los juristas consultados por éste: que el carácter previo de la indemnización se refiere a su estimación y a la pronta entrega de los títulos (al margen de cuando se realice el valor de éstos), que la cotización de la acción es el único patrimonio de su tenedor, lo único que él puede obtener con su venta, si bien como compensación adicional al carácter *forzoso* de ésta se toman en cuenta los otros criterios, que permiten una indemnización bastante más elevada. Ir a una indemnización demasiado favorable para los accionistas (dada la realidad de la crisis económica) significaría —dicen— una injusticia para los demás ciudadanos que, en definitiva, son quienes pagan aquélla. (Aquí la pregunta que habría que formularse es: ¿y entonces, por qué nacionalizar? Se hubieran evitado los problemas a unos y otros si el Gobierno no se mete en esta operación). En cuanto a la denunciada confiscación del dividendo de 1981, se dice que éste es cobrable por aquél que es titular de la acción en el momento de cortar el cupón, y como el legislador ha acordado que esto se produzca una vez finalizado el ejercicio, el dividendo se percibirá en 1982 momento en el cual las acciones habrán pasado a la colectividad. (De nuevo el formalismo vacío acompaña a este argumento, que sería cierto si la venta fuera voluntaria, pero siendo forzosa, los frutos de un período determinado pertenecen siempre al titular de ese período, aun cuando su liquidación y abono sea poste-

rior.) en el fondo, se pretendía con ello evitar que las juntas generales, concedoras de la nacionalización, acordasen dividendos desproporcionados, lo cual tiene sentido, pero para evitar un dividendo exagerado no hay que privar a los titulares de todo dividendo.

En cuanto a la ausencia de garantía contra la erosión monetaria del capital, se contesta que siendo los títulos negociables, éstos podían venderse en cualquier momento y convertirlos en dinero (esto es cierto, siempre que se puedan vender, esto es, que alguien quiera comprarlos por su valor).

Tales son los términos en que, por una y otra parte, el asunto de la indemnización fue sometido al *Conseil Constitutionnel*.

5. LA DECISIÓN DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL. EL NUEVO TEXTO LEGAL

La decisión del Consejo Constitucional, de 16 de enero de 1982, contiene un juicio, en gran parte salomónico, sobre las diversas cuestiones sometidas a su consideración. Quiero decir que formula sus opciones y toma sus decisiones sin esgrimir nuevas doctrinas ni dar demasiadas explicaciones. El Tribunal se plantea, en primer lugar, el carácter «justo» de la indemnización prevista y tras aceptar plenamente su competencia para entrar a fondo en el tema llegando a sustituir, si preciso fuera, los criterios del legislativo, empieza por señalar algunos criterios orientadores, por ejemplo, que la valoración no puede quedar afectada por la perspectiva misma de una nacionalización anunciada; que en una operación de este tipo hay necesidad de simplicidad y rapidez, por lo que sin afectar a un mínimo irrenunciable de justicia, hay que renunciar a todo perfeccionismo y aceptar una aproximación inevitable, aunque limitada.

A continuación y entrando en el fondo, entiende que las cotizaciones de Bolsa, índice cierto de valor, son insuficientes como criterio único y deben ser corregidas; que la depreciación monetaria debe tomarse en cuenta para calcular la media de dichas cotizaciones; que, además, la marcha de las cotizaciones es diferente en cada caso y que como la compensación hay que valorarla en el momento de la desposesión, debe tomarse en consideración la evolución de aquéllas al alza o a la baja (11); finalmente, que los otros criterios utilizados para

(11) Comentando RIVERO este aspecto, escribirá: «Los accionistas de sociedades cuyos títulos han conocido una curva ascendente habrían recibido menos que el valor actual de sus acciones, mientras que los de sociedades cuyos títulos

corregir la valoración bursátil (valor de los activos netos y capitalización del beneficio) no están adecuadamente instrumentados por no tomar en consideración activos y beneficios de las sociedades filiales. Como consecuencia de todo ello, entiende que el método de cálculo de indemnización previsto por la ley *no se ajusta a la exigencia de justicia* que reclama la Constitución, por lo que deberá ser revisado, lo cual ha de hacerse en base a los siguientes criterios: deberá tenerse en cuenta el dividendo del año 1981, la situación neta contable debe establecerse en base a balances consolidados que incorporen las cuentas de las filiales y no sólo los valores de la casa matriz, y, finalmente, los valores bursátiles deben actualizarse para evitar la erosión monetaria producida por la inflación.

En lo que se refiere al otro requisito que debe reunir toda indemnización —el carácter *previo*— el Tribunal considera que éste resulta suficientemente garantizado y ello por dos motivos:

- a) porque aun cuando no se abone en metálico, se indemniza con títulos inscritos a la cotización oficial de las Bolsas e inmediatamente negociables (esto es, realizables en dinero);
- b) porque dado el interés a que se emiten, perfectamente competitivo en el mercado de títulos, queda asegurada su negociación normal, con lo que también quedan paliados los riesgos de la depreciación monetaria.

Tal fue la decisión del Consejo, quien, además, declaraba que la inconstitucionalidad de estos artículos relativos a la indemnización, manifiestamente inseparables del conjunto de la ley, prohibían la promulgación inmediata de éste, ni siquiera en sus otros artículos. En términos económicos, la decisión significaba, según los cálculos, una *elevación de la indemnización en un 20 ó 25 por 100*.

Las críticas a esta decisión han sido acerbas, tanto en los medios jurídicos (aunque en éstos fueron más las alabanzas) como en la opinión pública. El que fue consultor del Gobierno, F. LUCHAIRE, redactó

han seguido la curva inversa, se habrían beneficiado de una indemnización superior a lo que hubiese supuesto la venta de sus acciones.» Esta consideración, que es obvia, no entraña, a mi juicio, ninguna desigualdad, pues se trata justamente de corregir los extremos de una cotización bursátil a veces falseada y a veces especulativa, que no representa siempre el valor real. Véase el texto de RIVERO en su excelente artículo *Ni lu, ni compris?*, en *dossier «Nationalisations»*, «Actualité Juridique», cit., p. 212.

un comentario duro (12) en el que, en el punto que ahora nos interesa, señala que:

«el principio de igualdad de cargas, entre todos los ciudadanos, habría debido invitar a tener en cuenta la evolución general del valor medio de todas las acciones francesas después del período de referencia; el Consejo no ha exigido corrección más que para tener en cuenta la depreciación de la moneda y no para tomar en cuenta esta evolución. Así, cuando se compara la suerte de las acciones nacionalizadas con la de las acciones que no lo han sido, la desigualdad es particularmente chocante.

Durante el año 1981 el valor medio de las acciones francesas ha acusado una baja de 17,4 por 100; las acciones nacionalizadas no lo han sufrido tanto en razón de las modalidades de indemnización que se esperaban; las razones de aquella caída se encuentran en la coyuntura internacional y también en el acceso de la izquierda al poder y ello afecta a todos los franceses. En cambio, los tenedores de acciones nacionalizadas no solamente se han encontrado al abrigo de esta baja, sino que, además, no han sido afectados por la inflación gracias al aumento del 14 por 100 (que se les ha reconocido); si se compara la acción nacionalizada y la acción no nacionalizada, la primera ha tenido una ventaja del 31,4 por 100 con relación a la segunda.»

Y un poco más adelante, añade:

«El resultado es que la factura a pagar por el contribuyente va a ser pesada y que los titulares de acciones nacionalizadas van a sacar de la operación un beneficio perfectamente contrario al principio de igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas.»

(12) Recogido también en *Nationalisations et Constitution*, cit., pp. 85 y siguientes, especialmente pp. 76 a 80. También, con idénticas tesis, críticas para el Consejo, un artículo suyo en «Le Monde», 8 febrero 1982, con el título *La note à payer*.

Realmente, era un duro comentario, no del todo fundado. Lo sería si la enajenación de las acciones fuera voluntaria, pero no, siendo forzosa. Aparte de que en Bolsa siempre es muy posible la revaluación de los títulos con el cambio de la coyuntura y la recuperación, así, del patrimonio perdido o devaluado. Ninguna recuperación puede esperar aquel que ve nacionalizadas sus acciones.

El Gobierno en el nuevo texto legal remitido a la Asamblea, trató de ajustarse a las recomendaciones del aumento de indemnización solicitadas por el Consejo, pero lo hizo en una forma muy simplificada, *mirando más al resultado final que al procedimiento* o métodos para conseguirlo. La nueva redacción de los tres artículos del proyecto de ley relativos a la indemnización de los accionistas se inspiraría en tres grandes principios:

1.º Para las sociedades cotizadas en Bolsa —los cinco grupos industriales, las dos compañías financieras y 18 bancos— el valor de cambio de las acciones se establecerá a partir del mejor promedio mensual de la cotización de las acciones para el período de seis meses, que va de octubre de 1980 a marzo de 1981. De esta forma, se evita todo problema de evaluación ligado a la consolidación de balances. De hecho, se adopta un procedimiento similar al de una oferta pública de compra en Bolsa. Esta cotización, a su vez, será incrementada en un porcentaje igual a la tasa de inflación de 1981 (14 por 100).

2.º Para las sociedades no cotizadas en Bolsa —los 18 bancos restantes, a los que hay que añadir los tres bancos mutualistas considerados por el Consejo Constitucional—, el Gobierno retrasará la nacionalización hasta el primero de enero de 1983. Mientras tanto, un comité de expertos, compuesto fundamentalmente por miembros del Consejo de Estado y del Tribunal de Cuentas, procederá a la evaluación de la indemnización caso por caso.

3.º En cuanto al dividendo de 1981 que, según el Consejo, también deberá ser tenido en cuenta a la hora de efectuar el cálculo de la indemnización, el Gobierno prevé que como las cuentas de las empresas no permiten aún su cálculo, la ley atribuirá un dividendo equivalente al de 1980, que será también incrementado un 14 por 100 en concepto de inflación.

La verdad es que tras tantas matizaciones y puntualizaciones contenidas en los informes y recursos interpuestos, recogidas en gran parte en la sentencia del *Conseil Constitutionnel*, la solución a la que

el Gobierno llega, finalmente, es más bien salomónica: se prescinde de tantos criterios y parámetros como se han esgrimido y se concede una pura y simple elevación convencional, estimada probablemente de antemano, por el sencillo camino de elegir el mejor promedio mensual de los últimos seis meses (no demasiado malos en la Bolsa francesa) y aumentar esa cotización en un 14 por 100. No deja de sorprender que tras un acuerdo prácticamente unánime desde el dictamen del *Conseil d'Etat*, según el cual es preferible la combinación de varios criterios en los que se tome en cuenta el valor de los activos netos y los beneficios obtenidos, se acabe volviendo al criterio único de la cotización bursátil (aunque sea la más alta y se actualice luego en un 14 por 100). ¿No es esto un puro convencionalismo para justificar una cantidad previamente acordada? Parece que sí.

En cuanto a las sociedades de banca no cotizadas en Bolsa, se constituye una Comisión administrativa nacional de evaluación compuesta por el primer presidente del Tribunal de Cuentas, por el gobernador de la *Banque de France*, el presidente de la Sección de Finanzas del Consejo de Estado, el presidente de la Cámara Comercial del Tribunal de Casación y por un miembro del Consejo Económico y Social designado por el presidente del mismo.

Esta Comisión es la encargada de fijar el valor de cambio, al 30 de junio de 1982, de las acciones de estas sociedades. En este sentido, la Comisión determinará el valor de negociación de las acciones de cada sociedad al 31 de diciembre de 1981 a partir del activo neto y del beneficio neto, teniendo en cuenta el valor bursátil medio de las acciones y el activo y el beneficio neto de los bancos mencionados en el artículo 12-II a). Este valor de negociación se actualizará para tomar en consideración las modificaciones que le hayan afectado en el transcurso de los seis primeros meses de 1982.

Estas dos soluciones fueron, como es sabido, nuevamente impugnadas ante el Tribunal Constitucional, pero en esta ocasión los recursos no fueron estimados. Los dos motivos principales esgrimidos (a saber, en las sociedades cotizadas, que este método ignoraba las peculiaridades que pudiera presentar una determinada sociedad, y en las no cotizadas, que la ley no especificaba si los activos y beneficios netos en base a los cuales había que valorar las sociedades eran los contables o los consolidados) entiende el *Conseil que ne saurait altérer le caractère juste de l'indénisation* y que la *Commission administrative nationale d'évaluation a reçu du législateur la mission...* y que, por

tanto, *appartiendra à la Commission d'adapter l'application aux données économiques et financières...*, ya que, en efecto, *le législateur a entendu... permettre à la Commission administrative nationale d'évaluation de tenir compte de situations...* Es decir, el Tribunal entiende, en el primer caso (Sociedades de Bolsa), que la indemnización es justa (sin decir por qué) y en el segundo (Sociedades no cotizadas) que ya decidirá la Comisión cualquier cuestión que pueda plantearse, pues ha recibido para ello un mandato del legislador (y al fin y al cabo es una Comisión que merece, por su composición, todas las garantías).

He aquí cómo, al final, se llega a una simplificación verdaderamente grande de la valoración. En el fondo es como una oferta pública de compra, que procura hacerse atractiva, aunque sea forzosa en este caso. Oferta que el *Conseil Constitutionnel*, en otro juicio salomónico, se limita a decir que *es justa*, sin dar más razones. ¿Qué ha sido de todas las precisas directrices y criterios formulados en su primera sentencia? No han sido seguidos en su literalidad, aunque al parecer sí en sus resultados y esto le basta. Es como un acuerdo global de indemnización al que al final se ha llegado. Y de todo ello, se desprende quizá una enseñanza: cuando de una gran operación nacionalizadora se trata, la elaboración de complicadas fórmulas de valoración o la ambición de llegar a cálculos refinados pueden utilizarse como *indicadores de un resultado posible*, pero al final este viene por otras vías que tienen tanto en cuenta lo que de esos estudios se desprende como lo que la realidad política, el estado de opinión y una ponderación de los factores sociales aconseja.

Al final, las exigencias se imponen y se llega a un acuerdo de gitanos.

6. LAS NACIONALIZACIONES EN ESPAÑA. EL ARTÍCULO 33.3 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y EL PROBLEMA DE LA INDEMNIZACIÓN

He dicho en otro lugar (13) que la doctrina dominante distingue entre nacionalización y expropiación, distinción que a nosotros nos parece artificiosa y peligrosa, pero que está ahí, formulada más o menos en estos términos: la expropiación sería una institución juri-

(13) Véase ARIÑO ORTIZ, G.: «Sobre la asunción de actividades y bienes por el Estado», prólogo al libro de J. M. de la Cuétara, *La actividad de la Administración*, Madrid, 1983.

dica común u ordinaria, que implica la fijación de una indemnización total y previa a la transferencia de la propiedad. La nacionalización, por el contrario, una institución jurídica de orden excepcional que se basa en el hecho de que una actividad debe pertenecer a la colectividad y debe ser ejercida por ésta en el interés público. Este carácter superior que ha ido unido casi siempre a razones de tipo ideológico, motiva —para los juristas que defienden la distinción— que la indemnización no haya sido, en estos casos, un elemento ni tan esencial, ni tan completo, como en la expropiación. Y aunque en determinados países, sobre todo, los de la órbita occidental (Inglaterra, Francia), se admitió la indemnización como contrapartida de la transferencia forzosa que implicaba la nacionalización, aquélla *nunca alcanzó el valor real o de mercado* de las empresas transferidas al Estado. El interés público superior —se decía— justificaba este sacrificio de los propietarios. De otro modo, las nacionalizaciones hubieran sido imposibles (de haber estado condicionadas a una plena y previa indemnización).

Frente a esta tesis, hay que mantener firmemente el principio, demostrado en otro lugar, de que entre nacionalización y expropiación no hay diferencias de naturaleza, y, por tanto, tampoco debe haberlas de régimen jurídico, al menos en sus elementos esenciales (uno de los cuales es la indemnización). Podrá haberlas en cuanto a elementos accidentales (de procedimiento, plazos, régimen de reversión o modalidades de pago) pero no debe haberlas en lo que son *las bases o elementos estructurales de la institución*. Hablamos, naturalmente, de situaciones jurídicas de normalidad, no de procesos revolucionarios que se desarrollen al margen del Derecho.

Afirmemos, de entrada, que en nuestro país, la idea de la *indemnización completa ha ido unida casi siempre*, como veremos, a toda transferencia coactiva de la propiedad (salvo algunos intentos revolucionarios de transferencia de la propiedad agraria latifundista operada en tiempos de la II República). Y, asimismo, que en nuestra tradición y en nuestra práctica jurídica, las leyes de expropiación forzosa han sido siempre directa o supletoriamente aplicables a todos estos supuestos.

En los momentos actuales, sin embargo, hay que plantearse el sentido que deba tener el artículo 33.3 de la Constitución en lo que a la indemnización se refiere. Sabido es que entre los constituyentes se entabló una gran polémica —la única que acompañó a este artícu-

lo— sobre el reconocimiento o no del carácter previo de la indemnización. La palabra «previa», que figuraba originariamente en el proyecto, fue al final sustituida por la palabra «mediante», según propuesta de los grupos socialistas y comunistas, que fue aceptada por la mayoría.

Pues bien, ¿cuál es el significado y alcance de este cambio? ¿Puede entenderse que se ha suprimido el carácter previo, precisamente para los supuestos de nacionalización? De los antecedentes constitucionales parece desprenderse que el cambio terminológico no debe concebirse como una exoneración generalizada de tal requisito en las operaciones expropiatorias. Se trataría, más bien, de una flexibilización del mecanismo de pago del justiprecio en aquellas operaciones que tienen naturaleza especial, por su carácter urgente o por su naturaleza excepcional. Si dice que lo que se pretendió con este cambio de terminología fue hacer posible las operaciones nacionalizadoras sin que el Estado se vea obligado, en estos casos, al pago previo de la indemnización. En cualquier caso, la expresión «mediante» debe entenderse, como el propio precepto indica, «de conformidad con lo dispuesto en las leyes» (Código civil y Ley de Expropiación) en las que, hoy por hoy, se sigue manteniendo dicha exigencia.

Esta sería una primera interpretación del artículo 33, que es la que se deriva del contenido de los *Diarios de Sesiones*. Conviene, sin embargo, precisar algo más el significado y alcance del actual texto, que se aparta en este punto de nuestra tradición jurídica. Y la cuestión es: ¿ha quedado desconstitucionalizado el carácter previo de la indemnización y puede, por tanto, mediante ley, exonerarse de este requisito cuando así lo exijan las circunstancias de una operación expropiatoria o la precaria situación de la Hacienda Pública?

Para un sector de la doctrina española, capitaneado por GARCÍA DE ENTERRÍA, la sustitución terminológica no altera lo más mínimo el significado y exigencias del precepto, pues la indemnización previa forma parte —dice— de la «estructura institucional de la expropiación» y constituye un «presupuesto de legitimidad (*conditio iuris*) del ejercicio de la potestad de expropiar». Esta garantía sustancial del derecho de propiedad sigue teniendo, según esta opinión, un respaldo constitucional, para lo cual se dan varias razones: la expresión «mediante» equivale a «por medio de», lo cual, «aunque con menor expresividad, viene a coincidir en su sentido literal con el concepto de previo pago»; en segundo lugar, se aduce que lo contrario supondría «la imposición

de un crédito forzoso» a cargo del expropiado, lo que no encontraría ninguna cobertura constitucional, antes, al contrario, «exigiría ella misma otra ley específica que la autorizase (art. 31.3) y una ley, por supuesto, no discriminatoria (art. 14) como lo sería la que autorizase a gravar con tal carga exclusivamente a los que ocasionalmente han de sufrir una expropiación»; finalmente, se argumenta que una tal práctica supondría un atentado al principio de economía de mercado (art. 38), pues llevaría consigo una situación de privilegio en favor de la Administración (o de las empresas beneficiarias de la expropiación, que es todavía peor) y una carga injustificada sobre el expropiado, alterando así la transparencia e igualdad del mercado. La conclusión de todo lo anterior es que «un atentado a la regla del previo pago (incurriría) en clara inconstitucionalidad» (14).

Para otro sector doctrinal, encabezado por GARRIDO FALLA, las cosas no son tan claras. Según este último, «los constituyentes lo que han querido es posibilitar leyes que impliquen grandes transformaciones de la propiedad para las que una financiación global y previa por parte del Estado las haría inviables...; se ha abierto un *peligroso portillo* —dice— que la doctrina jurídica tiene que contemplar con natural recelo». Sin declararlo expresamente, GARRIDO parece aceptar como inevitable la no exigibilidad de la indemnización previa siempre que una ley así lo establezca (15). En el mismo sentido parece manifestarse otro de los grandes comentarios publicados hasta ahora (PÉREZ LUÑO, en los comentarios dirigidos por ALZAGA), si bien afirmando públicamente que «la fórmula empleada en la Constitución aparece como un *intento de mediación* entre la garantía del derecho de propiedad dentro de los parámetros que constitucionalmente la delimitan y la posibilidad de penetrar, incluso, en esa esfera cuando el interés social o la utilidad pública lo justifique», lo que equivale a decir que lo normal y deseable será el previo pago, pero nada impide las operaciones especiales sin él (aunque con indemnización posterior) (16).

A mi juicio, hay que distinguir lo que es el significado profundo de la exigencia del pago previo, íntima e inseparablemente unido a la esencia institucional de la expropiación forzosa, y lo que podríamos

(14) Véase esta opinión ampliamente en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1981, pp. 251 y ss.

(15) GARRIDO FALLA, F. y otros: *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, páginas 429 y ss.

(16) PÉREZ LUÑO, A.: *Propiedad privada y herencia*, en «Comentarios a las leyes políticas», *Constitución española*, tomo III, Madrid, 1983, pp. 429 y ss.

llamar su mecánica operatoria o su sentido instrumental. En cuanto a lo primero, tiene razón GARCÍA DE ENTERRÍA cuando dice que «la regla del previo pago se inserta en la esencia misma de la institución». Nada hay más ilustrativo, para comprobarlo, que acercarse a nuestro «buen derecho viejo»: el de las Partidas y el padre LAS CASAS, el de COVARRUBIAS y VÁZQUEZ DE MENCHACA, el de Agustín DE ARGÜELLES y la Constitución de Cádiz, el de GARCÍA GOYENA, Alonso MARTÍNEZ y el Código civil. Se verá entonces cómo desde nuestras leyes de Partida ha sido dicha regla una constante histórica de la institución que analizamos (17). Bastará recordar aquí, entre otros muchos que podrían citarse (18), tres indudables monumentos de nuestra historia jurídica: las Partidas, la Constitución de Cádiz y el Código civil, junto con el testimonio de algunos de los más grandes juristas de todos los tiempos.

Las leyes de Partida especificarán rigurosamente esta obligación con expresivos términos: «tenudo es (el príncipe) por derecho, de le dar *ante(s)* buen cambio, que vala tanto o más..., a bien vista de omes buenos» (Ley II, título I, Part. 2.^a). Y en otro lugar (Ley XXXI, título XVIII, Part. 3.^a) añaden: «pero ésto deven facer en una destas dos maneras, dándole cambio por ello *primeramente*, o comprándoselo segund que valiere.» Las condiciones son rigurosas: debía abonarse el precio previamente (previo pago), debía ser un precio suficiente (justo precio) y este vendría determinado por hombres buenos (juez imparcial).

Ciertamente, hay que decir, que entre los comentaristas del Código alfonsoino surgieron ya discrepancias, en este punto, según nos cuenta don Felipe CLEMENTE DE DIEGO (19). Alonso Díez DE MONTALBO y Gregorio LÓPEZ se enfrentaron en el tema de la indemnización; el primero afirmaba en su glosa que el Rey podía, en virtud de su plena potestad, ocupar los bienes de los privados «por causa legítima y con indemnización previa»; Gregorio LÓPEZ sostenía, por el contrario, «que el dominio de la cosa expropiada se transmite al Estado antes de que

(17) Suele decirse a veces que la configuración moderna de la expropiación arranca de la Revolución francesa. Nada más lejos de la realidad, como tendremos ocasión de ver en las páginas que siguen.

(18) Constitución de 1845 (art. 10), de 1869 (art. 14), de 1876 (art. 10), Fuero de los Españoles (art. 32) y, por supuesto, las sucesivas leyes de expropiación forzosa de 1838 (art. 1.º), 1879 (art. 3.º) y de 1954 (art. 124). Como es sabido, una excepción discordante en la historia de nuestro constitucionalismo es, en este punto, la Constitución de 1931 (art. 44).

(19) F. C. DE DIEGO: *Notas sobre la evolución doctrinal de la expropiación forzosa por causa de utilidad pública. Siglos XVI y XVII*, en «Revista de Derecho Privado», núm. 120 (1923), pp. 257 y ss.

se pague su precio, que este pago puede diferirse indefinidamente por utilidad común...». Apoyándose en juristas del Imperio y de la escuela italiana, otros jurisconsultos españoles, más o menos, vinculados a las curias regias (como MEXIA, AVENDAÑO, ALFARO y otros, que cita DE DIEGO) trataron de minimizar las fuertes garantías de la propiedad, que las Partidas exigían, acudiendo, para ello, a títulos extraordinarios de poder que se atribuían al Rey (*dominium eminens, potestas absoluta, plenitudo potestatis, plenitudo scientiae*) para justificar, en ciertos casos, un régimen especial menos gravoso para el real fisco. Las consecuencia de estos planteamientos suponían siempre un ataque directo a las garantías. Se habla, unas veces, de la posibilidad de expropiar sin causa (en algunos supuestos, cuando el título de origen de los derechos que se expropiaban no eran pleno, sino debilitado); o con causa, pero sin indemnización; o con causa y con indemnización, pero con pago diferido y otras peculiaridades semejantes.

Frente a esta concepción mantenida por juristas —digámoslo con toda claridad— de tono menor (salvo Gregorio LÓPEZ) los grandes juristas españoles, los de la gran escuela del Derecho público español de los siglos XVI y XVII fueron claramente contrarios a estos planteamientos absolutistas y negadores de la garantía: COVARRUBIAS, MOLINA, SOTO, LAS CASAS, MARIANA y, sobre todo, nuestro gran VÁZQUEZ DE MENCHACA, reaccionarán contra esos artificios jurídicos de la escuela italiana que trata de justificar lo injustificable. Realmente, no otra cosa podía suceder a la vista del riguroso texto de las Partidas (20).

De todos estos testimonios merece la pena traer aquí el punto más alto en la elaboración doctrinal de la expropiación, que se alcanzará, sin duda, con el gran vallisoletano VÁZQUEZ DE MENCHACA. Las tesis fundamentales expuestas en su *Controversiarum Illustrum libri III*, son las siguientes (21):

— Sólo por causa de utilidad o necesidad pública puede el Príncipe privar de sus bienes a los ciudadanos.

(20) Sobre estos temas, y en particular sobre la configuración institucional de la expropiación forzosa en el derecho intermedio anterior a la Revolución francesa (no es cierto, como ya he dicho, que arranque de ésta la moderna configuración de la institución), séame permitido remitirme a un viejo trabajo mío, en el que estudié con algún detalle y con abundantes citas de textos este tema de historia dogmática de la expropiación: ARIÑO ORTIZ, G.: *Derechos del Rey, derechos del pueblo. Apuntes para la configuración histórica del principio de materias reservadas*, en «Estudios de Historia de la Administración», IEA, Madrid, 1971.

(21) Véanse ampliamente expuestas en mi estudio citado en nota anterior.

- La privación debe ir siempre *acompañada, con carácter simultáneo*, de una justa compensación: si una cosa me es sustraída por causa y para bien de todos —dice— es muy justo y conforme al derecho natural, que su precio se me restituya a expensas de todos, quitada la parte proporcional que a mí me correspondía pagar.
- En ningún caso la *plenitudo potestatis* justifica otro régimen, ya que en ningún caso aquélla se extiende a lo que es injusto (no sería *plenitudo potestatis*, sino *plenitudo tempestatis*).
- En cuanto al montante de la indemnización, establece que «la República debe dar y remunerar al ciudadano todo el valor de lo entregado por éste»; en alguna situación extrema —dice— puede el Príncipe encontrarse en una situación financiera tal que le sea imposible abonar la compensación, o abonarla en su totalidad; en estos casos el *pago aplazado dará lugar al abono de un rédito* razonable. A esta solución llega MENCHACA, por analogía, aplicando el criterio contenido para un caso semejante: aquél en que el súbdito sea obligado a dar en préstamo su dinero al Príncipe, en un supuesto de extraordinaria necesidad, como puede ser el caso de guerra. (Es interesante destacar la equiparación de la expropiación forzosa con pago posterior, al empréstito forzoso, que hacía ya el ilustre jurista de Valladolid y que hoy recuerda, como hemos visto, GARCÍA DE ENTERRÍA).

Concluyamos: las Partidas y nuestra mejor doctrina configurarían este respeto a la propiedad exigiendo: 1) *causa legal, necesidad o utilidad pública* para tomar los bienes; 2) *pagar previamente por ellos un buen precio*; 3) que este sea *apreciado imparcialmente por hombres buenos*. Y (según MENCHACA), 4) que se abone un *interés de demora* (rédito razonable) si hay demora en el pago.

Fácil es reconocer estos elementos en nuestros días y muy reveladora de la continuidad de una tradición jurídica es la formulación de la Constitución de 1812 (art. 172.10): «no puede el rey tomar la propiedad de ningún particular, ni corporación, ni turbarle en la posesión, uso y aprovechamiento de ella» (clara manifestación de una reserva de intervención); y sigue: «si en algún caso fuese necesario para un objeto de conocida utilidad común tomar propiedad de un particular, no lo podrá hacer, sin que *al mismo tiempo sea indemnizado*, y se le

dé buen cambio, a bien vista de hombres buenos.» Es el mismo lenguaje de las Partidas.

Esta gloriosa tradición jurídica cristalizará en nuestra primera Ley de Expropiación Forzosa, de 17 de julio de 1836 (art. 1.º4), y a través del proyecto del Código civil de GARCÍA GOYENA de 1851 (art. 392), llegará al Código civil vigente, cuyo artículo 349 dice así:

«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 *precediera* este requisito, los jueces ampararán y, en su caso, reintegrarán en la posesión al expropiado.»

No es necesario recordar que la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 reitera que «nadie podrá ser expropiado sino por causa de utilidad pública o interés social, *previa* la correspondiente indemnización».

Basten estos testimonios, tan significativos, de nuestro derecho histórico para concluir que *uno de los principios inmanentes a la institución expropiatoria*, ha sido siempre, entre nosotros, el de la indemnización previa y completa, al menos, desde el siglo XIII hasta hoy. ¿Puede seriamente mantenerse que la sustitución terminológica operada en el artículo 33 de la Constitución de 1978 ha borrado de un plumazo siete siglos de tradición jurídica? Hubiera sido, desde luego, más deseable no tener siquiera que plantearse esta cuestión, pero aun cuando tengamos que hacerlo, quizá todo lo anteriormente expuesto apoya una *interpretación institucional* del precepto, no fundada tanto en los términos del mismo, ni en los otros argumentos sistemáticos que pudieran esgrimirse sino, sobre todo, en esa exigencia de la institución en su fondo material, pues no hay que olvidar que el carácter previo de la indemnización no es sino un aspecto, una manifestación, de su carácter de *justa y completa*, ya que un aplazamiento indeterminado o incontrolable, aunque sea sólo en potencia, convertirá aquélla en una falsa indemnización, en un atentado evidente a la seguridad jurídica, producto de una decisión arbitraria del Estado. Entre otras cosas, si el propio Estado no sabe lo que le va a costar, ¿cómo podrá juzgar razonablemente de la utilidad pública de su decisión? Así, pues, la indemnización sólo será justa si es previa o simultánea, entendiendo la simultaneidad dentro de un razonable

margen de coincidencia en el tiempo. Esto por lo que se refiere al significado profundo de la exigencia del previo pago.

Otra cosa es su mecánica operativa. Aquí el carácter previo no debe equipararse necesariamente al desembolso, en efectivo, del precio antes de ocupar la cosa. El carácter previo es perfectamente compatible con modalidades de pago que permitan al Estado hacer frente a sus obligaciones, tanto para con la sociedad (que puede exigir la ocupación inmediata, cuando de ella dependan los fines que se pretenden) como con los expropiados, a los que hay que reintegrarlos cuanto antes en su situación patrimonial, mediante el abono de cantidades a cuenta, la entrega de títulos negociables (que permitan una realización inmediata de su valor por las condiciones atractivas que ofrecen) o incluso la puesta a disposición del expropiado de bienes sustitutorios de aquellos de los que se le priva. Hay muchas fórmulas posibles, que cumplen razonablemente este requisito del carácter previo, como las nacionalizaciones francesas y algunas de las más recientes españolas han demostrado.

Ahora bien, hay que preguntarse: ¿y si el Estado no pudiera hacer ni eso, ni dar unos títulos negociables en pago de la expropiación? ¿Y si sólo puede dar una renta, en forma de anualidades más o menos simbólicas, o simplemente tiene que aplazar el pago por exigencias de la economía nacional? Mi respuesta entonces es concluyente: no debe expropiar, no debe nacionalizar. Que acuda a otras técnicas de dirección y control social. El derecho de propiedad privada es un derecho fundamental sobre el que se asienta nuestro modelo de sociedad y el Estado sólo puede desconocerlo o privar de él al ciudadano con los requisitos y condiciones establecidas. Y es evidente que una indemnización aplazada largo tiempo, o la conversión de un capital en una renta, es un atentado esencial a ese derecho y, por ello, a la Constitución.

Porque, en efecto, si es cierto que la Constitución flexibiliza (que no exonera) la regla del previo pago, lo que resulta igualmente evidente es que generaliza el principio indemnizatorio (una indemnización completa y justa, pues si no, no es tal). Lo cual, hay que entenderlo aplicable a toda privación de propiedad, incluidas naturalmente las grandes nacionalizaciones hechas por ley. Nuestra Constitución ofrece en este orden una garantía absoluta, incluso frente a la ley (22).

(22) A diferencia de la Constitución de 1931, que, como se recordará, decía en su artículo 44.2: «La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemniza-

Las expropiaciones legislativas (nacionalizaciones) no son en este aspecto de diferente condición (23), aunque serán éstas las que, previsiblemente, hagan uso de esa flexibilización de la regla del previo pago, como así ha sido en las últimas experiencias nacionalizadoras españolas.

Hay, ciertamente, actuaciones por ley que no son expropiatorias (aunque pueden afectar a derechos adquiridos) a las que no es aplicable cuanto aquí se dice: son aquellas que alteran la regulación de las condiciones económicas o profesionales en que se lleva a cabo una actividad (por ejemplo, la estatalización de determinados tipos de seguros, o la imposición de un régimen de incompatibilidades estricto, o la prohibición de determinadas bebidas alcohólicas y otros supuestos semejantes) en las que se priva a colectivos de ciudadanos de determinadas actividades o situaciones que antes ejercían, pero en las que no hay transferencias de bienes, ni expropiación alguna. Cabría pensar para estos casos en una responsabilidad del legislador (difícil de argumentar por lo demás) pero en ningún caso estaremos ante una indemnización expropiatoria (ni es pensable su carácter previo). En cambio, cuando se trata, no de un cambio en el orden jurídico que pueda afectar a derechos adquiridos, sino de la privación de bienes o derechos individuales de carácter patrimonial, con la subsiguiente obtención de bienes materiales para el Estado o la colectividad, entonces toda privación es una verdadera expropiación (llámese como se llame la operación) y no puede llevarse a cabo sin las exigencias constitucionales que protegen la propiedad (24).

ción, *a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes.* Este último precepto suponía situar la propiedad a merced de la Ley. Hoy tal Ley sería inconstitucional. Cfr. en este sentido GARRIDO FALLA, F.: *Comentarios...*, cit., p. 431.

(23) No alcanzo a comprender, en relación con este punto, algunas consideraciones que hace ENTERRÍA en las páginas 257-258 de su *Curso...*, donde un tanto paradójicamente parece aceptar «diferencias institucionales significativas» entre las nacionalizaciones («medidas socializadoras» les llama) y la expropiación, lo que le lleva a aceptar unas especialidades, matizaciones o particularidades no bien definidas de estas operaciones en cuanto a la regla de la previa indemnización. A mi juicio, como se dice en el texto, la diferencia no está en si estamos ante una socialización o una expropiación ordinaria, sino en los términos y modos en que, para ambos casos, se prevea la indemnización y el pago. Esa pretendida diferencia entre medidas nacionalizadoras (o socializadoras, que generan expropiaciones) y expropiaciones ordinarias, recuerda un poco la antigua distinción entre la *potestas ordinaria* y la *plenitudo potestatis* (la que permitiría nacionalizar con menor indemnización o garantías). Distinción contra la que se rebelaba MENCHACA. Y yo también.

(24) Puede haber ciertamente situaciones de difícil deslinde: hay cambios en el orden jurídico que suponen pérdida de propiedad (y, por tanto, indemnizable) y otros un simple daño indirecto (no indemnizable). Por ejemplo, la aboli-

Hay aquí una diferencia muy importante en relación con la situación anterior y es ésta: el conjunto de medidas o modalidades indemnizatorias que se prevean en las leyes nacionalizadoras deberán, en todo caso, cumplir esa doble exigencia: su carácter completo y su abono razonablemente simultáneo. Exigencias que deberá cumplir *cualquier ley* si no quiere verse anulada en ese punto por inconstitucional. La apreciación del grado y medida en que cada modalidad indemnizatoria (dinero, deuda pública, pagarés del Tesoro, acciones o títulos de empresas que sean cotizables en Bolsa, anualidades compuestas de interés y capital y otras que podrían pensarse) cumplen o no con las exigencias constitucionales (indemnización justa y previa) es algo sobre lo que el Tribunal Constitucional puede y debe ejercer un estricto control, como lo ha hecho el *Conseil Constitutionnel* francés recientemente. Así como hay otros aspectos, más propios de una valoración política que de una interpretación jurídica, en los que el Tribunal no podrá entrar (25), en este punto sus poderes de control son totales.

No restaría ahora, para completar esta exposición, sino verificar cuanto se ha dicho en la realidad de las nacionalizaciones españolas en los últimos cien años. Dadas las dimensiones de este artículo, quede ello para una próxima ocasión.

ción de la esclavitud en Inglaterra se hizo indemnizando a los poseedores de esclavos (que perdían su propiedad), o la incorporación de oficios públicos enajenados en España (Ley 25 de julio de 1835) se hizo indemnizando a sus titulares, que los habían comprado por precio y tenían sobre ellos una verdadera «propiedad» teran considerados bienes inmuebles, según se lee en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1860). En cambio, en el caso de la Ley Seca en los Estados Unidos o en una nueva regulación de las incompatibilidades de los funcionarios en España, nadie ha pensado en indemnizar a los afectados. *Vid.* estos y otros supuestos de responsabilidad por ley o reconocimiento de indemnización en las brillantes páginas que Alfredo GALLEGO escribió, hace ya años, en su *Derecho general de organización*, Madrid, IEA, 1972.

(25) Sobre el alcance y límites del control de constitucionalidad de las nacionalizaciones me remito a lo que he escrito en otro lugar. Véase ARIÑO ORTIZ, G.: *Constitución, modelo económico y nacionalizaciones*, en «Revista de Derecho Bancario y Bursátil», núm. 9, 1983, pp. 11 y ss, especialmente pp. 34 y ss.

